

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**INVOCÇÃO E ILISÃO DE PRESUNÇÕES LEGAIS EM PROCESSO CIVIL:
ANÁLISE ÀS PARTICULARIDADES DO SEU REGIME PROBATÓRIO**

MARCO FÁBIO DOS REIS SANTOS

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre no âmbito do Curso de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Rui Gonçalves Pinto.

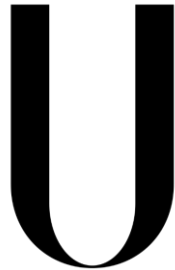
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

LISBOA

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**INVOCÇÃO E ILISÃO DE PRESUNÇÕES LEGAIS EM PROCESSO CIVIL:
ANÁLISE ÀS PARTICULARIDADES DO SEU REGIME PROBATÓRIO**

MARCO FÁBIO DOS REIS SANTOS

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre no âmbito do Curso de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Rui Gonçalves Pinto.

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

LISBOA

2018

*O problema não é tanto ver aquilo que
ninguém viu, mas pensar o que ainda ninguém
pensou, sobre aquilo que toda a gente vê.”*

Arthur Schopenhauer

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Rui Pinto, o meu reconhecimento pela disponibilidade e gentileza demonstradas, bem como pelas sabedoras críticas e sugestões ao longo da orientação do presente trabalho.

À minha família, especialmente aos meus entes próximos, pelo apoio incondicional nesta etapa.

Ao Dr. José Manuel Sosa e à Dra. Olga Leal Gonçalves, por me terem aberto o “seu espaço”, onde diariamente, muito aprendi e continuo a aprender e pela sua simpatia e gentileza que os caracterizam.

A todos, o meu profundo agradecimento.

A presente dissertação não foi elaborada ao abrigo do novo Acordo Ortográfico, salvo eventuais citações por ele abrangidas.

A jurisprudência citada sem menção de origem encontra-se publicada em <http://www.dgsi.pt/>.

RESUMO: A aplicação do direito e inerente realização de justiça tem como pressuposto a demonstração dos factos alegados. Diversamente ao que acontece no procedimento probatório “geral”, mediante prova directa, na prova por presunções legais, que se encontram previamente normativizadas no ordenamento jurídico vigente, em consequência da sua característica definidora permite-se alcançar o facto que se quer provar a partir de outro(s) facto(s) diverso(s) daquele. Corolário dessa característica, são as suas implicações no campo processual/probatório, temática actualmente pouco aprofundada na doutrina e jurisprudência. A presente dissertação tem por objecto a determinação e inerente análise de critérios subjacentes à actividade probatória no domínio da prova por presunções legais em processo civil, analisando-se, por um lado, as incumbências de quem as invoca, por outro, as possíveis defesas da contraparte. Para o efeito, numa primeira parte, de cariz geral, far-se-á uma análise conceptual da figura, determinando-se a sua natureza jurídica, analisando-se em seguida os elementos da sua estrutura. Na segunda parte, atentas as considerações prévias e posições assumidas, o objecto de análise passará a incidir no particular regime probatório das presunções legais. Num primeiro momento, onde se fará a qualificação dos factos-base de presunções legais, pretende demonstrar-se, que tais factos, ainda que tenham natureza intrinsecamente instrumental, do ponto de vista processual, deverão ser tratados enquanto factos essenciais. Em seguida, no âmbito das presunções relativas, a análise passará a incidir, primeiramente, nas incumbências a cargo da parte favorecida pela presunção, analisando-se ainda, a questão nuclear acerca da inversão do ónus da prova, finalizando-se esta temática num contexto prático, onde se concretizará algumas das considerações feitas, através da análise de uma norma presuntiva, sob o ponto de vista processual. Num terceiro momento, o objecto de análise dirige-se para a perspectiva da parte desfavorecida pela presunção, analisando-se os dois modos possíveis de defesa face a presunções legais, justificando-se o entendimento adoptado. Por fim, atentas as considerações prévias, analisam-se as particularidades subjacentes às presunções absolutas.

Palavras-chave: prova, presunções legais, ónus de alegação, ónus da prova, factos essenciais, facto-base, facto presumido.

ABSTRACT: The application of the law and the consequent just decision is based in the proof of the facts brought to the process. Contrary to what happens in the “general” evidence proceeding by direct evidence proceeding on the fact that we want to demonstrate, in the proof based in legal presumptions – which are duly established in the legal system - it is possible to demonstrate the fact which you want to prove based on the proof made on another fact. Corollary of this feature, are its implications in the procedural/probatory field, currently studied with little depth by the legal scholarship nor by the case law. The purpose of this dissertation is to determine and analyze the criteria underlying the fact demonstration activity of evidence by legal presumptions in civil proceedings, analyzing, on the one hand, the incumbencies of those who invoke them, on the other, the possible defenses of the counterpart. For this purpose, in a first part, general view, we will analyze the concept of the institute, also determining its legal nature and analyzing the elements of its structure. In the second part, taking into account the previous considerations and positions assumed, the object of analysis will be focus on the peculiar probative regime of legal presumptions. In a first instance, where the basic facts of legal presumptions will be classified, we intend to demonstrate that such facts, even if they are inherently instrumental in nature, must be treated as main facts. Subsequently, in the context of the rebuttable presumption, the analysis will first focus on the tasks entrusted to the favored party by the presumption, as well as the central question about the reversal of the burden of proof, ending the analysis in a practical context, where some of the considerations made will materialize, through the analysis of a presumptive rule, from a procedural point of view. Thirdly, the object of analysis is directed to the perspective of the disadvantaged part by the presumption, analyzing the two possible ways of defense, the understanding adopted will be justified. Finally, taking into account the previous considerations, the last stage is devoted to the analysis of the conclusive presumption.

Keywords: evidence, legal presumptions, rules of pleading, burden of proof, main facts, basic fact, presumed fact.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	Autor, Autores
AA.VV.	-	Autores vários
AAFDL	-	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	-	Acórdão
al.	-	alínea
art., arts.	-	artigo, artigos
BMJ	-	Boletim do Ministério da Justiça
cap.	-	capítulo
CC	-	Código Civil
CEJ	-	Centro de Estudos Judiciários
<i>Cfr.</i>	-	confira, confronte
CIRE	-	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<i>cit., cits.</i>	-	citado, citada, cita-se; citação, citações
CPC	-	Código de Processo Civil
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
CRPred	-	Código do Registo Predial
CT	-	Código do Trabalho
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
<i>in fine</i>	-	parte final
n.	-	nota
n. ^o , n. ^{os}	-	número, números
<i>ob. cit.</i>	-	obra citada anteriormente
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
s., ss.	-	seguinte, seguintes
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
TC	-	Tribunal Constitucional
TRC	-	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	-	Tribunal da Relação de Évora

TRG	-	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	-	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	-	Tribunal da Relação do Porto
<i>v. g.</i>	-	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)
vol.	-	volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
I – PARTE GERAL	
1. A prova por presunção	16
1.1 Importância prática	16
1.2 Conceito e natureza jurídica	18
1.3 Consagração legal e espécies	25
2. A estrutura da presunção	27
2.1 O Facto-base	29
2.1.1 Índícios pré-constituídos	31
2.1.2 Cumulação de indícios constituídos ou <i>endoprocessuais</i> ?	38
2.2 O nexó lógico	42
2.3 O Facto presumido	44
II – REGIME PROBATÓRIO DAS PRESUNÇÕES LEGAIS	
3. Qualificação jurídico-processual dos factos-base de presunções	47
3.1 Facto(s)-base de presunções judiciais	48
3.2 Facto(s)-base de presunções legais	51
3.2.1 Qualificação segundo o critério epistemológico-funcional da prova	52
3.2.2 Qualificação segundo o critério da substanciação da causa de pedir	55
3.2.3 Qualificação segundo a função essencial dos factos na narrativa da parte beneficiada pela presunção à luz do (N)CPC	61
3.2.4 Síntese conclusiva	62
4. Regime probatório das presunções legais	66
4.1 Presunções relativas (ou <i>juris tantum</i>)	67
4.1.1 Ónus de alegação	68
4.1.2 Ónus da prova	71
4.1.2.1 A <i>vexata quaestio</i> : Inversão do ónus da prova?	71

4.1.3 Conclusões acerca do ónus de alegação e da prova: A formação e particularidades da matéria de facto subjacente a presunções	75
4.1.3.1 Algumas questões de análise partindo do exemplo da paradigmática (e “desactualizada”?) presunção de paternidade	83
4.2 Modos de defesa face a presunções relativas	95
4.2.1 Relação entre a defesa face a presunções legais e o ónus da prova: remissão	95
4.2.1.1 Repercussões da duplicação do <i>thema probandum</i> no ónus da prova	96
4.2.2 Defesa por Impugnação sobre o(s) facto(s)-base.....	99
4.2.3 Defesa por Impugnação/Excepção(?) sobre o facto presumido	104
4.2.3.1 Enquadramento prévio: Sentido e alcance da ilisão <i>stricto sensu</i>	105
4.2.3.2 O meio de defesa: Qualificação jurídico-processual da matéria factual subjacente à ilisão de presunções ...	106
4.2.3.3 Os efeitos da ilisão de presunções legais	113
4.2.3.4 Regime de alegação e prova	115
4.2.4 Síntese conclusiva	118
4.3 Presunções absolutas (ou <i>juris et de jure</i>)	121
4.3.1 Caracterização da figura	121
4.3.2 Ónus de alegação e prova	127
4.3.3 Defesa face a presunções absolutas	130
CONCLUSÕES	133
BIBLIOGRAFIA	139

INTRODUÇÃO

i) Razão da escolha do tema

O Direito enquanto conjunto de regras tendentes à regulação da conduta humana tem como pressupostos da sua aplicação a existência de facto(s) e norma(s), sendo os factos que servem de suporte ao Direito, sem os quais as normas perderiam a sua incidência e, por conseguinte, se esvaziariam.

É dentro desta vertente, onde a matéria factual assume especial relevo, que “emerge” a importância do Direito Processual Civil, enquanto direito instrumental do Direito Civil, ramos dos quais nos iremos ocupar, cuja natureza pública do primeiro assenta no interesse público subjacente à ordem pública e paz social, finalidades que visa assegurar.

Por seu turno, para que a(s) norma(s) possam ser aplicadas, há que fazer a prova dos factos alegados pelas partes, neste sentido poder-se-á dizer que a prova é condição *sine qua non* para a realização da justiça pelos tribunais *em nome do povo* (conforme prevê o art. 202º da Constituição da República Portuguesa), de acordo com as regras atinentes ao direito probatório¹.

As dificuldades surgem em situações onde a prova directa dos factos alegados não seja possível ou revele dificuldades na sua obtenção e/ou produção, o que pode acontecer pelas mais variadas razões, emergindo daqui o papel e importância da prova indirecta mediante presunções legais, as quais apresentam uma panóplia de particularidades com as inerentes repercussões no campo processual. Domínio actualmente pouco aprofundado na nossa doutrina e jurisprudência.

Daqui decorre o interesse na investigação da temática objecto da presente dissertação, inserida no âmbito do curso de mestrado em ciências jurídico-forenses, onde a prova e respectivas implicações no campo processual ocupam papel central. São precisamente essas particularidades associadas à figura da presunção legal e questões que lhes estão imanentes que nos propomos analisar na presente exposição, o que, desde já alertamos, não fácil.

¹ Sendo usualmente feita uma distinção entre direito probatório material e formal, relacionando-se o primeiro com as regras probatórias constantes no Código Civil e o segundo com as regras processuais previstas no Código de Processo Civil. Sobre esta temática, *cfr.* VAZ SERRA, *Provas, Direito Probatório Material*, BMJ nº 110, 1961.

Quanto às questões a resolver, seguidamente apresentadas, umas foram identificadas inicialmente, outras, foram continuamente surgindo ao longo do trabalho, às quais, igualmente fomos dedicando a devida análise.

ii) Formulação de questões a resolver

A presente dissertação tem como objectivo a realização de uma análise no âmbito do campo processual acerca das implicações resultantes das particularidades que caracterizam a figura da presunção legal. Umas, com relevância científica, como é o caso da definição da natureza jurídica desta figura, e se neste âmbito, a mesma é unívoca quanto à outra espécie (presunção judicial). Ainda neste prisma, surgiu a questão de saber qual o modo de defesa adequado quando a parte prejudicada pela presunção se defende através da demonstração de algum facto contrário ao presumido.

Do ponto de vista de questões de relevância prática, num patamar prévio, importa apurar qual a qualificação jurídico-processual do facto-base da presunção. O que subseqüentemente, terá as devidas implicações no campo da alegação e prova, temática que também será objecto de análise, onde se assumirá um entendimento próprio que se procurará justificar.

Ainda neste domínio, assumem-se de especial importância prática as questões relativas à inversão do ónus da prova, que, aliás caracterizam a figura. Aqui importa analisar as múltiplas e prementes questões que se colocam: quem tem de provar o quê?; sobre quem impende o ónus da prova?; neste domínio existe coincidência entre ónus da prova e ónus de alegação?; sobre que matérias incidem os referidos ónus?; em que moldes se verifica a inversão do ónus da prova?; como se poderá defender a contraparte?

Outra das matérias que importa analisar será as particularidades de cada um dos tipos de presunções legais (relativas e absolutas), realizando-se para o efeito uma análise acerca das especificidades de cada figura e correspondentes ónus e modos de defesa face às mesmas.

iii) Metodologia e sequência da análise

Às questões colocadas no ponto prévio, iremos dedicar a devida análise e consequente resposta, que desde já alertamos não se afigura fácil, adoptando para o efeito a seguinte metodologia.

A presente exposição será feita numa tripla perspectiva, tentando aglutinar, tanto quanto possível, por um lado, os entendimentos doutrinários na matéria, por outro, a jurisprudência existente, os quais em muitas matérias, em nosso desproveito, são inexistentes ou pouco aprofundados. A estes dois parâmetros de análise tentar-se-á complementar através da exposição de um entendimento próprio nas matérias em análise que procuraremos justificar, tentando-se dar, tanto quanto possível, um pequeno contributo nas respostas às questões que nos propomos analisar.

Quanto à sequência de análise, tendo presente que se pretende fazer uma ampla análise à figura, onde se tentará “ligar” as várias especificidades da figura como um todo, de forma coerente, o que justifica que se inicie a presente exposição numa parte de cariz geral, onde, antes de se entrar no regime probatório das presunções analisar-se-á aspectos prévios, muitos deles, com implicações na restante análise. Nesta parte, o objecto de análise incidirá primeiramente nas características da presunção, nomeadamente, importância prática da figura, natureza jurídica, espécies e consagração legal. Num segundo ponto, dedicaremos a nossa atenção aos três elementos que formam a estrutura da presunção: factobase, nexos lógicos e facto presumido.

Nesta parte, tendo em conta muitas das características indissociáveis das duas espécies da figura (presunções legais e judiciais), a análise realizada nesta primeira parte, será feita num contexto conjunto, em que merecerá maior atenção a presunção legal, sendo que, neste propósito de introdução/comparação, logo aqui, se apontarão as devidas diferenças, aspectos que serão decisivos para a restante exposição.

Feita esta prévia análise de cariz geral, mas ainda assim imprescindível, atentas certas características que irão ter as devidas repercussões mais adiante, iniciaremos a segunda parte de análise (II) que passará a incidir no regime probatório das presunções legais.

Iniciaremos este segundo segmento pela prévia questão que urge analisar, atentas as implicações futuras que irá ter: a qualificação jurídico-processual dos factos-base de presunções legais. Aqui, atenta a proximidade da presunção legal com o seu “parente próximo” (presunções judiciais), começaremos por uma breve análise à referida qualificação respeitante aos factos-base de presunções judiciais, num contexto comparativo, o qual, atentas as diferenças detectadas, servirá para auxiliar na posição que se irá tomar mais adiante. Em seguida, já no âmbito das presunções legais, analisar-se-á a questão central acerca da qualificação que deverá ser dada aos factos acima identificados, chegando-se a uma conclusão através dos vários critérios seguidos.

Após esta prévia qualificação, começaremos a ter “matéria-prima” para que, de forma sustentada, possamos começar a responder às várias questões acima colocadas, momento em que “entraremos” no ponto nuclear da presente exposição: 4 - Regime Probatório das presunções legais.

Aqui, atentas todas as considerações prévias, iniciaremos a análise pelas presunções relativas (ou *juris tantum*). Primeiramente ir-se-á analisar as pertinentes questões acerca do ónus de alegação e ónus da prova neste domínio, sendo que, neste segundo, dedicaremos especial atenção à temática da inversão do ónus da prova. Feita esta primordial abordagem, faremos as devidas conclusões, para em seguida, numa perspectiva de índole prática, se concretizará as considerações feitas numa presunção em concreto (de paternidade).

Num segundo momento, a análise será dirigida para a perspectiva da contraparte, ou seja, os possíveis modos de defesa da parte prejudicada pela presunção face à mesma. Para o efeito, importa ter presente as considerações anteriormente feitas na temática sobre o ónus da prova (pontos 4.2.1 e 4.1.2.1), bem como, as implicações da duplicação do *thema probandum* neste domínio (ponto 4.2.1.1).

Feito este prévio “encarrilhamento”, a análise passará a incidir nos possíveis modos de defesa face a presunções legais. Neste campo, primeiramente dedicaremos a nossa atenção à defesa realizada sobre o(s) facto(s) base da presunção, mediante impugnação. Em seguida, numa zona onde “encontraremos maiores dificuldades”, o objecto de análise será o modo de defesa que factualmente

incida sobre o próprio facto presumido, indagando-se acerca do tipo de modo de defesa estará a ser exercido, analisando-se igualmente os seus efeitos e regime.

Por fim, a presente exposição culminará com a figura da presunção absoluta (*juris et de jure*), onde se fará uma prévia caracterização da mesma, para em seguida, na mesma sequência utilizada nas presunções relativas, se analisar, por um lado, na perspectiva da parte favorecida pela mesma, os ónus de alegação e prova que sobre si impendem, por outro, agora na perspectiva da contraparte prejudicada, o modo pelo qual se poderá defender em face da presunção em causa.

I – PARTE GERAL

1. A prova por presunção

1.1 Importância prática

É característica basilar de qualquer ramo de direito processual a indispensável actividade probatória em juízo inerente ao(s) direito(s) invocado(s).

Tal actividade tem uma estreita relação com a procura, ou melhor, a demonstração da realidade dos factos correspondentes à matéria factual, sobre os quais irão incidir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, de modo a que se verifique uma correspondência entre verdade material e verdade processual, pretendendo-se que a realidade provada em juízo, relate a estrita verdade/realidade ocorrida, algo que alguns autores denominam como princípio da verdade material².

As dificuldades surgem em situações onde a prova dos factos se torna bastante difícil ou inacessível que pode acontecer por várias razões³, emergindo daqui o papel e importância da prova indirecta^{4,5} através de presunções. Em tais

² “(...) no que diz respeito aos sistemas continentais – a apuração da verdade dos fatos é concebida como um dos escopos principais do processo. A descoberta da verdade é tida como uma empreitada racional, na qual um juiz profissional, perito em lógica e filosofia (e não somente em direito), analisa as informações fornecidas a partir de documentos e testemunhas e, com base nisso, elabora uma reconstrução verídica dos fatos.” Cfr. MICHELLE TARUFFO, *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor Ramos. São Paulo, Marcial Pons, 2012, p. 43-44.

Ainda que nos actuais Estados de Direito democráticos, como é o caso de Portugal, a procura da verdade material tenha limitações de vária ordem, aspecto de grande relevância quer no processo penal, quer no próprio processo civil - v.g. a problemática da prova ilícita. A este propósito, cfr. ISABEL ALEXANDRE, *Provas ilícitas em Processo Civil*, Almedina, 1998.

³ Como é o caso de factos de natureza complexa – v.g. estados subjectivos; casos onde a sua reconstrução em juízo assume grandes dificuldades; indisponibilidade e/ou inacessibilidade a meios de prova, entre outros.

⁴ De sublinhar que o conceito de *prova indirecta* aqui referido não corresponde rigorosamente ao conceito técnico-jurídico que lhe é dado pela doutrina maioritária, segundo o qual, a distinção entre prova directa e prova indirecta assenta na percepção sensorial pelo próprio julgador do facto a demonstrar, numa relação entre o próprio meio de prova e o facto a demonstrar. Segundo esta concepção apenas a prova por inspecção judicial, onde o julgador presencia o facto a provar, seria considerada prova directa, todos os restantes meios de prova, onde não existe uma percepção directa pelo juiz, se situam no âmbito da prova indirecta.

A aceção tomada na presente exposição assenta na relação entre a premissa probatória e correspondente conclusão jurídica incidente sobre matéria factual diversa daquela. Assim, *prova indirecta* neste sentido, será aquela que importa a necessidade de realização de uma ou mais inferências que incidirão sobre factos ou objectos que constituam meios de prova, diversos do *factum probandum*, cuja demonstração, permitirá alcançar um outro facto – o facto presumido.

⁵ Acerca da temática prova directa/prova indirecta, cfr. CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova*, p. 176 ss; J. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do*

circunstâncias perante a impossibilidade ou dificuldade de se provar directamente o facto⁶ que se quer ver reconhecido, a ordem jurídica permite que se alcance a idoneidade da alegação fáctica mediante um juízo incidente sobre um outro facto secundário, diverso daquele, que se conectam, através de um nexu lógico.

É precisamente sobre o nexu lógico que assenta a principal diferença entre presunções legais e judiciais. Nas primeiras o nexu lógico encontra-se (já) cristalizado na própria norma presuntiva, ao passo que nas segundas, não existe qualquer normatização da presunção, cabendo ao julgador, mediante a utilização de máximas de experiência, estabelecer, naquele caso concreto, o nexu lógico entre o(s) facto(s) que serve de base à presunção e o facto presumido. Deste modo, em consequência da sua expressa consagração legal, desde logo se denota que as presunções legais, ao contrário das judiciais, estão “imbuídas” de uma *normatização* que as caracteriza, o que, terá as subsequentes consequências ao nível da sua própria natureza e inerente regime probatório, como se verá mais adiante.

Em consideração às patentes dificuldades de prova de certos factos, o próprio legislador, atentas as regras de experiência em causa, positivou regras jurídicas de cariz presuntivo, as quais impõem uma determinada conclusão jurídica, quando se esteja na presença de certos (outros) factos que lhe servem de premissas. A sua génese deve-se ao facto contido naquela conclusão jurídica em que se traduz o facto presumido, pela sua natureza, ser reconhecidamente, de difícil demonstração.

Consequentemente, é a própria lei que dispensa a parte interessada em tal factualidade, da prova do facto presumido, bastando-lhe a demonstração de outra matéria factual indiciária, cujo nexu lógico a liga ao (outro) facto desconhecido - facto que, em regra, será mais fácil à contraparte prejudicada pela presunção demonstrar a sua inexistência, do que seria à parte favorecida pela presunção demonstrar a sua verificação. Deste modo, a consagração de presunções legais

Novo Código, 3ª ed., Coimbra Editora, 2013, p. 172-173; RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª. ed. Almedina, 2006, p. 243; CLÁUDIA TRINDADE, *A Prova de Estados Subjetivos no Processo Civil, Presunções Judiciais e Regras de Experiência*, Almedina, 2016, p. 78-80, MICHELE TARUFFO, *La Prueba De Los Hechos*, Editorial Trotta, 2002, pp. 453 e ss.

⁶ Daqui se extrai o cariz subsidiário que está na génese da prova por presunção, a sua importância é-lhe atribuída em situações onde a prova directa se revela difícil ou impossível, pelo que, quando esta seja possível, a prova por presunção terá um papel secundário. A este propósito, *vide* a exemplificação prática no âmbito da presunção legal de paternidade, *infra*, ponto 4.1.3.1.

contribui para uma certa certeza e estabilização na aplicação do direito, de modo a tutelar a posição e respectivos direitos e interesses da parte que, de outra forma (caso lhe fosse exigível a prova de factos de difícil demonstração) estariam desprotegidos.

Sem o recurso às presunções, existiriam muitas situações, onde a parte cuja prova directa dos factos não lhe fosse possível realizar, ficaria privada da efectiva tutela do seu direito, o que, colocaria em causa a efectivação de direitos e valores fundamentais em qualquer Estado de Direito, como é o caso da realização da justiça, função basilar incumbida aos tribunais⁷.

Contudo, não obstante a tutela que as presunções legais visam conferir à parte favorecida, importa sublinhar que “do outro lado” está uma contraparte também titular de direitos (substantivos e processuais), circunstâncias face às quais, se impõe uma prudente utilização de presunções, não descurando o princípio estruturante da *igualdade de armas*.

1.2 Conceito e natureza jurídica

A expressão presunção provém do latim *presumptio*^{8 9}, significando uma opinião ou juízo¹⁰ baseados em aparências. O que se traduz num raciocínio cognitivo acerca de algo, cuja veracidade ainda que não esteja totalmente comprovada pelos indícios, torna-se possível formar uma convicção com um grau de probabilidade relativamente elevado acerca da sua existência ou inexistência.

⁷ Conforme dispõe o art. 202º n.º1 e n.º2 da CRP.

⁸ As presunções surgiram no Direito Romano, inicialmente sob a modalidade única *hominis*, utilizadas pelos príncipes e jurisconsultos, surgindo posteriormente ainda no Direito Romano as presunções *iuris*, tendo como finalidade uma maior uniformização na sua aplicação. De salientar que também as inversões no ónus da prova associado às presunções que ainda hoje caracteriza a figura, surgiu igualmente naquele período histórico. As presunções tiveram ainda expressão no Direito Visigótico, nas Ordenações Afonsinas, no antigo direito lusitano e especialmente no Direito Canónico.

⁹ Acerca da história da figura das presunções nos diversos ordenamentos jurídicos, *vide*. CARLOS MÁLUF, *As Presunções na Teoria da Prova*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V.79, 1984, pp. 192-223. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67011/69621>

¹⁰ A propósito da conotação de “juízo”, veja-se a concepção de FLORENCE HARET CRONEMBERG, *Por um Conceito de Presunção*, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, V 104, Jan./Dez. 2009, pp. 725-744, p. 741, que atribui à figura da presunção alguns elementos da Filosofia, entre os quais um *juízo antecipado e provisório*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67876/70484>

Uma das características essenciais da prova por presunção é a sua incidência, não incide sobre o facto a provar em si, mas sim, sobre outro(s) facto(s) – *factum probans* - através do qual, mediante a utilização de um raciocínio cognitivo com base em máximas de experiência (previamente estabelecido pelo legislador no caso das presunções legais, ou, por parte do julgador, no caso das presunções judiciais) poder-se-á obter certas conclusões acerca do facto desconhecido a provar – *factum probandum*.

Extrai-se assim, que por esta via, é possível aceitar algo que subsiste por provar, como verdadeiro, atentas as circunstâncias conhecidas. O facto de se aceitar essa realidade para efeitos processuais como verdadeira (quando não ilidida), assenta não na sua certeza, mas sim no já salientado grau de probabilidade elevada.

Uma vez que o presente trabalho se enquadra no âmbito da prova, interessa desde logo compreender o processo de demonstração relativamente às presunções, de modo a determinar qual a sua natureza. Tal questão não se afigura de fácil determinação, desde logo, pelas particularidades atinentes às presunções, sendo tal matéria objecto de discussão na doutrina e jurisprudência, existindo quem entenda que as presunções constituem meios de prova, ao invés, outra corrente segue o entendimento que não se está perante um meio de prova, mas sim perante um tipo de raciocínio lógico, sendo ainda recorrente a associação feita entre presunções e dispensa do ónus da prova.

Começando por este último aspecto, ainda que as presunções possam desencadear a inversão do ónus da prova sobre o facto presumido, importa desde logo distinguir a figura da presunção de normas que dispensem ou liberem o ónus da prova, as quais, ainda que a nível probatório, aparentemente possam ter alguma semelhança com as presunções, têm, no entanto, características diversas destas.

Seguindo a distinção feita por ANTUNES VARELA, enquanto a dispensa e a liberação do ónus da prova “*importam o reconhecimento de certo facto, se não se provar o contrário*”, já nas presunções “*supõe-se a prova dum facto conhecido (base da presunção), do qual, depois, se infere o facto desconhecido*”^{11 12}.

¹¹ PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol.I, Coimbra Editora, 4ªEd., 1987, p. 312.

Transportando tal distinção para a prática processual, extrai-se que os casos que dispensem ou liberem o ónus da prova, importam o reconhecimento de certo facto, se não se provar o contrário, não sendo exigível, invocar nem provar qualquer facto-base. Como exemplo, o disposto no art. 779º do Código Civil (doravante abreviado a CC) acerca do benefício do prazo a favor do devedor, cabendo por esta via o ónus da prova ao credor, o qual, terá de provar que não existe prazo a favor do devedor, sob cominação de se reconhecer automaticamente prazo em favor do devedor, ainda que este não o invoque, nem tenha qualquer actividade probatória prévia.

Já no caso das presunções, supõe-se (e exige-se) a prova do facto-base, sobre o qual irá incidir a inferência do facto desconhecido (facto presumido), exigindo-se, portanto, alguma acção probatória por parte do beneficiário da presunção. Contudo, num aspecto existe coincidência entre a figura da dispensa de prova e as presunções, ainda que por motivos diferentes. Em ambas as figuras o facto essencial que a parte quer ver reconhecido, está dispensado de prova - no caso das presunções o facto presumido - pelo que, nos parece adequado o entendimento de TEIXEIRA DE SOUSA ao classificar as presunções, quanto à sua natureza, enquanto *meios de dispensa de prova (sobre o facto presumido)*¹³, voltaremos a esta temática mais adiante para a concretizar.

Contudo, quer ao nível da doutrina, quer da jurisprudência, existem entendimentos diversos, existindo duas grandes correntes quanto à natureza da figura das presunções, para uns está-se perante um *meio de prova*, para outros, as presunções são antes um *tipo de raciocínio lógico*, diverso de meio de prova.

¹² Em sentido semelhante, LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p.178, que aponta como critério distintivo entre as figuras da presunção e dispensa de prova a existência de uma *regra de experiência*: “A presunção estabelece-se entre um facto que é objeto de prova (base da presunção) e outro que dela é dispensado, considerada a ligação que, de acordo com a experiência, normalmente existe entre ambos (...). A dispensa de prova é estabelecida por razões diversas da verificação dum regra de experiência (...)”.

No mesmo sentido, PAULO RAMOS DE FARIA, *A dispensa do ónus da prova e o direito constitucional a um processo equitativo (O caso das “dívidas hospitalares”)*, in *Julgar Online*, Dezembro de 2016, p. 15, “Contrariamente ao que ocorre com a presunção legal, na dispensa do ónus da prova a lei não exige à parte a quem a demonstração do facto aproveita que prove os factos-base de uma presunção. Aqui, a lei toma por verdadeiro um enunciado de facto apresentado por uma das partes - que, de acordo com as regras gerais (art. 342.º do Cód. Civ.), deveria suportar o ónus da sua prova -, isto é, “declara certo um facto se não se provar o contrário”.

¹³ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, 1995, p. 210.

O entendimento no sentido de que as presunções constituem um meio de prova, baseia-se na finalidade de um resultado probatório,¹⁴ tendo, contudo, como particularidade o instrumento probatório utilizado na sua formação¹⁵, ou seja, segundo esta corrente está-se perante um meio de prova, ainda que dotado de um *plano próprio e exclusivo*¹⁶. Seguem este entendimento CASTRO MENDES¹⁷, ANTUNES VARELA¹⁸, RUI RANGEL¹⁹, assim como alguma jurisprudência minoritária²⁰.

Por outro lado, opõem-se a esta corrente, VAZ SERRA²¹, LEBRE DE FREITAS²², TEIXEIRA DE SOUSA²³, PIRES DE SOUSA²⁴ e CLÁUDIA TRINDADE²⁵, assim como uma larga e dominante corrente jurisprudencial, que, partindo do conceito legal - art. 349º CC: “(...) *ilações que o julgador tira de um facto conhecido para firmar um desconhecido*” - classifica as presunções enquanto “*deduções lógicas ou meios lógicos ou mentais de que o julgador se serve para a descoberta de factos*”²⁶.

Parece-nos mais adequada esta segunda corrente que, apesar das suas diversas variantes conceptuais, é unânime no afastamento das presunções enquanto meios de prova, também nos parece que não o são. Vejamos.

Os critérios seguidos pela corrente doutrinal e jurisprudencial para qualificar as presunções como meios de prova assentam no modo como se atinge o resultado

¹⁴ Cfr. CLÁUDIA TRINDADE, *ob.cit.* pp. 82, 124.

¹⁵ Cfr. RUI RANGEL, *ob. cit.*, p.242.

¹⁶ Cfr. CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 251.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Cfr. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*

¹⁹ Cfr. RUI RANGEL, *ob. cit.*, p.242.

²⁰ Ac. STJ de 20-06-2006 (Processo nº 06ª1647, Relator: ALVES VELHO); Ac. STJ de 16-03-2011 (Processo nº 48/08.7TBVNG.P1.S1, Relator: CAMILO MOREIRA).

²¹ Qualificando as presunções enquanto um *meio lógico ou mental da descoberta dos factos*, cfr. VAZ SERRA, *Provas, Direito Probatório Material*, in BMJ nº 110, 1961, p.198.

²² Qualificando as presunções enquanto uma *etapa no iter probatório*, cfr. J. LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, Coimbra Editora, 2000, p.198.

²³ Salientando que as presunções não são meios de prova porque não conduzem à prova do facto presumido, mas à inferência desse facto de outro, pelo que são antes *meios de dispensa de prova (do facto presumido)*, TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 210.

²⁴ Considerando a presunção enquanto um *método específico de valoração de prova com reflexo no tema da prova*, LUIS PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2ª. ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp.159,160.

²⁵ Considerando que são um *tipo de raciocínio lógico*, CLÁUDIA TRINDADE, *ob. cit.*, p.125.

²⁶ A título de exemplo, Acs. do STJ de 09/07/2014 (Processo nº 299709/11.OYIPRT.L1S1, Relator: PINTO DE ALMEIDA), de 24/03/2011 (Processo nº 52/06.0TVPRT.P1.S1, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), e de 19-01-2017 (Processo nº 1626/12.5TBFLG.P1.S1, Relator: ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA); TRL de 20/01/2011 (Processo542/06.4TJLSB.L1-2, Relator: TERESA ALBUQUERQUE) e de 13/11/2012 (Processo nº 176/10, Relator: ORLANDO NASCIMENTO); TRP de 02/12/2013 (Processo nº 674/12.0TVPRT.P1, Relator: RITA ROMEIRA).

probatório, ou seja, o resultado probatório, o qual poderá ser alcançado por qualquer meio de prova, incluindo as presunções, qualificadas enquanto tal.

Desde logo importa sublinhar que presunções e meios de prova convergem na mesma finalidade, a formação da convicção do juiz e conseqüente decisão sobre a matéria de facto relevante para a solução do litígio. Contudo, existem diferenças significativas entre presunções e meios de prova, desde logo a circunstância dos meios de prova em princípio carecerem de ser propostos antes da sua produção, incidindo directamente sobre o facto a provar. Já na prova por presunção a situação é diferente, o facto a provar será um outro diverso, o facto-base da presunção, através de uma etapa no *iter* probatório²⁷, ou seja, um passo que medeia um outro meio de prova e o resultado final²⁸, sendo este o aspecto que distancia as presunções dos restantes meios de prova, impregnando-lhe uma natureza “*sui generis*” no direito probatório.

Por outro lado, a corrente maioritária classifica a prova por presunção enquanto um *tipo de raciocínio lógico* ou um meio lógico de descoberta de factos, qualificação que nos parece mais consentânea com a natureza das presunções, tendo em conta as muitas especificidades probatórias que caracterizam esta figura, ainda que, em certa medida, tal classificação possa ser algo redutora tendo em conta toda a envolvência e dinâmica que caracteriza a figura da presunção, pelo facto de tal conceptualização ao se centrar na operação intelectual (elemento nexu lógico), acaba por tomar a parte pelo todo.

A presunção enquanto um conjunto de elementos que constituem a sua estrutura, tem no seu “âmago” o nexu lógico, sendo esse meio intelectual que permite que se chegue à conclusão acerca da existência ou não do facto presumido.

Contudo, no domínio do direito probatório as implicações do exercício da prova por presunção vão muito mais além que um certo tipo de raciocínio lógico ou meio de descoberta dos factos. Estamos aqui perante um mecanismo que, fixado um certo indício, o mesmo despoletará, através deste método de descoberta de factos (baseado numa actividade lógica de inferências), todo um específico e criterioso procedimento probatório, dirigido à descoberta de um outro facto

²⁷ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, Coimbra Editora, 2000, p.198.

²⁸ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Prova*, in *Themis*, Edição Especial Código Civil Português – Evolução e perspectivas actuais, 2008, p.336.

essencial à solução da lide. Procedimento que varia consoante se esteja perante presunções judiciais ou legais, as quais, apresentam particularidades distintas, desde logo no nexu lógico. Nas primeiras tal nexu é apurado (e fundamentado) pelo julgador, daí que tenham maiores implicações as deduções lógicas. Já nas segundas esse nexu lógico entre o facto-base e o presumido encontra-se previamente fixado na própria norma, o que, em certa medida, esvaziará tais deduções lógicas casuisticamente determinadas – estando a inferência previamente normativizada, provando-se o facto-base, é a própria lei que impõe que se *firm*e um outro facto (presumido).

Outra diferença, esta mais discutível, radica na diferente natureza dos factos-base de umas e outras. Nas presunções judiciais o *factum probans* assume-se enquanto instrumental (do *factum probandum*), ao passo que nas presunções legais, conforme se irá indagar em maior detalhe mais adiante, o facto indiciário ainda que tenha uma natureza intrinsecamente instrumental, tem, contudo, outros caracteres que os aproxima dos factos essenciais. O que justificará o correspondente tratamento processual àquele regime, distinto do dos factos instrumentais relativos às presunções judiciais - no domínio probatório, e inerente regime processual, parece-nos, pois, que estamos perante dois regimes diversos, conforme se analisará mais adiante²⁹.

Além desses regimes diversos, acresce a circunstância de nas presunções legais a valoração da prova feita pelo juiz, para efeitos de deduções lógicas tendentes ao nexu lógico ser irrelevante, uma vez que tal nexu, contrariamente ao que acontece nas presunções judiciais, não é operado pelo julgador, antes se encontra à priori fixado na própria norma.

Atento o exposto, parece-nos que a classificação acerca da natureza das presunções deve ser feita de modo separado, atentas as características diversas entre as duas modalidades de presunção. Quanto às judiciais, aderimos ao entendimento que as classifica enquanto *deduções lógicas* ou *meios lógicos ou mentais de que o julgador se serve para a descoberta de factos*³⁰.

²⁹ Sobre esta temática, *vide, infra*, ponto 3.

³⁰ Seguindo esta posição, VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 198, CLÁUDIA TRINDADE, *ob. cit.*, p. 125, assim como a dominante corrente jurisprudencial que segue este entendimento, a título de exemplo: Acórdãos do STJ de 09/07/2014 (Processo nº 299709/11.0YIPRT.L1S1, Relator: PINTO DE ALMEIDA), de 24/03/2011 (Processo nº 52/06.0TVPRT.P1.S1, Relator: MARIA DOS PRAZERES

Já quanto às presunções legais, retomando agora à análise anteriormente iniciada³¹, e, atentas, as particularidades respeitantes à sua invocação e inerentes ónus que lhe estão associados³², a actividade processual das partes assume uma importância de maior relevo, que no caso das presunções judiciais, onde o papel do juiz, e inerentes exigências de apreciação da prova e respectiva fundamentação se destacam.

No que concerne aos ónus e incumbências, no domínio das presunções legais (relativas), importa sublinhar as repercussões que a duplicação do objecto da prova (facto-base/facto presumido) tem sobre a actividade processual das partes. Cada “segmento” de prova, terá o seu regime próprio: quanto ao facto-base, o ónus de alegação e respectiva prova caberá à parte beneficiada pela presunção, ao passo que, quanto ao facto presumido, o ónus da prova inverte-se, incumbindo assim à contraparte o ónus de alegação e respectiva prova de um facto contrário ao presumido. Sendo que, nesta situação, o papel do juiz, no que concerne à fundamentação inerente ao nexu lógico, será diminuto, uma vez que nas presunções legais, tal nexu já está previamente *crystalizado* na própria lei, ao contrário do que acontece nas presunções judiciais, onde é o próprio julgador que estabelece o nexu lógico entre o facto-base e o presumido.

Assim, atentas todas as particularidades descritas, conclui-se pelo entendimento que a *natureza específica* das presunções legais não será um meio de prova, nem deduções lógicas ou meios lógicos ou mentais de que o julgador se serve para a descoberta de factos (devendo esta se circunscrever apenas a natureza específica das presunções judiciais), estaremos sim, perante um *meio de dispensa parcial de prova*³³.

PIZARRO BELEZA), e de 19-01-2017 (Processo nº 1626/12.5TBFLG.P1.S1, Relator: ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA);

³¹ *Supra*, p. 19.

³² Matéria desenvolvida em maior pormenor mais adiante – *infra*, pontos 4.1.1 e 4.1.2

³³ Aproximando-nos assim, “em parte”, da posição de TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 210 – *cf. supra*, p.19.

Dizemos *em parte* por dois motivos. O primeiro é porque a natureza defendida pelo Professor é geral, ou seja, abrangendo na mesma classificação presunções judiciais e legais, desconsiderando a sua classificação bipartida que julgamos ser a mais adequada.

O segundo motivo diz respeito à própria introdução da expressão “*parcial*” à classificação dada pelo Professor - *meio de dispensa de prova* - que cremos, não será totalmente e, individualizadamente, dirigida à figura das presunções, na medida em que existem outras figuras processuais onde também existe dispensa de prova (*v.g.* art. 779º CC), aí sim, dispensa integral de prova. Já no caso das presunções, a dispensa será apenas *parcial*, porque, verificando-se a

1.3 Consagração legal e espécies

A figura jurídica das presunções encontra-se prevista na lei substantiva³⁴, cuja noção se encontra no art. 349º Cód. Civil³⁵, dando esta norma uma definição unitária da figura, aludindo por sua vez, os artigos seguintes, 350º e 351º do mesmo código às suas duas espécies, presunções legais e judiciais respectivamente.

Nas segundas, também denominadas de presunções naturais ou *hominis*, o elemento definidor desta espécie de presunção assenta na sua estreita relação com o juiz. Enquanto que nas presunções legais o nexó lógico é previamente fixado pelo legislador, nestas, esse elemento de conexão já não está cristalizado na lei, é o próprio julgador que através do seu juízo de inferência operacionaliza o referido nexó lógico, utilizando para o efeito, as *regras de experiência*³⁶.

Em virtude da grande relevância que o raciocínio do julgador assume, também as partes da causa têm, ou pelo menos poderão ter, alguma influência na formação e desenvolvimento do processo presuntivo, uma vez que, sendo o raciocínio do julgador formado progressivamente no decurso do processo, também aqueles sujeitos daquele mesmo processo, poderão nos momentos próprios influenciar o processo inferencial por parte do juiz.

O mesmo já não acontece nas presunções legais, cujo nexó lógico e regras de experiência subjacentes, se encontram previamente cristalizados na própria norma. Deste modo, nas presunções legais, o nexó lógico entre factos e inerente ideia de probabilidade do facto presumido, está já definido *à priori*, fazendo parte do próprio teor da norma. Já nas presunções judiciais, a ideia de probabilidade é feita *à posteriori*, pelo próprio julgador da causa com base nas regras da experiência por si traçadas.

duplicação do *thema probandum*, apenas sobre um desses objectos de prova se verificará a dispensa de prova (sobre o facto presumido) e já não sobre o outro (o facto-base).

³⁴ Não constando no Código de Processo Civil qualquer referência ao seu exercício, nem algum procedimento probatório específico. Ao contrário do que acontece nalguns ramos do Direito, por exemplo no âmbito do Direito Tributário encontra-se previsto no art. 64º do CPPT um *procedimento próprio* para ilisão de presunções.

³⁵ Dispondo que: "*Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.*"

³⁶ Sobre as implicações das regras de experiência no tipo de raciocínio lógico subjacente a presunções judiciais, *vide* CLÁUDIA TRINDADE, *ob. cit.*, pp. 81-127.

Assim, no caso das presunções legais, em razão do nexo lógico e inerente consequência do processo presuntivo estar fixado *à priori*, pelo legislador, a demonstração do facto-base da presunção funciona como comando para o julgador³⁷. Consequentemente, feita a demonstração dos pressupostos factuais subjacentes à concreta presunção, impõe-se ao julgador uma determinada decisão – conclusão pelo reconhecimento do facto presumido. Verifica-se assim uma vinculação do julgador à presunção tipificada na norma, estando o seu arbítrio diminuído, uma vez que o critério de probabilidade está cristalizado na própria norma (ao contrário das presunções judiciais, onde existe uma grande margem de liberdade para a apreciação factual através de presunções).

Atento o art. 350º CC, extrai-se que esta norma se divide em dois números, cada um de teor distinto, o nº1 dispõe acerca de considerações acerca do ónus da prova, ao passo que o nº2 faz referência aos dois tipos de presunções legais, são elas, relativas e absolutas.

As *presunções* (legais) *relativas*, também denominadas de presunções *juris tantum*, têm como ponto característico o facto de admitirem prova em contrário, neste sentido a lei considera certo facto como certo até prova em contrário. Deste modo incentiva-se a produção de prova à parte desfavorecida pelo efeito presuntivo, muitas das vezes a parte que está em melhor posição de produzir certa prova, cominando a sua inércia ou produção deficiente e/ou insuficiente de prova, com a sujeição aos efeitos da presunção.

A lei ao estabelecer no nº1 do art. 350º CC, que a parte beneficiada pela presunção “...*escusa de provar o facto que a ela conduz*”, apenas dispensa este sujeito processual de provar o facto presumido, tendo, no entanto, de alegar e provar o(s) facto(s)-base sobre o qual incide a presunção. Situação em que não se verifica qualquer dispensa do ónus da prova, uma vez que tal factualidade indiciária assume a categoria de facto essencial, ainda que de natureza instrumental, face ao direito alegado, inserindo-se na exigência de alegação e subsequente prova prevista no art. 5º nº1 CPC. A partir do momento em que a parte favorecida pela presunção cumpra os ónus que sobre si impendem, nos

³⁷ Cfr. RONALDO SOUZA BORGES, *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*, D'Plácido Editora, Belo Horizonte, 2016, p. 261.

termos descritos, opera-se, quanto ao facto presumido³⁸, uma transferência do ónus para a contraparte, cabendo a este sujeito processual a alegação e respectiva prova de algum facto contrário ao conclusivo, de modo a impedir o efeito jurídico invocado, ilidindo deste modo a presunção contra si invocada³⁹.

Por outro lado, nas *presunções absolutas* também denominadas *juris et de jure*, tal como acontece nas relativas, também nestas, através da prova de certos factos (base), a lei considera outros factos (presumidos), enquanto verdadeiros, distinguindo-se, porém, das primeiras pelo facto de estar vedada à contraparte a possibilidade de ilidir a presunção. Assim, os factos alegados e provados pelo autor, assumem um valor jurídico de certeza.

Assim, nas presunções *juris et de jure* o raciocínio do legislador (em obediência às máximas da experiência), é de tal modo tão forte e convicto, que fica desde logo excluída a admissão de prova contrária acerca do facto presumido⁴⁰.

Tais divergências entre presunções *juris tantum* e *juris et de jure*, têm amplas repercussões no domínio probatório, como se analisará mais adiante, aí, já numa perspectiva mais detalhada no campo processual⁴¹.

2. A estrutura da presunção

Como ponto de partida à análise que se segue, importa sublinhar que a formação da presunção, enquanto figura jurídica que é, terá de obedecer a todo um rigoroso conjunto de etapas conducentes à sua consolidação e consequente idoneidade probatória, pelo que, interessa desde logo analisar a sua estrutura, que pela sua dinâmica própria se poderá, em certa medida, caracterizar como “um processo (próprio) dentro do próprio processo”, que, enquanto tal, também estará sujeito às mais diversas vicissitudes.

³⁸ Sem prejuízo da parte prejudicada pela presunção, ainda assim, se poder defender através da impugnação do(s) facto(s)-base da presunção. Matéria que será objecto de análise detalhada, mais adiante, *infra*, ponto 4.2.2.

³⁹ Matéria que será objecto de análise mais detalhada no ponto 4.2.3, *infra*.

⁴⁰ Tendo neste caso a parte desfavorecida pela presunção que “atacar desde logo o facto-base”. A este propósito, *vide, infra*, ponto 4.3.

⁴¹ Acerca das presunções relativas, *infra* ponto 4.1, por sua vez a análise processual acerca das presunções absolutas será feita no ponto 4.3, *infra*. Análises que terão em conta estas considerações prévias.

Pode-se definir a presunção enquanto “*um raciocínio em virtude do qual, partindo de um facto que está provado (facto-base), chega-se à consequência da existência de outro facto (facto presumido), que é o pressuposto fáctico de uma norma, atendendo ao nexu lógico existente entre os dois factos*”⁴². Deste modo, pode-se então concluir que tal processo cognitivo tem como ponto de partida um facto conhecido (facto-base), através do qual se conclui presuntivamente a existência de um outro, o facto desconhecido (facto presumido). Através da análise à sua definição, é possível desde logo identificar os elementos estruturais da presunção:

a) Facto-base + b) Nexu lógico = c) Facto presumido

Assim, e pelo seu cariz inferencial (deduções de factos sobre factos), as presunções pressupõem a existência de um facto conhecido (a), provado este facto, é operado um nexu lógico (b), o qual se pode basear na própria lei (no caso das presunções legais), ou nas regras da experiência extraídas casuisticamente pelo próprio julgador (presunções judiciais), cuja conclusão pode apontar para a existência de um outro facto (facto presumido) (c).

São precisamente os seus elementos estruturantes, indissociáveis entre si quanto à pretensão em causa, que formam um todo⁴³, a figura da presunção, elementos esses, que terão importância acrescida ao nível do direito probatório, como se verá mais adiante. Após esta identificação e delimitação da estrutura da presunção, importa agora abordar em maior detalhe cada elemento da sua estrutura. Para tal, a análise que se segue será dividida em três pontos.

No primeiro o objecto de análise incidirá sobre o facto-base da presunção, que servirá de pressuposto factual ao seu funcionamento. Ainda neste domínio coloca-se seguidamente a questão de saber se no âmbito das presunções legais será possível a cumulação de indícios que se formem no decurso do próprio processo (indícios endoprocessuais) aos tradicionais indícios pré-constituídos, aos quais se refere a norma presuntiva.

No segundo ponto será tratada a questão do elemento de conexão entre factos que caracteriza as presunções – o seu nexu lógico.

⁴² Definição de LUIS PIRES DE SOUSA, *ob.cit.* p. 29, acompanhando de perto a definição de SÁNCHEZ DE MOVELLÁN.

⁴³ Critério de unidade que terá as devidas consequências mais adiante. *Supra*, ponto 4.2.2.

Por fim, a análise sobre esta temática culminará no “ponto de chegada” do percurso presuntivo, ou seja, a conclusão jurídica - o *facto presumido* - onde se analisará a natureza deste facto, justificando-se em seguida a necessidade de alegação deste facto.

2.1 O Facto-base⁴⁴

É o *ponto de partida* para o exercício da prova por presunções, através do qual se poderá alcançar a presunção conclusiva (*facto presumido*). Se a presunção é um *todo*, atendendo a todo o seu mecanismo estrutural, o facto-base por sua vez, é uma *parte* desse todo, consubstanciando-se na sua fonte, sendo a partir da sua prova, que fica estabelecida a *base* sobre a qual assenta a presunção, enquanto *facto conhecido*, momento a partir do qual se pode inferir o facto desconhecido. Assim, pelo exposto desde logo se concluí que é condição imprescindível para a válida formação de qualquer presunção que o facto-base se encontre devidamente provado, através do recurso a qualquer meio de prova admissível, só a partir daqui estaremos perante um *facto conhecido*⁴⁵, que servirá de base da presunção.

É sobre o(s) facto(s)-base (*factum probans*) que incide (e se exige) a actividade probatória, desempenhando deste modo a função de facto sobre o qual assenta a pretensão do autor/beneficiado pelo efeito presuntivo, cuja prova, lhe compete, nos termos do disposto no art. 342 nº1 CC.

Os indícios subjacentes presunções legais, têm uma particularidade que os distingue dos que formam a base de presunções judiciais. Os primeiros, encontrando-se explicitamente ou implicitamente previstos na norma em causa, apresentando um cariz estático. Isto é, para que a parte favorecida pela presunção possa ver a sua pretensão procedente, terá de demonstrar a matéria indiciária à qual a norma se refere e lhe confere a idoneidade para que, sobre a mesma, se

⁴⁴ Também designado por *facto-indiciário*, *facto-índice*, ou por vezes simplesmente *indício(s)*. Terminologicamente parece-nos mais adequado a expressão *facto-base* quando a referência é feita num contexto adjectivo, tendo em conta o *iter* inerente à respectiva actividade probatória. Por outro lado, quando a referência é feita num contexto de índole mais substantiva, onde se releva o seu concreto conteúdo factual, será mais correcto o uso das outras expressões acima identificadas, em especial o termo *indício* – que será a concreta matéria factual que serve de fonte ao funcionamento da presunção. Será segundo este critério de distinção terminológica que serão empregues os referidos termos na presente exposição.

⁴⁵ O facto conhecido tanto pode ser um só, neste caso denomina-se *presunção monobásica*, como consistir numa pluralidade de factos, aqui estará em causa uma *presunção polibásica*.

formule a conclusão jurídica prevista na norma. Já os indícios subjacentes a presunções judiciais, uma vez que não têm qualquer previsão legal e inerente delimitação, apresentam uma multiplicidade e variedade mais alargada e susceptível de mutações⁴⁶.

No domínio das presunções legais, conforme se desenvolverá em maior detalhe mais adiante, a matéria indiciária que serve de fonte ao funcionamento da presunção, enquanto pressuposto factual que é, assume-se de especial importância. É sobre esta concreta matéria factual, sob a forma de premissas, que, demonstrada que esteja, a lei formula a conclusão presuntiva prevista na norma em causa (reconhecimento do facto presumido).

O conteúdo de tais pressupostos são factos, os quais, a partir do momento em que estejam provados, tornam-se *conhecidos* (art. 349º CC) para o tribunal, sendo em tais situações, a própria lei, mediante o nexó lógico impregnado na norma em causa – a *inferência normativizada* - que impõe certa conclusão jurídica, que se traduz no reconhecimento de um outro facto diverso e *desconhecido*. Facto, sobre o qual não incidiu qualquer actividade probatória pela parte interessada no seu reconhecimento, em resultado da inversão da prova sobre este facto (art. 344º nº1 CC). Perante tais circunstâncias *sui generis*, altamente desfavoráveis para a parte prejudicada pela presunção, parece-nos adequado que em matéria de presunções legais, se verifique algum rigor, e inerente cumprimento de ónus de vária ordem, com as respectivas repercussões no regime probatório dos factos-base, conforme se desenvolverá mais adiante⁴⁷.

Quanto ao tempo e modo de surgimento de tais indícios que servem de base à presunção, poder-se-á colocar a questão se no domínio das presunções legais, tal

⁴⁶ Nas presunções judiciais verifica-se existência de toda uma panóplia de indícios idóneos a formar a base duma presunção, o que justifica os estudos de que recentemente tem sido objecto, em especial pelo Professor (reunindo também as qualidades de Advogado e Psicólogo) LUIS MUÑOZ SABATÉ no âmbito da taxonomia indiciária, que, através de parâmetros científico-técnicos visa o agrupamento sistemático dos indícios segundo as suas categorias, tendo como critérios distintivos as características definidoras de cada grupo, segundo critérios de máximas de experiência. Tendo como obras de referência acerca da temática: “*Curso de Probática Judicial*”, La Ley, 2009; “*Tratado de Probática Judicial*, Apêndices, Tomo V, Bosch, 1996; *Taxonomía indiciaria*, in *Diario La Ley*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio – Nº4, Año XXXII, Nº 7564, Feb.2011. Entre nós, LUÍS PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 203 e ss., também categorizou os indícios, seguindo em larga medida os critérios do autor referenciado.

⁴⁷ *Infra*, pontos 3.2 (acerca da qualificação de tais factos), e subsequentemente, pontos 4.1 (acerca presunções relativas) e 4.3.2 (presunções absolutas).

matéria de facto (indícios), terá de existir antes da instauração do processo, ou se, poderão tais indícios correspondentes ao(s) facto(s)-base previstos na norma em causa, ser cumulados com outros que possam emergir no decurso da acção, ou seja, se são admitidos indícios *hominis* de cariz endoprocessual, que possam ser apreciados em conjunto com a restante matéria factual subjacente ao(s) facto(s)-base da presunção em causa.

Estes últimos têm merecido uma crescente importância por parte de alguma doutrina e jurisprudência, sob a denominação de indícios *endoprocessuais*, nesta categoria enquadram-se os indícios que vão surgindo no decurso do processo, colocando-se a este propósito, se tais indícios “*hominis*” se poderão cumular com os respeitantes a presunções legais, conforme se analisará mais adiante.

Será o caso de certas condutas das partes que impeçam ou obstaculizem a parte favorecida pela presunção de demonstrar os factos-base subjacentes à presunção legal invocada, cujo ónus lhe compete. Tal matéria poderá ter alguma importância nalguns tipos de presunções legais, como se verá mais adiante, ao que, podemos desde já adiantar que em nosso entendimento, tal possibilidade de cumulação de indícios de natureza diversa será válida, conforme se fundamentará e concretizará mais adiante⁴⁸.

Assim, atento o exposto, é possível agrupar os indícios segundo critérios subjacentes ao seu *tempo e modo de surgimento*, cujas implicações processuais se mostram de maior relevo face ao objecto da presente exposição. Neste campo distinguem-se dois grandes grupos, por um lado, os “tradicionalis” *indícios pré-constituídos* (2.1.1), onde se enquadram os indícios já existentes antes do início da lide em juízo, aos quais interessa o seu devido “carreamento” para o respectivo processo. Por outro lado, analisar-se-á a possibilidade de cumulação com os *indícios constituídos* (2.1.2).

2.1.1 Indícios pré-constituídos

Nesta situação que é a regra, o(s) indício(s), traduzem-se numa dada situação fáctica, já existe já existe antes do processo, em muitos casos é até a sua existência

⁴⁸ *Infra*, pontos 2.1.2 (justificação da posição assumida) e 4.1.3.1 (concretização prática no âmbito da presunção de paternidade).

que está na origem do impulso do mesmo, pelo que, caberá à parte a quem aproveita o facto indiciário e respectiva presunção, o ónus da sua alegação e prova, desempenhando deste modo a função de facto sobre o qual assenta a pretensão da parte beneficiada pelo efeito presuntivo, cuja prova lhe compete, nos termos do disposto no art. 342 n.º1 CC.

Tendo presente a vasta multiplicidade de presunções legais consagradas no nosso ordenamento jurídico, e inerente(s) facto(s)-base que lhes estão subjacentes, importa desde logo, fazer uma breve análise acerca da natureza e particularidades acerca de tais factos e suas particularidades de acordo com a norma presuntiva que esteja em causa. Tendo em conta a existência de uma grande quantidade de presunções legais, não nos sendo possível, por conseguinte, dedicar a devida atenção a todas, tentar-se-á fazer uma análise aos factos-base respeitantes às presunções de maior relevância prática.

Conforme se adiantou, os factos-base indiciam a existência de um outro facto que se quer fazer valer em juízo, podendo assumir características diversas, consoante a presunção que esteja em causa. Em certos casos formam a base indiciária da existência material de um certo tipo de contrato, qualificando determinada relação jurídica - *v.g.* a presunção de laboralidade, cujas circunstâncias (factos-base) descritas no art. 12.º do Cód. do Trabalho indiciam a existência de contrato de trabalho, estando o trabalhador dispensado de provar o referido contrato (facto presumido) “bastando-lhe” provar “*algumas das características*”⁴⁹ da actividade desempenhada, servindo nestes casos os indícios como um meio de qualificar um contrato⁵⁰.

⁴⁹ Está-se aqui perante um “catálogo” de indícios (art.12.º Cód. Trab.), sendo de realçar que neste caso a jurisprudência tem entendido que basta a prova de pelo menos dois dos factos-base descritos para poder fazer funcionar a presunção. *Cfr.* Acórdãos STJ de 02-07-2015 (Processo n.º 182/14.4TTGRD.C1.S1, Relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS) e de 08-10-2015 (Processo n.º 292/13.5TTCLD.C1.S1, Relator: ANA LUÍSA GERALDES); TRC de 10-07-2013 (Processo n.º 446/12.1TTCBR.C1, Relator: AZEVEDO MENDES) e de 26-09-2014 (Processo n.º 160/14.3TLRA.C1, Relator: RAMALHO PINTO); TRP de 10-10-2016 (Processo n.º 434/14.3TTVNG.P1, Relator: ANTONIO JOSÉ RAMOS). Ainda assim, pode o empregador ilidir a presunção (enquanto presunção *juris tantum* que é) mediante a prova de factos excludentes da subordinação jurídica.

⁵⁰ Como tem entendido a jurisprudência, este conjunto de indícios contidos na referida norma, apresenta uma particularidade face a outros “catálogos”, que é a circunstância da sua apreciação ser feita num *contexto global*, o qual prevalece face a cada um dos indícios isolados por si: - “*caberá ao intérprete a “valoração global” de todas as características pertinentes para a formulação de um juízo conclusivo sobre a existência de subordinação jurídica.*” - Ac. STJ de 08-10-2015 (Processo n.º 292/13.5TTCLD.C1.S1, Relator: ANA LUÍSA GERALDES).

Ainda no domínio dos indícios de relações jurídicas, destacam-se ainda as presunções de paternidade (arts. 1796º nº2, 1826º, 1834º e 1871º todos do Cód. Civil, relativamente ao estabelecimento da paternidade e reconhecimento da paternidade⁵¹), cujo facto presumido será a existência de uma certa relação jurídica familiar provada mediante a demonstração de determinados indícios (não ilididos) tendentes à qualificação daquela relação⁵².

Existem ainda factos indiciários direccionados para a qualificação jurídica de certas condutas humanas, como é o caso da verificação da *culpa* em certa ocorrência – presunções legais de culpa^{53 54} - o que tem especial importância no

“O efeito jurídico associado pela lei não decorre apenas da verificação destes factos índice, isoladamente considerados, mas da ocorrência destes elementos, no contexto mais vasto da relação de prestação de actividade em causa.” - Ac. STJ de 02-07-2015 (Processo nº 182/14.4TTGRD.C1.S1, Relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS).

Ainda no mesmo sentido, Acórdãos do STJ de 17-05-2007 (Processo nº 06S3406, Relator: VASQUES DINIS), de 15-01-2014 (Processo nº 32/08.0TTTSC.S1, Relator: MÁRIO BELO MORGADO), de 03-03-2010 (Processo nº 4390/06.3TTLSB.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO), de 12-09-2012 (Processo nº 247/10.4TTVIS.C1.S1, Relator: FERNANDES DA SILVA), de 08-10-2015 (Processo nº 292/13.5TTCLD.C1.S1, Relator: ANA LUÍSA GERALDES) e de 09-03-2017 (Processo nº 254/14.5T8MTS.P1.S1, Relator: RIBEIRO CARDOSO).

Em sentido contrário, JOÃO LEAL AMADO, *“Nótula sobre o art. 12º do Novo Código do Trabalho e o seu Âmbito Temporal de Aplicação”*, CEJ, Dezembro de 2013, p. 27.

⁵¹ Neste catálogo de indícios à semelhança dos analisados na nota anterior (acerca das presunções derivadas do art. 12º do Cód. Trabalho), também aqui se tem entendido na jurisprudência que a análise e respectiva valoração de tais indícios deverá ser feita numa *perspectiva global e não separadamente*. *“A reputação e tratamento como filho por parte do pretense progenitor para efeitos de posse de estado como paternidade presumida têm que ser apreciados no seu conjunto, numa perspectiva global, e não separadamente.”* – Ac. STJ de 06-05-1997 (Processo nº 96A844, Relator: FERNANDES MAGALHÃES). No mesmo sentido, Ac. STJ de 18-02-2015 (Processo nº 4293/10.7TBSTS.P1.S1, Relator: FONSECA RAMOS), Ac. TRC de 29-09-2009 (Processo nº 405/05.0TBSAT.C1, Relator: MARTINS DE SOUSA).

⁵² Matéria analisada em maior detalhe *infra*, no ponto 4.1.3.1.

⁵³ Relativamente à responsabilidade extra-contratual, arts. 491º, 492º, 493º CC; quanto à responsabilidade contratual, art. 799º CC.

⁵⁴ Já no caso das presunções *judiciais* de culpa, os factos-base podem assumir as mais variadas características, cabendo ao julgador no exercício do raciocínio segundo as regras da experiência inferir a verificação ou não de tal conduta. Situação frequente nesta matéria são as presunções (naturais) de culpa com base em indícios derivados da violação de regras estradais, como assinala a jurisprudência maioritária: *“Neste domínio importa considerar, como faz a jurisprudência maioritária, que em matéria de responsabilidade civil emergente de acidente de viação deve atribuir-se a culpa na sua produção, por presunção judicial (cfr. artigo 351º do Código Civil) ao condutor que violou regras de direito estradal, desde que ele não logre demonstrar a existência de quaisquer circunstâncias anormais que determinaram tal facto. Isto sob pena de se lançar sobre o lesado um ónus de prova excessivamente gravoso ou até incompatível.”* - Ac. STJ de 23-02-2016 (Processo nº 74/12.1SRLSB.L1.S1, Relator: JOÃO SILVA MIGUEL).

Nestas circunstâncias, provada a violação de tais regras, segundo o entendimento da jurisprudência dominante, resta ao condutor/infractor a ilisão da referida presunção mediante prova de que, o nexos de causalidade adequada entre a conduta e o acidente não se ficou a dever à sua conduta (ainda assim censurável), aspecto ao qual será decisivo a natureza do indício conjugado com o *contexto global do evento*.

âmbito da responsabilidade civil, que apresenta uma causa de pedir complexa, composta por vários elementos, sendo a culpa um desses elementos, que, em consequência da presunção concretamente estabelecida, se facilita a prova deste elemento da causa.

Existem ainda certos tipos de indícios conotados com a disciplina dos direitos reais, onde se incluem as presunções de posse (v.g. arts. 1254º e 1252º n.º2 Cód. Civil) e respectiva qualificação⁵⁵. Neste domínio destacam-se pela importância que têm na vida prática, as presunções acerca do direito de propriedade, quer no que concerne à propriedade comum – *compropriedade* – quer à propriedade exclusiva.

Quanto às presunções de compropriedade destacam-se as presunções consagradas nos arts. 1371º CC e 1421º n.º2 CC, e ainda a prevista no art. 516º CC, inscrita no *Livro das Obrigações* referente às obrigações solidárias na parte relativa à presunção de contitularidade do crédito. Esta presunção tem especial importância em algo que é bastante frequente na actualidade, as contas bancárias de depósitos de vários contitulares, em que cada um tem total legitimidade para a sua movimentação, ainda que, tal faculdade, não seja sinónimo de direito de propriedade⁵⁶. Nestas circunstâncias o *factum probans*, cujo ónus de alegação e

Assim, nestes casos, a idoneidade ou não deste facto-base para o resultado ocorrido (de modo a apurar se o indício é idóneo à consolidação da presunção), resulta desde logo do referido nexo de causalidade adequada, que neste caso assume “as vestes” do segundo elemento do procedimento presuntivo - o *nexo lógico* - sendo sobre este elemento que irá incidir a defesa do condutor prejudicado pela presunção.

No domínio da *causalidade adequada* tem sido acolhido quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, a sua formulação negativa (mais ampla que a positiva): “O artigo 563.º do Código Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa nos termos da qual a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias. De acordo com essa doutrina, o facto gerador do dano só pode deixar de ser considerado sua causa adequada se se mostrar inidóneo para o provocar ou se apenas o tiver provocado por intercessão de circunstâncias anormais, anómalas ou imprevisíveis”. – Ac. STJ de 11-01-2011 (Processo n.º 11-01-2011, Relator: SEBASTIÃO PÓVOAS). No mesmo sentido, entre outros, vide, Acórdãos do STJ de 05-02-1998 (Processo n.º 97B983, Relator: MIRANDA GUSMÃO), de 20-01-2010 (Processo n.º 670/04.OTCGMR.S1, Relator: ÁLVARO RODRIGUES) e de 03-02-2010 (Processo n.º304/07.1TTSNT.L1.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO).

⁵⁵ Como é o caso da presunção contida no art. 1260º n.º2 CC, que consagra duas presunções, boa ou má fé, consoante se demonstre ou não a existência de um certo *título*. Nesta situação o facto-base a provar (no caso de boa fé) consistirá na demonstração da existência desse título, ao qual se refere o art. 1259º CC.

⁵⁶ “São inconfundíveis e independentes, a legitimidade para movimentação da conta, inerente à qualidade de contitular inscrito no contrato de depósito e dela directamente decorrente, e a legitimidade para dispor livremente das quantias que a integram, esta indissociável do direito de “propriedade” sobre as quantias depositadas” – Ac. STJ de 04-06-2013 (Processo n.º 226/11.1TVLSB.L1.S1, Relator: ALVES VELHO).

prova ficará a cargo do beneficiado pela presunção, será a prova da sua qualidade de credor solidário, incumbindo-lhe a prova de que existe uma conta conjunta, da qual é contitular. Ao sujeito prejudicado pelo efeito presuntivo, provado aquele facto-base, poderá ilidir a presunção provando o facto contrário ao presumido, que consistirá na demonstração de uma participação diferente na formação do crédito (saldo)⁵⁷. Caso o consiga, fica “esvaziada” a relação jurídica que nascera da abertura da conta de depósito.

A nosso ver esta norma (art. 516º CC) indica um facto presumido equívoco (“participação em partes iguais na dívida ou no crédito”), o qual, tendo em conta a estrutura da presunção, nos parece enquadrar-se mais no nexó lógico que enquanto facto presumido, o qual antes deveria ser a *contitularidade do direito* (no caso a titularidade do dinheiro constante na conta bancária)^{58 59}.

⁵⁷ Conforme assinala a jurisprudência do STJ:

“O art.º 516.º do CC faz presumir que os titulares de depósitos solidários participam nos valores depositados em montantes iguais; tal presunção é ilidível mediante prova de que as respectivas partes são diferentes ou que só um dos titulares deve beneficiar de todo o crédito. Provado que a propriedade do bem depositado, o dinheiro, pertence por inteiro a um dos titulares da conta, ilidida fica aquela presunção e só o proprietário pode fazer sua a totalidade do depósito. – Ac. STJ de 26-10-2004 (Processo nº 04A3101, Relator: AFONSO CORREIA).

“A titularidade da conta pode nada ter a ver com a propriedade do montante monetário nela depositado. Essa titularidade apenas dá aos beneficiários a possibilidade de movimentar, no todo ou em parte, os fundos objecto do depósito. Mas já não atribuiu aos mesmos a propriedade do numerário depositado. Esta pode pertencer a todos ou apenas um dos titulares” – Ac. STJ de 05-6-2008 (Processo nº 08A1361, Relator: GARCIA CALEJO).

⁵⁸ Ainda que tal fórmula não se encontre expressa na lei, como se viu (nota anterior), a jurisprudência tem implicitamente dado o entendimento adequado à referida norma, mediante uma interpretação correctiva da lei, uma vez que, o que está verdadeiramente em causa enquanto facto presumido, será uma determinada contitularidade relativa a algum direito, é isso que, em concreto o beneficiado pela presunção quer ver reconhecido, e não uma mera “participação em partes iguais”.

⁵⁹ Já a norma prevista no art. 780º nº5 do Cód. de Proc. Civil, referente à penhora de depósitos bancários, apresenta-se de modo mais consonante com estrutura da figura da presunção, assumindo-se como facto presumido a contitularidade (“(...) quotas são iguais”). Neste caso o entendimento da jurisprudência acerca da presunção em causa tem sido muito semelhante ao da norma prevista no art.516º CC, no que concerne às denominadas contas conjuntas.

Veja-se a título de exemplo: “A presunção de contitularidade em partes iguais do dinheiro depositado, embora se não encontre genericamente afirmada na lei para os casos de depósitos bancários com pluralidade de titulares, aparece expressamente consagrada no nº 2 do artigo 861º-A do Código de Processo Civil (actual 780º nº5 CPC) a propósito da “penhora de depósitos bancários”: “Sendo vários os titulares do depósito, a penhora incide sobre a quota-parte do executado na conta comum, presumindo-se que as quotas são iguais”.

A mesma presunção se pode retirar do regime definido pelos artigos 512º e 516º do Código Civil, relativos às “obrigações solidárias”. Dele resulta que, em caso de pluralidade de credores solidários, “Nas relações entre si, presume-se que os (...) credores solidários participam em parte iguais (...) no crédito”.

Quanto às presunções de propriedade⁶⁰ (exclusiva), destacam-se dois tipos de indícios, uns inferem a propriedade com base num acto de cariz formal, como é o *registro*^{61 62}, outros inferem o direito com base numa situação (material) de facto como é a *posse* (art. 1268º nº1 – 1ª parte CC). Neste âmbito das presunções de direito de propriedade baseadas na posse, salienta-se a existência de uma norma presuntiva, que aparentemente, é análoga à anteriormente identificada, é o caso da presunção de pertença ao executado dos bens em *seu poder* – art. 764º nº3 CPC.

Contudo, parece-nos que se está perante factos-base diversos, nos primeiros os indícios do facto presumido são os elementos constitutivos da *posse* (arts. 1251; 1268º nº1 CC), no outro caso, como a lei expressamente o refere – “*em seu poder*” – está-se perante um indício mais vasto, onde a presunção de titularidade vai mais longe, abrangendo toda uma panóplia de direitos reais menores (incluindo o direito de retenção), assim como a detenção precária (art. 1253º CC), indícios que não estão abrangidos pela presunção substantiva baseada exclusivamente na posse. Uma formulação nestes termos parece ter como finalidade uma maior “facilitação” do acto de penhora, não tendo nesta situação qualquer relevo o motivo pelo qual a coisa está em *poder* do executado aquando do acto de penhora, uma vez que tal presunção só poderá ser *ilidida perante o juiz*. Assim, perante o exposto e atendendo à formulação daquela norma naqueles termos, uma questão emerge: estaremos perante uma verdadeira presunção ou consistirá antes numa ficção legal? Vejamos.

O afastamento da presunção de igualdade de quota na conta comum implica saber qual a relação existente entre os contitulares das contas e que explica a contitularidade. – Ac. STJ de 15-03-2012 (Processo nº 492/07.TBTV.C2.S1, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA).

⁶⁰ Ao contrário da norma consagrada no art.1345º CC, cuja letra da lei (“*consideram-se*”) parece-nos indicar que se está perante uma “ficção” legal de propriedade.

⁶¹ Arts. 1268º nº1 – 2ª parte, nº2 CC; art. 7º Cód. Reg. Predial.

⁶² Alguma doutrina, onde se inclui OLIVEIRA ASCENSÃO, *Efeitos Substantivos do Registro Predial na Ordem Jurídica Portuguesa* – disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B31eca69e-a973-42ec-946f-3db5f8453014%7D.pdf>) entende que se está perante uma dupla presunção, uma de “verdade” quanto ao titular do direito, outra de exactidão, da qual emerge as características e área do prédio em causa, de acordo com o registro, apresentando como fundamentos o princípio da legalidade e fé pública proporcionada pelo registro.

Em sentido contrário tem sido o entendimento dominante ao nível da jurisprudência, segundo tal posição, a presunção em causa não abrange a área, confrontações e/ou limites dos imóveis registados, posição que partilhamos, dadas as fragilidades que muitas vezes estão associadas ao registro, dando-se deste modo a desejável prevalência da verdade material face à verdade formal.

Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça para Uniformização de Jurisprudência Nº1 , DR I S, de 31-3-2008, STJ de 07-04-2011 (Processo nº 569/04.0TCSNT.L1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA), de 19-02-2013 (Processo nº 367/2002.P1.S, Relator: MOREIRA ALVES) e de 14-11-2013 (Processo nº 74/07.3TCGMR.G1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA).

Ainda que perante o agente de execução a referida presunção se apresente enquanto ficção, parece-nos, contudo, que não deverá ter essa classificação, desde logo porque no mesmo preceito é referida uma característica basilar das presunções *juris tantum*: a possibilidade de ilisão ao dispor do terceiro (ainda que somente perante o juiz). Tal característica é estranha ao domínio das ficções, ainda assim, perante o agente de execução falta esse elemento (de ilisão), pelo que, sufraga-se, por mais adequado, o entendimento apontado por RUI PINTO: “o enunciado normativo parece ter uma natureza mista, consoante o ponto de vista. Pelo ponto de vista do terceiro esta presunção é ilidível, mas de modo deferido: ele pode afastar a presunção mas não no próprio acto de penhora. (...) Pelo ponto de vista do agente de execução é uma ficção (...) ele não pode ex officio recusar-se à penhora”^{63 64}.

Ainda a propósito do facto-base contido neste normativo (“em seu poder”), impõe-se fazer mais uma consideração acerca do local onde tal *poder* é exercido. Ora, se os bens estão no domicílio estiverem no domicílio do executado, nesse caso funciona plenamente perante o agente de execução a ficção apontada, estando este, em qualquer circunstância, obrigado à prática do acto. Pelo contrário, se os bens estiverem em *estabelecimento comercial*, aí deverá abster-se de tal acto pelo facto de existir uma norma específica para regular a penhora em estabelecimentos comerciais⁶⁵, a qual estatuí que serão objecto de penhora os bens que *integrem* o estabelecimento. O que segundo as regras de experiência, se pode inferir que tais bens serão propriedade do cliente, tendo o comerciante uma mera posse em nome alheio (art. 1253º al. a) CC)⁶⁶.

Feita esta análise acerca das características dos vários indícios subjacentes a presunções legais⁶⁷, ir-se-á em seguida, noutra domínio, tentar responder à questão abaixo colocada, acerca de hipotética cumulação dos indícios atrás

⁶³ Cfr. RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, 1ª. Edição, Coimbra Editora, 2014, p.573.

⁶⁴ Em sentido contrário, considerando que se está perante uma integral ficção, PAULA COSTA E SILVA, *As Garantias do Executado*, Th 4/VII, 2003, p.211-212, *apud*. RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 573.

⁶⁵ Art. 782º do CPC – cujo nº1 determina que os móveis do estabelecimento comercial serão objecto de listagem o que diverge da apreensão típica ao qual se refere o art. 764º CPC.

⁶⁶ RUI PINTO, *ob. cit.* pp. 574-575.

⁶⁷ Tendo presente, que, dada a grande quantidade e multiplicidade de presunções legais existentes no nosso ordenamento, muitas outras ficaram por analisar.

analisados com outros de natureza diversa, que possam surgir no próprio processo.

2.1.2 Cumulação de indícios *constituendos* ou *endoprocessuais*?

Conforme se analisou no ponto anterior, em regra, os factos-base de presunções consubstanciam-se em factos já ocorridos antes do início do processo, é esta a regra e a situação mais frequente. Contudo, poder-se-á dar o caso do surgimento, no decorrer do próprio processo, de outros indícios respeitantes ao próprio comportamento das partes. Colocando-se a respectiva questão de se saber se também é possível e admissível, do ponto de vista probatório, que no decurso de um processo, certos comportamentos das partes, possam também eles próprios consistir em factos-base de presunções (*hominis*) cumuláveis com os restantes. Por outras palavras, será admissível a cumulação de indícios endoprocessuais ao(s) facto(s)-base das presunções legais?

Comparativamente com outros ordenamentos, em termos gerais de admissibilidade de tais indícios, a ordem jurídica italiana dá uma resposta afirmativa à questão, através do art.116º do *Code di Procedura Civile*⁶⁸, onde se atribui ao juiz a faculdade de poder decidir ou extrair argumentos de prova em face das respostas dadas pelas partes, da recusa injustificada em consentir inspeção ordenada e *em geral, do comportamento das partes no próprio processo*⁶⁹.

Entre nós, a norma mais semelhante é a que consta no art. 357º nº2 CC, acerca da valoração da conduta da parte que injustificadamente não compareça ou se recuse a depoimento de parte que lhe haja sido ordenado, ou quando esta responda no decurso do referido acto “*que não se recorda ou não sabe*”. Contudo, esta norma tem um campo de aplicação que se restringe a situações relativas à

⁶⁸ Que dispõe: “*Il giudice puo desumere argomeni di prova dalla risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentir le ispezioni che egli há ordinate e, in generale, dal contegno delle parti nel processo.*”

⁶⁹ Gerando ainda assim duas correntes diversas quanto à natureza da inferência probatória. A primeira entende que tais inferências baseadas numa conduta processual das partes não consubstanciam uma ilação presuntiva, mas sim prova em sentido estrito. A segunda segue o entendimento que tais inferências enquanto factos conhecidos, constituem a base sobre a qual assenta uma presunção, sendo idóneas à formação de uma presunção judicial. Tendo em conta a sua própria natureza, que caracteriza a estrutura da figura da presunção, parece-nos mais convincente a segunda tese, corroborando do entendimento de LUIS PIRES DE SOUSA. *Cfr. ob. cit.* p. 32-33.

declaração confессória, pelo que, não nos poderá dar a resposta acerca da valoração dos restantes comportamentos, que *em geral*, surjam no processo, como o faz a norma do ordenamento jurídico italiano.

Não existindo no nosso ordenamento qualquer norma que expressamente nos dê uma resposta à questão colocada, impõe-se uma análise sistemática aos preceitos adjectivos e seus princípios fundamentais que formam a base sobre a qual assenta o nosso sistema processual, de modo a apurar a resposta à questão colocada.

Encontram-se positivados no Título I do actual Código de Processo Civil os *Princípios Fundamentais* que norteiam o nosso processo civil, estando expressamente consagrado no art. 7º o princípio da cooperação e no art. 8º o princípio da boa fé processual que estatui: “*As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior*”. Destes princípios resultam *deveres processuais* para as partes em juízo, “impregnados” de valores ético-morais considerados essenciais para sociedade destinatária das normas, como é o caso da ética, honestidade e lealdade. Valores que transpostos para o campo processual se traduzem numa justa composição do litígio à qual a finalidade do processo visará almejar uma decisão segundo ideais de justiça. Deste modo, idealmente, a decisão do órgão jurisdicional deverá fazer corresponder, tanto quanto possível, a verdade formal (ou processual) à verdade material, porém, para que tais objectivos se efectivem será indispensável o cumprimento dos princípios identificados.

Segundo PIRES DE SOUSA⁷⁰ tais indícios fundados na *deslealdade processual* são admissíveis desde que se encontrem reunidos os seguintes requisitos:

- A parte tenha conhecimento de determinado facto;
- Esse facto releve na apreciação de mérito do processo segundo as várias soluções plausíveis de direito;
- A prova desse facto no processo seja desfavorável à parte em causa;

⁷⁰ Justificando a sua posição com seguinte fundamentação: “*a regra da boa fé é uma norma cogente, de ordem pública no sentido de que actua independentemente da vontade dos interessados e mesmo contra a vontade destes, que não podem impedir a sua aplicação*”. Concluindo que “*a tese que propugnamos é a de que, verificados que sejam certos pressupostos, a inobservância do dever de boa fé e colaboração nesta vertente pode gerar um indício endoprocessual. Ou seja, a censura ético-processual da litigância de má fé não constitui a sanção única para a inobservância do dever da boa fé*”. Cfr. *ob. cit.* pp. 38, 41, 42-43.

- No intuito de evitar esse resultado desfavorável, a parte proceda no sentido de frustrar a prova desse facto ou de desviar a atenção sobre o mesmo.

Ainda que em parte⁷¹, subscrevemos tal posição e inerentes requisitos identificados. Analisada que está a admissibilidade de indícios endoprocessuais, importa agora conjugar tal matéria com as presunções legais.

Quanto à consequência da referida violação dos deveres de lealdade processual das partes no âmbito do processo, verifica-se uma dualidade de posições: existem entendimentos no sentido de que tais condutas se afiguram enquanto indícios endoprocessuais (indo ao encontro do anteriormente descrito), estando, por conseguinte, sujeitos à livre apreciação pelo julgador⁷². Por outro lado, existem correntes que defendem que certas condutas (quando impossibilitem a prova ao onerado) geram a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344º nº2 CC⁷³. Ora, na temática que nos interessa (presunções legais), articulando tal

⁷¹ Em parte, na medida em que, fundamenta o autor a admissibilidade de tais indícios com base na falta de colaboração da parte. Ainda que se concorde que o não cumprimento dos deveres de conduta impostos pelos princípios consagrados nos arts. 7º e 8º do CPC consubstanciem a violação de autênticos comandos processuais axiológicos. Contudo, não nos parece que a admissibilidade de indícios endoprocessuais enquanto factos-base de presunções, se possa fundar em exclusivo em tais normativos. O que aquelas normas instituem são deveres de natureza processual dirigidos às partes (tendo subjacente os valores já referidos), e, enquanto tal, como qualquer outra norma, a sua violação acarreta uma determinada sanção, pelo que, a nosso ver, não se deverá confundir sanção com prova, são conceitos e domínios completamente diferentes. A primeira será uma resposta do direito a qualquer violação de normas de conduta. A segunda tem uma aplicação restrita à demonstração dos factos em juízo, sobre os quais incidirá certa conclusão e respectiva decisão. Deste modo a violação das referidas normas será causa para a condenação das partes enquanto litigantes de má fé (art. 542º e ss. do CPC) e, a nosso ver, já não no aproveitamento de tais indícios enquanto prova dos concretos factos que constituam a causa de pedir em juízo. Parece-nos algo anti-sistémico fundar a admissibilidade do aproveitamento de indícios endoprocessuais, exclusivamente com fundamento na violação dos princípios da cooperação (art.7º CPC) e da boa fé processual (art.8º CPC) nos moldes descritos.

Assim, para que encontremos uma justificação legal mais convincente para a admissibilidade de tais indícios, enquanto factos-base de presunções, em nosso entendimento, dever-se-á conjugar os referidos princípios (servindo de fundamentos de cariz axiológico) com normas concretas acerca da regulação da matéria probatória que incidam sobre os factos admissíveis neste campo, como é o caso das regras consagradas nos arts. 5º nº2 alíneas a) e b) (acerca dos poderes de cognição do juiz) e no art. 413º (princípio da aquisição processual) ambos do CPC. Estas sim, normas e inerentes princípios “concretizadores no sentido probatório” dos referidos princípios. Sendo este último, o princípio referido por MUÑOZ SABATÉ para justificar a admissibilidade dos indícios endoprocessuais. *Cfr. Curso de probática judicial*, La Ley, Madrid, 2009, p. 151.

⁷² Neste sentido, Acs. STJ de 04-10-1994 (Processo nº085563, Relator: MARTINS DA COSTA), de 23-10-2007 (Processo nº 07A2736, Relator: MÁRIO CRUZ), de 02-02-2010 (Processo nº 684/07.9TBCBR.C1.S1, Relator: HELDER ROQUE); TRP de 19-06-2012 (Processo nº530/10.6TVPRT.P1, Relator: MÁRCIA PORTELA).

⁷³ Neste sentido, Acs. STJ de 23-09-2008 (Processo nº 08B1827, Relator: SERRA BAPTISTA), de 23-02-2012 (Processo nº 994/06.2TBVFR.P1.S1, Relator: BETTENCOURT DE FARIA), de 17-05-2016 (Processo nº 8928/11.6TBOER.L2.S1, Relator: PAULO DE SÁ); TRG de 13-03-2012 (Processo nº

matéria com as presunções legais, temos desde logo uma incongruência com esta segunda corrente: é que não poderá inverter o ónus da prova quanto ao facto presumido, porque este por prévia imposição legal já se encontra invertido, nos termos do art. 344º nº1 CC.

Deste modo, cremos que, no domínio de presunções legais, quando a impossibilidade de prova incida sobre o facto-base (com o qual se encontra onerada a parte favorecida pela presunção), aqui poderá existir uma inversão de prova (também) sobre tal matéria factual, nos termos do art. 344º nº2 CC. Ficando assim a parte “desleal” onerada com a prova do facto presumido, por força do disposto no art. 344º nº1 CC, e, simultaneamente, com a prova do facto-base da presunção, o qual, à partida caberia à contraparte, que pela inversão prevista no art. 344º nº2 CC, lhe passa a caber também a si.

Quando a prova impossibilitada seja o próprio facto presumido⁷⁴, uma vez que tal ónus já se encontrara invertido (art. 344º nº1 CC), a cominação para tal conduta não poderá ser a inversão do ónus da prova, pelo que, a consequência deverá ser a valoração de tal indício, conjugando-se o mesmo com o(s) restante(s) facto(s)-base referentes à norma em causa, numa apreciação que deverá ser feita num *contexto global*⁷⁵. Importa sublinhar que em tais circunstâncias, a não ilisão da presunção não importa, por si, que o facto presumido seja automaticamente reconhecido em desfavor da parte que impossibilitou a prova – é que o funcionamento da presunção continua a depender da demonstração dos seus pressupostos factuais (facto(s)-base).

Por outro lado, quando a conduta não acarrete a impossibilidade de prova (do(s) facto(s)-base) para a parte favorecida pela presunção, poderá ser mais um

331/09.4TCGMR.G1, Relator: ANA CRISTINA DUARTE) e de 24-04-2014 (Processo nº 297/08.8TBPVL.G2, Relator: ISABEL ROCHA).

⁷⁴ O que poderá acontecer, por exemplo, quando o investigado (desfavorecido pela presunção) em acções de reconhecimento de paternidade com fundamentos cumulativos – com base na presunção prevista no art. 1871º nº1 CC e simultaneamente na filiação biológica mediante exames de ADN – se recusa a realizar os exames de ADN (prova directa sobre o facto presumido). Matéria em maior desenvolvimento no ponto 4.1.3.1, *infra*.

⁷⁵ *Vide* Notas 50 e 199.

elemento endoprocessual que poderá ser conjugado, e apreciado globalmente, com a restante prova produzida⁷⁶.

2.2 O nexu lógico

O nexu lógico afigura-se como a “essência” das presunções, tanto na vida como no processo os factos não se apresentam isolados, mas relacionados entre si. Este elemento lógico constitui o elo de ligação entre o facto-base e o facto presumido da presunção, sendo operado através de um juízo de inferência entre factos, através do reconhecimento de uma máxima da experiência, podendo esta máxima estar previamente cristalizada na lei (no caso das presunções legais), ou ser formulada pelo próprio juiz (presunções judiciais)⁷⁷.

Subjacente ao nexu causal entre factos (base/presumido), está uma ideia de *standards de conduta*, e de sucessão de factos, que, de acordo com o princípio da normalidade (*id quod plerumque accidit*), é possível extrair, com um grau de probabilidade elevado, que certos factos estimam a verificação de outros factos que costumam acompanhá-los. Tal ligação é feita, no caso das presunções através do nexu lógico, que se apresenta na sua estrutura enquanto *elemento de conexão*, entre factos (facto-base/facto presumido), servido deste modo para que, verificado um facto, se possa *concluir* pela existência de outro facto, que lhe está conectado, precisamente através desse nexu lógico.

Conclusão essa, que se traduz numa hipótese explicativa entre um e outro facto, tendo subjacente não uma certeza, mas antes uma *probabilidade*, cujo fundamento assenta critérios baseados no *id quod plerumque accidit*, pautados pela uniformidade dos fenómenos.

Neste domínio verifica-se uma patente diferença no nexu lógico subjacente a presunções legais e judiciais. Nestas, tal nexu é operacionalizado pelo próprio

⁷⁶ V.g. situações onde estejam em juízo causas relativas a presunções legais, e no decurso do processo surjam certas condutas como a falta de colaboração. A título de exemplo, *vide* Ac. TRL de 22-09-2015 (Processo nº 8928/11.6TBOER.L2-1, Relator: MANUEL MARQUES).

⁷⁷ Acerca do nexu lógico da presunção, L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 51-60; CLÁUDIA ALVES TRINDADE (a propósito das regras de experiência subjacentes à demonstração de estados subjectivos), *ob. cit.*, pp. 81-127; RONALDO SOUZA BORGES, *ob. cit.*, pp. 258-273; SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La Prueba por Presunciones: Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Comares, 2007.

juiz⁷⁸ no caso em apreciação, enquanto que nas primeiras, o nexó já está implicitamente positivado na própria regra presuntiva, ou seja, está-se perante uma *inferência normativizada*⁷⁹.

O nexó lógico entre factos assenta em regras de experiência^{80 81}, as quais, mediante um juízo de probabilidade qualificada, vinculam *factum probans* a *factum*

⁷⁸ No âmbito das presunções judiciais tem sido discutido qual a natureza do nexó lógico-silogístico associado à presunção.

Segundo MUÑOZ SABATÉ a presunção inscreve-se no raciocínio *abduivo*, estando o mesmo orientado para a descoberta do passado, consistindo numa inferência que parte de um facto (específico) particular, que, passando pela generalidade do resultado, se afirma um outro facto particular, sob o esquema silogístico regra/resultado/caso.

Por outro lado, RONALDO SOUZA BORGES, entende que na ilação presuntiva estão combinadas características de indução e abdução, o que se consubstancia numa *indução reconstrutiva*. Enfatiza este autor a operação intelectual operada pelo juiz, através da reconstrução: “A prova do facto presumido supõe que o juiz reconstrua sobre ele uma hipótese explicativa e naturalmente decorrente das provas obtidas nos autos”. Desta forma na averiguação da existência ou não do facto presumido, o juiz com base nas provas existentes no processo, as quais demonstram um certo facto conhecido, dá uma versão explicativa ao facto desconhecido, através da sua conclusão. *Cfr. ob. cit.* pp. 267-273.

Ao nível da nossa jurisprudência, tem-se maioritariamente seguido o raciocínio indutivo enquanto método adequado ao raciocínio presuntivo. *Cfr.* Ac. STJ de 03-04-2013 (Processo nº 1777/08.0TTPRT.P1.S1, Relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS); de 25-03-2004 (Processo nº 03B4354, Relator: LUCAS COELHO), TRL de 30-04-2009 (Processo nº 9615/2008-6, Relator: MÁRCIA PORTELA), TRC de 04-05-2010 (Processo nº 427/07.7TBAGD-G.C1, Relator: CARLOS MOREIRA).

⁷⁹ É este cariz normativo, subjacente às presunções legais, que será um dos critérios relevantes para a diferente qualificação factual indiciária entre os dois tipos de presunções. *Cfr. infra*, pontos 3.1 e 3.2.

⁸⁰ O primeiro conceito de máximas de experiência foi formulado por STEIN, passando desde então tais regras a ocupar um lugar comum nos mais variados ordenamentos jurídicos, definindo as máximas de experiência enquanto uma “regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios e, sendo uma regra geral, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio.” *Cfr. Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, p.16, *apud.* MICHELE TARUFFO, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Revista Paulista de Magistratura, Vol.2, Nº2, São Paulo, Jul./Dez. 2001, pp.171-204, p. 186.

CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova no Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961, p.666, criticando a formulação de STEIN, descreve as máximas da experiência enquanto “afirmações genéricas de facto. Funcionam então como premissas maiores das presunções simples, e é portanto em primeiro lugar à sua luz que é estudada a realidade concreta, antes de ser juridicamente valorada”.

Para TARUFFO, *ob. cit.*, p. 187-188, “a máxima da experiência atua como premissa-maior de uma ilação que o juiz formula, a qual pode ser portadora da certeza lógica da dedução silogística, precisamente porque fundada em uma premissa fática de natureza geral”.

Tendo em conta o actual papel do juiz, cremos que se revela de alguma utilidade para uma mais detalhada noção de máximas da experiência neste contexto, complementar as referidas noções, com a posição de ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, tradução de António Cortês, 5ª.ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 68, acerca da hermenêutica e o *dogma da subsunção*.

Segundo este autor o fenómeno compreensão, assume um relevo basilar no campo do direito, atribuindo-lhe um conceito cumulativo, segundo o qual “a compreensão é, (...), sempre simultaneamente objectiva e subjectiva; o intérprete insere-se no “horizonte da compreensão, e não se limita a representar passivamente o objecto na sua consciência, antes o conforma (...)”, desempenhando um “papel conformador activo na chamada aplicação do direito”.

probandum, podendo tais regras estar já implicitamente positivadas nalguma norma presuntiva, no caso das presunções legais, caso não esteja, estará a sua formulação “entregue” ao juiz, mediante presunção judicial⁸².

Na presunção legal, estando o nexó lógico entre factos, inscrito na própria norma, a partir do momento em que esteja demonstrada a situação indiciária naquela regra, matéria factual que funcionará enquanto pressupostos factuais para o funcionamento da presunção, terá o juiz de aplicar a *ilação normativizada* aprioristicamente, e, em consequência, aplicar a consequência jurídica prevista na norma – reconhecer o facto presumido em proveito da parte favorecida pela presunção – é precisamente sobre este facto que nos dedicaremos no ponto que se segue.

2.3 O Facto presumido

O *factum probandum* é o terceiro momento do *iter* da presunção, o seu ponto de chegada, a pretensão da parte beneficiada pela presunção, sendo sobre esta factualidade desconhecida em concreto, mas (qualificadamente) provável, que incidem os efeitos jurídicos resultantes da decisão do juiz, assumindo-se enquanto

Neste sentido, a perspectiva subjectiva do conhecimento assume também uma feição intersubjectiva, a qual deriva das experiências e conhecimentos que o juiz adquire enquanto membro de uma dada sociedade, a qual tem uma certa cultura com valores próprios aceites enquanto tais.

⁸¹ No âmbito da *prova das regras de experiência* subjacentes a factos-base de presunções judiciais relativas a estados subjectivos, CLÁUDIA TRINDADE refere que no domínio das *regras de experiência notórias* (conhecidas do juiz, das partes e do cidadão comum) vigora o princípio do inquisitório, pelo que, não estarão sujeitas ao ónus de alegação e prova pela parte beneficiada pelo efeito presuntivo, correlativamente também não existirá ónus de impugnação da contraparte, podendo ainda assim esta parte impugnar as regras de experiência em causa.

Quanto às denominadas regras de experiência não notórias a autora entende que, em virtude do princípio dispositivo, estão em regra submetidas ao ónus de alegação e prova pelas partes, podendo ainda, caso não tenha sido alegada, resultar da instrução e discussão da causa, desde que a parte a quem aproveita declare a pretensão em servir-se dela e seja facultado à contraparte o exercício do contraditório. Caso tenha sido alegada, caberá à contraparte o ónus de impugnação, devendo em quaisquer circunstâncias constar dos temas da prova. *Cfr. ob. cit.*, pp. 275-301, 388-389.

⁸² No domínio da jurisprudência importa salientar o papel fulcral que as máximas da experiência desempenham nas presunções judiciais. A importância de tais critérios é de tal forma relevante, que pode inclusivamente justificar a admissibilidade (extraordinária) de sindicância do Supremo Tribunal de Justiça quando se verificarem *ilogicidades*. A este propósito, entre muitos outros no mesmo sentido, *vide*, Acórdãos do STJ de 09-12-2004 (Processo nº 04B3526, Relator: FERREIRA GIRÃO), de 09-07-2014 (Processo nº 5944/07.6TBVNG.P1.S1, Relator: PINTO DE ALMEIDA), de 29-09-2016 (Processo nº 286/10.2TBLSB.P1.S1, Relator: TOMÉ GOMES).

Sobre esta temática, *vide*, CLÁUDIA ALVES TRINDADE, *ob. cit.*, pp. 360-381.

conclusão jurídica da norma presuntiva – o facto que a parte quer ver reconhecido em juízo e cujos efeitos lhe são favoráveis.

O facto presumido é deste modo a conclusão do raciocínio presuntivo⁸³, facto que, não foi objecto de qualquer prova directa, antes se chegando a ele de modo indirecto, pelo método presuntivo, através da demonstração de outros factos (base) diversos.

No caso das presunções judiciais, é através desses factos que o julgador por intermédio de um juízo qualificado de probabilidade, chega á conclusão acerca da existência ou inexistência deste facto (presumido).

Já no caso das presunções legais, o nexó lógico entre facto-base e facto presumido já está cristalizado na própria lei – norma em causa – pelo que, demonstrado o primeiro terá o juiz de declarar o reconhecimento do segundo. Contudo, para que se reconheça o facto presumido é necessário que à parte prejudicada pelo efeito presuntivo, seja dada oportunidade de se pronunciar e contrapor, em cumprimento do *princípio do contraditório*, podendo esta parte impugnar o facto-base alegado pela contraparte, ou, provar um facto contrário ao presumido.

Tal como o facto-base, também o facto presumido, em obediência ao *princípio dispositivo*, terá de ser alegado pela parte beneficiada pelo efeito presuntivo, sendo que, no caso das presunções relativas, o ónus da prova quanto a este facto encontra-se invertido por força do disposto no art. 344º nº1 CC⁸⁴. O facto presumido tem uma estreita relação com o pedido inerente à causa de pedir, sendo parte integrante da mesma, enquanto facto e inerente direito ou interesse que lhe esteja associado, que o beneficiado pela presunção quer ver reconhecido em juízo. Facto que, ainda que não esteja por si, sujeito a prova directa, está, no entanto, sujeito ao indispensável ónus de alegação, nos termos descritos, pelo que, a sua omissão subsume-se numa ineptidão da Petição Inicial nos termos do disposto no art. 186º nº2 al. a) CPC⁸⁵.

⁸³ Raciocínio esse que no caso das presunções judiciais é feito pelo juiz, enquanto que nas presunções legais já está previamente “impregnado” na própria norma em causa.

⁸⁴ *Infra*, ponto 4.1.2.1.

⁸⁵ Sem prejuízo da faculdade concedida ao juiz de na fase de saneamento proferir despacho de aperfeiçoamento nos termos do disposto no art. 590º nº4 CPC (*ex vi* 6º nº2 CPC).

Do exposto resulta que mesmo a alegação do *factum probans*, não desonera a parte beneficiada pela presunção de alegar o facto presumido, sendo, por conseguinte, a alegação do facto presumido uma condição imprescindível para que o juiz possa tomar em consideração a afirmação presumida, quer no domínio das presunções legais, quer nas judiciais. É este o entendimento que tem sido seguido pela jurisprudência⁸⁶, o qual merece a nossa total concordância.

⁸⁶ A propósito da presunção (judicial) de utilidade pública, decorrente do art. 737º n.º1 CPC: “*Não é admissível por presunção judicial considerar-se provado um facto concreto, essencial à sorte do litígio, que carece de ser alegado para poder ser tomado em consideração pelo Tribunal*”. - Ac. STJ de 20-01-2010 (Processo n.º 642/04.5TBSXL-B.L1.S1, Relator, SALAZAR CASANOVA). No mesmo sentido, Ac. TRE de 12-1-2006 (Processo n.º 1845/05-2, Relator, BERNARDO DOMINGOS).

No âmbito das presunções legais (prescrição presuntiva): “*O devedor só poderá beneficiar da prescrição presuntiva se alegar que pagou, ou que, por qualquer outro motivo, a obrigação se extinguiu, não lhe bastando invocar o decurso do prazo*.” - Ac. STJ de 18-12-2003 (Processo n.º 03B3894, Relator: FERREIRA DE ALMEIDA). Neste sentido, *vide* ainda, Acórdãos STJ de 12-03-2009 (Processo n.º 08B3421, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), de 09-11-2006, (Processo n.º 06B3918, Relator: SALVADOR DA COSTA), TRL de 06-06-2006 (Processo n.º 1498/2006-7, Relator: ROQUE NOGUEIRA), TRP de 18-11-2013 (Processo n.º 1718/13.3YIPRT.P1, Relator: MANUEL DOMINGOS FERNANDES).

II – REGIME PROBATÓRIO DAS PRESUNÇÕES LEGAIS

3. Qualificação jurídico-processual dos factos-base de presunções

Definida a natureza e estrutura das presunções, cabe agora analisar o regime probatório relativo à prova mediante presunções legais em processo civil. Domínio em que vigora o princípio dispositivo, cabendo às partes um papel fulcral na formação da matéria de facto, o que se manifesta desde logo numa fase inicial (dos articulados) do processo, mediante o cumprimento do ónus de alegação. Para o efeito caberá às partes o carreamento para o processo dos *factos que entenderem pertinentes tendo em vista a pretensão deduzida*⁸⁷, sendo que apenas existirá um verdadeiro ónus de alegação na matéria factual atinente aos factos essenciais da causa⁸⁸, aos quais, a sua introdução no processo caberá em exclusivo a estes sujeitos processuais.

Contrapõem-se aos factos sujeitos à regra decorrente daquele princípio os *factos instrumentais*, que pela sua natureza (“meramente”) probatória⁸⁹ estão excluídos do referido ónus, podendo o juiz considerá-los por sua iniciativa no âmbito dos poderes de cognição do tribunal por força do princípio do inquisitório.

No seguimento desta breve introdução de enquadramento, a análise que agora se inicia visa apurar qual a qualificação jurídico-processual dos factos-base de presunções legais, se deverão ser qualificados enquanto factos essenciais e, por conseguinte, sujeitos às regras atinentes ao princípio dispositivo, ou se, ao invés, deverão ser qualificados enquanto factos instrumentais, tal como acontece nas presunções judiciais, vigorando nesta hipótese as regras respeitantes ao princípio do inquisitório e inerentes poderes de cognição do tribunal.

Tal qualificação terá relevantes implicações na ulterior análise, em especial, nos pontos que imediatamente se seguirão, o que justifica este ponto prévio, tendo

⁸⁷ Cfr. J.F. SALAZAR CASANOVA, *Poderes de Cognição do Juiz em Matéria de Facto*, Revista do CEJ, I, 1º Semestre, 2014, p. 7.

⁸⁸ *Os factos que integram a causa de pedir, fundando o pedido*. Cfr. J. LEBRE DE FREITAS/ JOÃO REDINHA/ RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.1º, 2ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 506.

⁸⁹ Cujas utilizações servem para realizar prova indiciária dos factos principais mediante regras de experiência.

por objecto a qualificação dos factos em análise e inerente justificação da posição assumida.

Ainda que a presente análise tenha por objecto a matéria relativa às presunções legais, contudo, tendo em conta a própria natureza da figura, nomeadamente, as semelhanças com o “parente próximo” (presunções judiciais), importa começar a análise por esta figura de modo a que, atentas as diferenças detectadas⁹⁰ entre as figuras, se possa posteriormente justificar de modo fundamentado os motivos subjacentes aos diferentes regimes, em conformidade com a posição assumida.

O entendimento que irá ser seguido quanto à qualificação dos factos-base de presunções legais, será sustentado com recurso a três critérios que lhe servem de fundamento.

3.1 Facto(s)-base de presunções judiciais

Do *ponto de vista material* os factos-base de presunções são indícios que se traduzem em situações ou ocorrências da vida que pela sua natureza intrínseca indiciam a verificação de um outro facto (facto presumido), sendo a articulação entre estas duas categorias de factos feita através de regras de experiência⁹¹ operadas pelo juiz.

Do *ponto de vista processual* os factos-base de presunções (judiciais) são enquadrados de forma quase unânime⁹² pela doutrina e jurisprudência enquanto factos instrumentais, assumindo um papel importante na *narrativa global* das partes podendo ser decisivos para a demonstração da realidade dos factos constitutivos da *causa petendi*,⁹³ sendo deste modo utilizados para realizar a prova indiciária dos factos principais.

Sobre tais factos não impende sobre as partes nenhum ónus de alegação, conforme resulta do disposto no art. 5º nº2 a) do CPC podendo os mesmos ser

⁹⁰ Que posteriormente se descreverão.

⁹¹ *Vide, supra*, pontos 1.2 e 2.2.

⁹² Em sentido diverso, CLÁUDIA TRINDADE *ob. cit.*, pp. 182-184, 217, 218, 386, entende que do ponto de vista epistémico os factos-base de presunções judiciais relativos a estados subjectivos que sejam pressupostos normativos devem ser processualmente considerados enquanto factos essenciais, estando, por conseguinte, sujeitos ao princípio dispositivo, fazendo também parte da causa de pedir.

⁹³ RUI PINTO, *ob. cit.* p. 22.

oficiosamente *considerados pelo juiz*. O que significa que não terão de ser alegados pelas partes, podendo resultar da instrução do processo aquando da produção de prova, tendo o juiz liberdade para inquirir a seu respeito e tomar tais factos em consideração⁹⁴ na matéria de facto e consequentemente servir-se deles na decisão.

Os fundamentos que distanciam os factos essenciais dos instrumentais relacionam-se com a causa de pedir, que segundo a teoria da substanciação é definida como o facto jurídico constitutivo do efeito jurídico pretendido pelo autor⁹⁵. É neste contexto jurídico-processual que, atento o critério geral do ónus da prova subjectivo se processam os ónus de alegação e prova, cabendo à parte a quem os factos aproveitam alegar e provar tal matéria individualizadora da causa, em conformidade com a conjugação do disposto nos arts. 5º nº1⁹⁶ CPC e 342º CC, através do critério da norma jurídica^{97 98}. Por esta via, determina-se que apenas os factos que se subsumam directamente a uma previsão normativa (factos

⁹⁴ Desde que dê oportunidade à contraparte de exercer o contraditório.

⁹⁵ J. ALBERTO DOS REIS define a causa de pedir como “o acto ou o facto central da demanda, o núcleo essencial de que emerge o direito do autor. Cfr. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 3ª ed, Coimbra Editora, 1981, p.351.

Segundo LEBRE DE FREITAS “a identificação da causa de pedir com o facto constitutivo da situação jurídica que o autor quer fazer valer (ou com os elementos constitutivos do facto jurídico cuja existência ou inexistência afirma) é, fundamentalmente, correcta. Através da alegação desse facto constitutivo, a causa de pedir exerce a sua função delimitadora do pedido ou pretensão, individualizando-o”. Cfr. J. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ...*, p. 58.

TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, ...*, pp. 32, 123, entende que a causa de pedir “é constituída pelos factos necessários para individualizar a situação jurídica alegada pela parte e para fundamentar o pedido formulado para essa situação (...)”, sendo “composta pelos factos constitutivos da situação jurídica invocada pela parte, isto é, os factos essenciais à procedência do pedido”, afirmando ainda que “os factos que constituem a causa de pedir devem preencher uma determinada previsão legal, isto é, devem ser subsumíveis a uma norma jurídica”.

Já MARIANA FRANÇA GOUVEIA adoptou um conceito amplo de causa de pedir tendo como elementos a norma, os factos principais e os factos instrumentais, elementos que têm em comum uma mesma característica - a fundamentação da acção - e relacionam-se entre si de uma forma lógica e dependente. “A causa de pedir define-se como o conjunto dos fundamentos de facto e de direito da pretensão alegada pelo autor. Integra a norma (...) os factos principais alegados como substrato concreto dessas normas, os factos instrumentais alegados como substrato concreto desses factos principais”. Cfr. *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Almedina, 2004, pp.527-529.

⁹⁶ Incluindo-se nesta matéria os factos complementares (art. 5º nº2 al. b) CPC), que se afiguram como um subtipo de factos essenciais. Ainda que tais factos, por si, não individualizem a pretensão ou interesse das partes, têm ainda assim um papel de relevo na concretização ou qualificação dos factos essenciais, circunstância que os torna indispensáveis à procedência da acção ou da excepção. Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 1997, p. 70-72, RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 21-24, LEBRE DE FREITAS, *Código ...*, p. 467-468.

⁹⁷ A *Teoria da Norma* da autoria de ROSENBERG, seguida no nosso ordenamento pela maioria da doutrina e jurisprudência ainda que com correntes com algumas alterações, tendo como precursor entre nós J. ALBERTO DOS REIS.

⁹⁸ Temática que será objecto de análise mais pormenorizada adiante, *infra*, ponto 3.2.2.

constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos) estarão sujeitos ao ónus de alegação e respectiva prova⁹⁹ pela parte cujos efeitos aproveitem à sua pretensão.

É precisamente com base no referido critério da norma que assenta a principal distinção entre factos essenciais e instrumentais, os primeiros serão todos aqueles que se subsumam a uma previsão normativa, que segundo a mesma, servirão de causa de pedir (ou de excepção), fundando desse modo o pedido.

Os segundos serão aqueles que, ainda que possam por vezes fundamentar a procedência da acção (caso a prova assente em presunções judiciais), não preenchem as pretensões jurídico-materiais da parte, uma vez que tal factualidade não se subsume a qualquer previsão normativa. A sua função no processo é apenas probatória, enquanto “instrumentos factuais” que por via de deduções, possibilitam que se atinja a prova dos factos principais. Os factos que servem de base a essa dedução são *factos probatórios*¹⁰⁰, sendo nesta categoria que se inserem os factos-base de presunções judiciais enquanto indiciadores dos factos principais (os factos presumidos da presunção), estando abrangidos por previsões normativas apenas estes últimos¹⁰¹.

A utilização de factos instrumentais deve-se ao interesse numa melhor compreensão dos factos principais, especialmente em situações pouco claras e/ou onde a prova *per se* destes se afigure de difícil realização sem o recurso a presunções, tendo subjacente um interesse em que a decisão de mérito valorize a verdade material. É neste contexto de descoberta da verdade (ou pelo menos de tentativa de aproximação à mesma) que são conferidos amplos poderes de cognição ao juiz em matéria de factos instrumentais, uma vez que é ao julgador que incumbe o dever de decisão criteriosa da causa¹⁰².

⁹⁹ Tendo presente que o nosso ordenamento aponta no sentido da coincidência entre ónus de alegação e da prova. Em sentido diverso, PEDRO MÚRIAS, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, 2000, p. 36 e ss., entende que existem situações, por si enumeradas, onde não se verifica a coincidência entre ónus de alegação e ónus da prova.

¹⁰⁰ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, p. 173.

¹⁰¹ E, por conseguinte, só estes integrarão a causa de pedir.

¹⁰² Neste campo importa sublinhar que o importante ponto de equilíbrio que deverá ser feito quanto à consideração e apreciação dos factos instrumentais.

No anterior CPC tinham um excessivo relevo, onde se denotavam excessos de alegação inicial e correspondentes deveres de apreciação e pronúncia (*law in action*) o que se traduzia numa morosidade das audiências e muitas decisões complexas, onde pautava um excessivo relevo formal que era dado a tal factualismo. Foram positivas as alterações operadas pelo actual código com a retirada de tal carga associada aos factos instrumentais, que através do disposto nos arts. 5º n.º2 al. a) e 607º n.º4 do NCPC se prevê que os mesmos não carecem de alegação, podendo ser livremente

Não obstante a importância probatória que tais factos probatórios possam ter para a procedência da pretensão, os factos instrumentais não preenchem qualquer *fattispecie* de norma de direito substantivo que confira algum direito ou interesse às partes, o que por si, os exclui da causa de pedir e por consequência também da regra do ónus de alegação, integrando-se no domínio dos poderes de cognição do juiz¹⁰³ ¹⁰⁴. Circunstâncias que são diversas face ao que acontece com o(s) facto(s)-base subjacentes a presunções legais, conforme se analisará em seguida.

3.2 Facto(s)-base de presunções legais

A questão que se irá agora analisar no presente ponto diz respeito os factos-base de presunções legais: se se deverão qualificar enquanto factos instrumentais, podendo, por conseguinte, ser considerados oficiosamente pelo tribunal ao abrigo do princípio do inquisitório e inerentes poderes de cognição conferidos ao juiz, à semelhança das presunções judiciais conforme analisado no ponto anterior, ou se, deverão antes ser qualificados enquanto factos essenciais e seguir o regime de alegação e prova imposto pelo princípio dispositivo.

Importa salientar desde logo que do ponto de vista conceptual, quer os factos-base de presunções judiciais quer legais, têm um cariz eminentemente instrumental, isto é, são factos que não incidem directamente sobre o facto a provar (facto presumido), tendo uma repercussão indirecta sobre o mesmo, sendo utilizados enquanto “*instrumentos*” probatórios tendentes à realização da prova indiciária de outros factos, nesta perspectiva estamos perante factos de igual natureza.

Não obstante essa aproximação conceptual, existem factores intrínsecos a cada um dos tipos de presunções que as separam, desde logo no campo da normatividade. Os factos-base de presunções judiciais não preenchem qualquer

discutidos e apreciados na audiência final, sem que haja um dever de juízo probatório específico sobre todo e qualquer facto instrumental, o que trouxe vantagens de celeridade e eficiência da actividade judiciária. Cfr. A. ABRANTES GERALDES, Apêndice *Sentença Cível*, in *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 2ª. ed, Almedina, 2014, p. 548, 549.

¹⁰³ Ainda assim, por questões de cautela será aconselhável que a parte à qual os factos instrumentais beneficiem, os inclua na alegação da respectiva peça processual, para que através da sua narrativa global, se destaque a sua importância e desde logo, cheguem ao conhecimento do julgador.

¹⁰⁴ Sobre o regime de alegação e prova dos factos-base de presunção judicial destinada a demonstrar a verificação de um estado subjectivo, vide, CLÁUDIA TRINDADE, *ob. cit.*, p. 218-248.

previsão legal, não se subsumindo directamente a uma regra jurídica, a sua função é unicamente de auxílio¹⁰⁵ na demonstração dos factos essenciais em causa, esses sim preenchem certa previsão legal e fazem parte da causa de pedir, daí que sigam o regime dos factos instrumentais previsto no art. 5º nº2 al. a) do CPC.

Em sentido diverso, os factos-base de presunções legais são subsumíveis a previsões legais, ou seja, *é a própria lei que concretiza* expressamente que certos factos (pré)seleccionados por determinada regra jurídica deverão ter forçosamente a cominação jurídica prevista nessa mesma norma, ou seja, a partir do momento que se dê por provado o(s) facto(s)-base da presunção, a consequência atribuída pela norma será a inerente demonstração do facto presumido que lhe está legalmente associado.

Atento o exposto, a análise que se segue tem por objecto a solução que se entende que deverá ser dada quanto à qualificação dos factos-base identificados, tendo como critérios sustentadores da posição assumida, o *critério epistemológico-funcional da prova* conjugado com o *critério da substanciação da causa de pedir*.

3.2.1 Qualificação segundo o critério epistemológico-funcional da prova

Sob este prisma importa desde logo sublinhar a razão de ser e de existir da prova por presunção como forma de fazer face a circunstâncias/acontecimentos da vida onde a prova directa do facto que se quer demonstrar em juízo se afigura difícil ou impossível. Como resposta a tais situações a ordem jurídica, permite que, mediante presunções se alcance a idoneidade da alegação fáctica através de um juízo incidente sobre um outro facto secundário - o facto-base da presunção - que a partir do momento em que seja *conhecido*, ou seja, provado em juízo, se possa concluir pela existência de um outro facto *desconhecido*¹⁰⁶.

Nestas situações, é a própria lei que, através da prévia introdução de presunções legais no ordenamento jurídico vigente, permite que em certas

¹⁰⁵ Assumindo-se como proposições instrumentais que formam a base sobre a qual se forma a inferência que indicia a verdade acerca da conclusão que se quer fazer valer - facto presumido - funcionando assim enquanto pressuposto(s) cuja verificação desencadeia certa consequência jurídica.

¹⁰⁶ Estando o conceito legal previsto no art. 349º do Cód. Civil que dispõe: *Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*.

situações subsumíveis às normas presuntivas em causa, se possa alcançar um determinado facto que se quer ver reconhecido, através da demonstração de outro(s) facto(s) diverso(s) daquele. Deste modo, para que este facto *desconhecido* possa ser reconhecido exige-se que a parte favorecida pelo mesmo torne *conhecido*, ou seja, demonstre os pressupostos factuais sobre os quais se desencadeiam os efeitos jurídicos previstos na norma presuntiva – conclusão jurídica no sentido do reconhecimento do facto presumido.

Assim, pela dificuldade em se provar directamente o facto que se quer demonstrar e ver reconhecido, a parte que se socorra de presunções legais terá forçosamente de demonstrar o(s) facto(s) indiciário(s)¹⁰⁷ concreto previsto na norma jurídica em causa, ficando deste modo a sua pretensão “epistemologicamente dependente” do resultado probatório do *factum probans* em causa. Ora, dessa dependência probatória resulta que tais pressupostos indiciários são condição necessária para a cominação jurídica pretendida e consequente procedência da pretensão. Neste seguimento, ordena o princípio dispositivo que a parte que beneficie de uma conclusão jurídica prevista nalguma norma que sirva de fundamento ao pedido de certa causa, tenha o ónus de carrear para o processo tais factos (neste caso de natureza indiciária) indispensáveis para a procedência da sua pretensão.

Poder-se-á dizer que o exposto na parte que se refere à necessidade de prova de certas situações, que pela sua natureza, só podem ser demonstradas mediante presunções, de igual modo, poderá ser aplicável a certas presunções judiciais¹⁰⁸, contudo, várias diferenças neste campo separam as duas espécies. Desde logo a circunstância de os factos-base de presunções judiciais assumirem uma ampla multiplicidade e diversidade de situações factuais idóneas a servir de matéria indiciária susceptível de servir de fonte ao funcionamento da presunção¹⁰⁹.

Ao invés, os factos-base de presunções legais são estanques, na medida em que se encontram previamente fixados na norma presuntiva em causa, o que

¹⁰⁷ Podendo as normas presuntivas indicar um só facto-base (v.g. art.1268º nº1 CC onde a *posse* se assume enquanto facto indiciário da titularidade do direito), ou por vezes “catálogos” de factos-base capazes de fornecer os pressupostos probatórios necessários à prova do facto presumido (v.g. art. 1871º nº1 CC onde se prevê vários factos indiciários da paternidade).

¹⁰⁸ A este propósito *cf.* CLÁUDIA TRINDADE, *ob.cit.* p.181-185.

¹⁰⁹ Não estando à priori previstos em normas, à partida qualquer facto indiciário poderá assumir a função de demonstração do facto presumido.

determina que neste caso, a parte que pretenda beneficiar daquele efeito jurídico presuntivo (a conclusão pelo reconhecimento do facto presumido) terá, forçosamente, de provar o(s) concreto(s) facto(s)-base previstos naquela norma, sabendo as partes à priori qual, ou quais, o(s) facto(s) cujo resultado probatório será decisivo para a decisão da lide, ou seja, qual o facto-base previsto na norma substantiva que, servindo de pressuposto factual ao funcionamento da presunção, será objecto de prova.

Também o próprio nexó lógico das presunções legais encontra-se cerrado sobre a norma jurídica, o que retira algum relevo à apreciação cognitiva do juiz – provando-se o facto indiciário, ordena a lei que seja dado por provado o facto presumido que lhe está associado. Ao invés, nas presunções judiciais em princípio não se sabe à priori quais os factos que irão ser decisivos na lide, tendo o juiz um papel central no uso das máximas de experiência¹¹⁰ associadas às presunções judiciais. Domínio onde se justifica plenamente o princípio do inquisitório e respectivo exercício dos poderes de cognição do juiz, daí que neste caso se justifique a sua qualificação enquanto factos instrumentais, contrariamente aos factos-base de presunções legais¹¹¹. O que se articula com entendimento seguido acerca da classificação da natureza das presunções de modo bipartido¹¹².

Prevê o art. 349º do Cód. Civil que: *Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido. Ora, do ponto de vista funcional, o conhecimento (ou seja, a sua demonstração) dos factos que servem de base à presunção prevista em norma substantiva, assume-se enquanto condição necessária para a conclusão jurídica pelo facto desconhecido/presumido. Por conseguinte, pela circunstância desta matéria indiciária consistir no único meio de se alcançar o facto (presumido) que se quer ver reconhecido, assume-se por esta via, essencial face à pretensão sustentada nalguma presunção. Destarte, incumbirá à parte favorecida pela presunção, a repectiva alegação e prova em juízo, não cabendo ao juiz a coberto dos poderes*

¹¹⁰ A este propósito, *vide, supra*, ponto 2.2.

¹¹¹ Ainda que, nalguns casos (estados subjectivos) concordemos com o entendimento de CLÁUDIA TRINDADE, *ob. cit.* p. 385-389.

¹¹² *Supra*, ponto 1.2.

conferidos pelo princípio do inquisitório conhecer de tais factos officiosamente como se de um facto instrumental se tratasse.

Não obstante o exposto, importa sublinhar que ainda assim, em termos conceptuais, parece-nos que se está perante factos de natureza instrumental, visto não incidirem directamente sobre o facto que se quer ver reconhecido. Contudo, do ponto de vista epistemológico-funcional, deverão ser tratados enquanto factos essenciais, uma vez que estando vertidos em normas substantivas, têm uma *função essencial* quanto à procedência da pretensão baseada nas mesmas, a qual sem eles ficaria esvaziada de conteúdo probatório¹¹³.

3.2.2 Qualificação segundo o critério da substanciação da causa de pedir

Como ponto de partida para a análise que agora se inicia, importa desde logo analisar o critério distintivo entre factos essenciais e instrumentais à luz do conceito de causa de pedir. Os factos que se integrem na causa de pedir, enquanto factos constitutivos individualizados por alguma norma, serão nessa medida, indispensáveis à procedência da acção, devendo assim, ser qualificados como essenciais. Ao invés, os que tenham uma função probatória secundária¹¹⁴ como é o caso dos factos instrumentais, não individualizam a causa e por conseguinte seguirão o regime previsto no art. 5º nº2 al. a) do CPC, podendo ser considerados officiosamente pelo juiz ao abrigo do princípio do inquisitório. Atenta esta prévia introdução, a questão que aqui se coloca é qual a qualificação que se deverá dar aos factos-base de presunções legais e consequente tratamento processual que deverão ter segundo o critério da causa de pedir. Vejamos.

A causa de pedir tem sido objecto de intenso debate doutrinal, sendo que neste campo, o entendimento dominante vai no sentido de conceptualizar a causa

¹¹³ Ainda assim a parte sempre poderá alegar e provar directamente o facto presumido que quer ver reconhecido, contudo, caso o faça, provando *directamente* tal facto presumido, que pela via da presunção estaria dispensada da sua prova, significa que nesta hipótese não se terá verificado o exercício da prova mediante presunção, e, por conseguinte, não se estará já neste domínio (específico) das presunções.

¹¹⁴ Cujas função se circunscreve à realização da prova indiciária dos factos essenciais da causa.

de pedir^{115, 116} de acordo com os critérios da *teoria da substanciação*. Segundo este entendimento os factos integradores da causa de pedir não poderão ser factos “brutos”¹¹⁷, segundo critérios naturalistas¹¹⁸, mas sim, factos que preencham uma determinada previsão legal, isto é, os que se subsumam a uma regra jurídica¹¹⁹.

É precisamente esse enquadramento normativo, ao abrigo das regras substantivas, que de acordo com a doutrina da substanciação, se qualificam os factos essenciais como aqueles que se encontrem selecionados por certa previsão legal¹²⁰ que se assume enquanto norma “genética”¹²¹ da causa de pedir.

Assim, ao autor que formule certo pedido ao tribunal, cabe-lhe o ónus de alegar os factos que, ao abrigo de certa norma concreta e constitutiva dos seus direitos/interesses, lhe possa “titular” essa pretensão. Tais factos consubstanciarão a causa de pedir em juízo.

Ao se prever e assumir no ordenamento jurídico, que em certas situações a própria lei possibilita que uma parte possa formular um determinado pedido¹²²

¹¹⁵ Vigorando neste sentido ainda um conceito amplo de causa de pedir, estando compreendidos na causa de pedir os factos principais bem como os acessórios ou complementares, ainda que possam ter tratamento diferente. *Cfr.* J. LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.1º, 3ª ed., Coimbra Editora, 2014, pp.14-15; PAULO RAMOS FARIA/ANA LUÍSA LOUREIRO, FARIA, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, Almedina, 2013, p.36; RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 26-27.

Em sentido contrário, TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português*, Revista de processo, Nº 228, São Paulo, Fev. 2014, p. 311-324, p.313.

Entendimento que é seguido por alguma jurisprudência: *Cfr.* Ac. TRL de 22-02-2001 (Processo nº 0006926, Relator: GRANJA DA FONSECA), TRC de 18-11-2014 (Processo nº 210/11.5TBCNF.C1, Relator: HENRIQUE ANTUNES), TRP de 09-07-2014 (Processo nº 16/13.7TBMSP.F1, Relator: PEDRO MARTINS).

¹¹⁶ Já MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 529, reconduziu os vários institutos que utilizam a causa de pedir a um conceito único e alargado: “A causa de pedir define-se como o conjunto dos fundamentos de facto e de direito da pretensão alegada pelo autor. Integra a norma ou normas alegadas, os factos principais alegados como *substrato concreto* dessas normas, os factos instrumentais como *substrato desses factos principais*”.

¹¹⁷ *Cfr.* J. LEBRE DE FREITAS, *Caso julgado e a causa de pedir. O enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil, Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006*, ROA, 2006, *apud* Acórdão STJ de 17-01-2017 (Processo nº 3844/15.5T8PRT.S1, Relator: JÚLIO GOMES). A este propósito *vide* ainda TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, p.316.

¹¹⁸ A este propósito, *vide*, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob.cit.* pp. 61-76.

¹¹⁹ Seguindo ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, p. 123, “quando se diz que a causa de pedir é o acto ou facto jurídico de que emerge o direito que o autor se propõe fazer valer, tem-se em vista, não o facto jurídico abstracto, tal como a lei o configura, mas antes um facto jurídico concreto, cujos contornos se enquadram na configuração legal”.

¹²⁰ *Cfr.* Ac. STJ de 17-01-2017 (Processo nº 3844/15.5T8PRT.S1, Relator: JÚLIO GOMES).

¹²¹ Utilizando a expressão de ANSELMO DE CASTRO. *Cfr. Direito Processual Civil Declaratório*, Vol.I, Almedina, 1981, p. 205.

¹²² Referimo-nos aqui a pedido num sentido geral, não desconsiderando as situações em que o facto presumido pode ser apenas mais elemento dessa causa, como é o caso das causas de pedir

bastando-lhe, para o efeito, alegar e provar factos indiciários diversos dessa pretensão, libera-se expressamente essa parte da prova do facto presumido que quer ver reconhecido e que constitui o pedido, ainda que também este facto continue a ser parte integrante da *causa petendi*. Destarte, estando a parte liberada da prova de tais factos, serão os factos-base previstos na norma em causa que se assumirão enquanto indispensáveis e essenciais à procedência da pretensão, é com base neles que a parte favorecida pela presunção fundamenta a mesma.

Ora, se de acordo com a doutrina da substanciação os factos que deverão ser qualificados como essenciais à causa de pedir, terão de ser factos subsumíveis e *concretizados* numa previsão legal, não seria coerente com tal sistema “deixar de fora” certos factos que se encontram devidamente seleccionados por essas previsões legais presuntivas, dotadas de relevância substantiva para uma pretensão formulada em tais circunstâncias. Denote-se que estamos perante factos que, a partir do momento em que estejam dados por provados, impõe a própria regra jurídica presuntiva, que se realize uma conclusão jurídica atributiva de um direito ou interesse alegado pela parte – o reconhecimento do facto presumido. São essas mesmas normas que “concretizam” e “abrigam” tal matéria factual enquanto parte integrante dos factos constitutivos da pretensão, a par do facto presumido. Pelo que, qualificar tais factos como instrumentais não seria coerente com o um sistema onde vigora a teoria da substanciação neste domínio, como é o nosso caso.

Ainda que, conforme se referiu, do ponto de vista estritamente conceptual, se aceite que tanto os factos-base de presunções judiciais como os de legais, tenham uma natureza instrumental, visto não incidirem directamente sobre o facto (presumido) que se quer ver reconhecido, e cujos efeitos em concreto beneficiam a parte favorecida pela presunção legal. Contudo, são as previsões normativas que distanciam a diferente qualificação que deverá ser dada às duas espécies de presunções. Nas primeiras não existe qualquer norma onde se subsumam directamente tais factos, ao invés, nas segundas existe previsão legal a seleccionar certa matéria factual *concreta* enquanto constitutiva do direito/interesse alegado, a par do facto presumido, daí o tratamento diverso que lhes deverá ser dado.

complexas – *v.g.* presunção legal de culpa na responsabilidade contratual (art. 799º CC) – em que presunção pode não consistir, só por si, a base do pedido.

De acordo com a teoria “rosenberguiana” (*Normentheorie*), importa distinguir quais as normas que aproveitam às pretensões de cada uma das partes, tendo presente que “*cada parte tem de alegar e provar os pressupostos da norma que a favorece*”¹²³.

São essas normas de base¹²⁴ – presunções legais - que, ao dispensar o beneficiado pelo efeito presuntivo da prova do facto que que ver reconhecido - o facto presumido – transferem o ónus probatório daquele facto, para outro(s), de natureza indiciária, o qual, por esta via, se “transforma” no facto pelo qual esta parte assentará o ganho de causa à sua pretensão. De tal modo, que feita a prova desse facto, tornando-o *conhecido*, é a própria lei que impõe que se faça a dedução, através da conclusão jurídica prevista na norma em causa, no sentido do reconhecimento do facto *desconhecido*. *Facto que deste modo, se encontra dotado de relevância substantiva, por via da qual, se poderá obter uma decisão de mérito favorável à parte beneficiada pela presunção legal.*

Atento o conceito de causa de pedir descrito, é precisamente sobre os factos-base (sobre os quais se forma a presunção), normativamente previstos nas normas substantivas presuntivas, que se formula uma determinada conclusão jurídica. Assumindo-se deste modo enquanto *pressupostos factuais* do direito alegado, sem os quais fica a pretensão formulada nestes termos (com base nalguma presunção legal), desprovida de qualquer sustentação factual sobre a qual depende a procedência da sua pretensão. É justamente essa previsão normativa¹²⁵ que transforma tais acontecimentos da vida em *factos concretos*, indo ao encontro dos parâmetros da doutrina da substanciação subjacente à causa de pedir, factos que, pelos motivos apresentados, nos parece que serão parte integrante da causa de pedir¹²⁶.

Em suma, atentos os critérios subjacentes à teoria da substanciação da causa de pedir, parece-nos que os factos-base de presunções legais, ainda que tenham natureza instrumental, devem, contudo, ser tratados e enquadrados como *factos*

¹²³ LEO ROSENBERG, *Beweislast*, 2ª ed., 1923, p. 11-12, 98-99, *apud*, PEDRO MÚRIAS, *ob. cit.*, p. 44.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 45-46.

¹²⁵ A regra jurídica substantiva onde esteja prevista a presunção em causa.

¹²⁶ Neste sentido, Ac. STJ de 03-03-2010 (Processo nº 4390/06.3TTLSB.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO).

essenciais da causa¹²⁷, ou melhor, enquanto factos de natureza instrumental, “travestidos” de factos essenciais, devendo, por conseguinte, seguir o regime destes últimos.

Ainda que a nível doutrinal e jurisprudencial não exista um entendimento fundamentadamente clarificado sobre esta matéria, tendem a seguir esta orientação, J. LEBRE DE FREITAS¹²⁸, ABRANTES GERALDES¹²⁹, L. PIRES DE SOUSA¹³⁰ e REMÉDIO MARQUES¹³¹. Em sentido contrário, TEIXEIRA DE SOUSA¹³².

Perante o exposto, outra questão relevante se poderá colocar: se uma pretensão baseada nalguma presunção legal, terá como causa de pedir unicamente a matéria factual indiciária (factos-base da presunção)¹³³; se ao invés, a causa de pedir será apenas o facto presumido¹³⁴, ou ainda, se serão ambos os factos partes integrantes da causa de pedir.

Conforme já adiantamos, os factos-base subjacentes a presunções legais, em nosso entendimento integram-se na *causa petendi*, ainda assim, parece-nos que tal causa não será composta unicamente por esses factos indiciários. Atenta a natureza e particularidades da figura, perante uma pretensão fundada nalguma presunção legal, estamos perante uma causa de pedir da qual são parte integrante, quer os factos-base sobre os quais se sustenta, bem como, o facto presumido. Vejamos.

A presunção tem como característica basilar a sua estrutura composta por três elementos¹³⁵: por via de um nexo lógico, alcança-se um facto através da demonstração de outro facto diverso. Deste modo, ambos os factos - indiciário e presumido - são parte integrante da figura, cada um tem a sua função. O segundo

¹²⁷ Cujas repercussões processuais merecerão análise detalhada nos pontos seguintes, a qual seguirá a posição agora assumida.

¹²⁸ Cfr. J. LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.1º, 3ª ed., Coimbra Editora, 2014, p. 16; LEBRE DE FREITAS, *Introdução ...*, p. 174.

¹²⁹ Cfr. A. ABRANTES GERALDES, *Sentença Cível, in Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 2ª. ed., Almedina, 2014, p. 550.

¹³⁰ Cfr. L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 121.

¹³¹ Cfr. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2ª.ed., Coimbra Editora, 2009, p. 528.

¹³² Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, Revista de processo, Nº 228, São Paulo, Fev. 2014, p. 311-324, p. 315.

¹³³ Como parece ser o entendimento de PIRES DE SOUSA, *ob. cit.* p. 31, ao sublinhar que “*O facto indiciário desempenha a função de facto constitutivo da pretensão do autor cuja alegação e prova lhe compete (Artigo 342º nº1 do Código Civil)*”.

¹³⁴ Entendimento seguido por TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, p. 316.

¹³⁵ Cfr. *supra*, ponto 2.

serve de pretensão, cujo reconhecimento e respectivos efeitos aproveitam à parte que o invoque; o primeiro, conforme se detalhou¹³⁶, é o modo de o alcançar, o seu suporte factual indispensável, que serve de pressuposto para o reconhecimento do segundo.

São estas características próprias que definem a natureza das presunções¹³⁷: a ordem jurídica permite que seja reconhecido um determinado facto, sem que, este tenha sido objecto de prova, estando, contudo, o seu reconhecimento dependente da demonstração de outro facto diverso, sem o qual não se poderá consolidar a presunção. É todo este circunstancialismo e interdependência entre factos que define e individualiza uma causa de pedir baseada em presunções – ambos os factos se subsumem à concreta norma, ambos têm a devida relevância para a pretensão da parte favorecida pela mesma.

É com base neste *critério de unidade e interdependência dos elementos estruturantes da presunção*¹³⁸, do qual são parte integrante quer o facto-base quer o facto presumido, que em nosso entendimento, uma tal causa de pedir não se poderá sustentar unicamente por qualquer desses factos, mas sim, pela conjugação de ambos. Ou seja, achamos adequada uma posição intermédia entre PIRES DE SOUSA e TEIXEIRA DE SOUSA, seguindo o entendimento que uma causa de pedir assente nalguma presunção legal, será integrada quer pelos factos indiciários (posição de PIRES DE SOUSA), quer, pelo próprio facto presumido (posição TEIXEIRA DE SOUSA), com fundamento no critério de unidade da estrutura da presunção, acima exposto. De tal modo que, conforme se tem sublinhado, ao nível da jurisprudência, ambos os factos (indiciário e presumido) estão sujeitos ao ónus de alegação a cargo da parte favorecida pela presunção¹³⁹, o que reforça a sua relação de interdependência e inerente importância de ambos os factos no “todo” que é a presunção.

¹³⁶ *Supra*, ponto 3.2.1.

¹³⁷ Sobre a sua natureza, *supra*, ponto 1.2.

¹³⁸ A este propósito, *vide* as considerações feitas a propósito da estrutura da presunção, *infra*, ponto 2.

¹³⁹ Ao nível do facto-base: Acórdãos. STJ de 03-03-2010 (Processo nº 4390/06.3TTLSB.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO); TRL de 31-01-2012 (Processo nº 15/06.5TCSNT.L1-7, Relator: MARIA JOÃO AREIAS), e de 12-05-2016 (Processo nº 272/13.0YXLSB.L1-2, Relator: EZAGÜY MARTINS).

Ao nível do facto presumido: Acórdãos STJ de 12-03-2009 (Processo nº 08B3421, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), TRL de 06-06-2006 (Processo nº 1498/2006-7, Relator: ROQUE NOGUEIRA), TRP de 18-11-2013 (Processo nº 1718/13.3YIPRT.P1, Relator: MANUEL DOMINGOS FERNANDES).

3.2.3 Qualificação segundo a função essencial dos factos na narrativa da parte beneficiada pela presunção à luz do (N)CPC

O presente critério surge, em certa medida, como uma combinação dos anteriores, apresentando características de ambos, agora analisadas à luz do CPC. A narrativa dos factos traduz-se no modo como uma parte de forma articulada expõe os factos em razão dos quais sustenta a sua pretensão em juízo. Sendo que, dentro dessa alegação, por imposição do princípio dispositivo, terão de constar os factos que sejam essenciais¹⁴⁰ àquela causa.

Ao invés do que acontecia no CPC anterior à reforma de 2013¹⁴¹, pela terminologia do novo CPC veio-se expressamente indicar a necessidade de narração dos *factos essenciais* na petição inicial (art. 552º nº1 al. d) CPC)¹⁴², bem como, no âmbito da contestação, os factos essenciais em que se baseiam as excepções (art. 572º al. c) CPC).

Atentas estas prévias considerações, temos que, uma parte cuja pretensão se baseie nalguma presunção, terá de alegar os factos essenciais à sua pretensão: é com base nestes factos que constrói a sua narrativa. Não poderá qualquer parte formular pedidos unicamente com base em factos instrumentais. Ora neste domínio, a narrativa factual da parte favorecida pela presunção será, forçosamente, composta pelos indícios que lhe estejam subjacentes, que ao abrigo das referidas regras, se terão de assumir enquanto essenciais (ou pelo menos parte deles).

É precisamente sobre esse *certo estado de facto* ou *conjunto de ocorrências materiais*¹⁴³ que servem pressupostos de aplicação daquela norma, que esta parte

¹⁴⁰ Conforme se prevê no art. 5º nº1 CPC.

Incluindo-se também nesta matéria os factos complementares (art. 5º nº2 al. b) CPC), que se afiguram como um subtipo de factos essenciais. Ainda que tais factos, por si, não individualizem a pretensão ou interesse das partes, têm ainda assim um papel de relevo na concretização ou qualificação dos factos essenciais, circunstância que os torna indispensáveis à procedência da acção ou da excepção. *Cfr.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos ...*, Lex, 1997, p. 70-72, RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 21-24, LEBRE DE FREITAS, *Código ...*, p. 467-468.

¹⁴¹ Em que muitas normas se referiam simplesmente aos *factos*, sem os qualificar (*v.g.* arts. 467º nº1 al. d), 490º, 505º, 516º e 664º todos do ACPC).

¹⁴² Sob pena de ineptidão da mesma nos termos do art. 186º nº2 al. a) CPC.

¹⁴³ Utilizando a expressão de ALBERTO DOS REIS a propósito da narração do autor, *Código ...*, vol. III, 1950, p. 22.

assentará a sua narrativa¹⁴⁴, cabendo-lhe desde logo, num primeiro momento, a sua alegação na respectiva peça. Modo pelo qual se cumprirá o ónus de alegação que ao abrigo das regras acima referidas, se indica que se está perante matéria essencial à procedência daquela pretensão. Atento este critério complementar face aos anteriores, reforça-se o entendimento acerca da natureza dos factos-base subjacentes a presunções legais: factos de natureza instrumental, que devem ser tratados enquanto essenciais.

3.2.4 Síntese conclusiva

Os factos-base de presunções assumem-se enquanto matéria factual indiciária de uma outra realidade diversa, a sua demonstração é condição *sine qua non* para o funcionamento da presunção, estando, por conseguinte, sujeita a prova, enquanto *pressupostos factuais* pelos quais se afirma a verificação de um outro facto dispensado de prova – o facto presumido.

Factos-base e indícios reportam-se à mesma matéria factual que serve de sustentação às presunções, contudo, parece-nos que do ponto de vista material, o termo adequado será o segundo, situações em que se utiliza o termo indício quando nos referimos à concreta matéria factual, ou seja, às concretas ocorrências da vida geradoras de presunção.

Do ponto de vista processual, cremos que será mais adequado a utilização do termo facto-base quando nos referimos a essa mesma matéria, numa perspectiva estritamente processual, ou seja, quando a sua abordagem seja feita no âmbito do respectivo tratamento processual, onde se incluem os correspondentes ónus a que esta matéria factual está sujeita – é precisamente nesta perspectiva processual que se faz a presente qualificação processual, da qual resultará tratamento processual diverso e respectivas repercussões nos ónus que lhe estão associados, consoante se qualifiquem tais factos enquanto essenciais ou instrumentais.

No que concerne aos *factos-base de presunções judiciais*, ainda que tenham um papel importante na narrativa global das partes, muitas vezes também com relevantes implicações na própria fundamentação da pretensão, apresentam

¹⁴⁴ Acerca da relação entre narrativas e factos, vide M. TARUFFO, *Narrativas Processuais*, tradução de Nuno de Lemos Jorge, in *Julgar* n.º 13, 2011, p. 119-122.

contudo, uma estreita ligação de dependência com outros factos – os principais – estes sim, preenchem alguma *fattispecie* de norma de direito substantivo que confira algum direito ou interesse às partes, ao contrário dos *factos probatórios*¹⁴⁵ onde se integram os factos instrumentais, cuja função no processo é meramente probatória.

É justamente através do *critério da norma jurídica*¹⁴⁶, que se delimitam quais os que serão essenciais e os que serão instrumentais, seguindo tal critério, serão essenciais os factos que se subsumam directamente a uma previsão normativa¹⁴⁷, ficando, por conseguinte, sujeitos ao ónus de alegação (e posteriormente à respectiva prova). Ao invés, serão instrumentais, os que tendo uma função meramente probatória, não se subsumam a qualquer previsão normativa. É o que acontece com os factos-base de presunções judiciais, os quais, enquanto factos tendencialmente instrumentais que são¹⁴⁸, por não se subsumir directamente a qualquer norma jurídica, deverão seguir o regime previsto no art. 5º nº2 al. a) CPC. Consequentemente, não se encontrarão sujeitos ao ónus de alegação, podendo surgir na fase de instrução, em que, no exercício dos seus poderes de cognição, poderá o juiz considerar tais factos na decisão, desde que, à contraparte seja concedida oportunidade de exercer o contraditório sobre os mesmos.

Já no campo dos *factos-base de presunções legais* a questão é diferente. Ainda que ponto de vista conceptual, tenham em comum com os anteriormente analisados o seu cariz eminentemente instrumental, porquanto, qualquer deles não incidir directamente sobre o facto a provar (facto presumido), tendo deste modo uma repercussão indirecta sobre o mesmo, sendo utilizados enquanto “instrumentos” probatórios tendentes à realização da prova indiciária de outros factos. Não obstante essa sua aproximação conceptual existem factores intrínsecos a cada um dos tipos de presunções que as separam, desde logo no campo da

¹⁴⁵ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, p. 173.

¹⁴⁶ A *Teoria da Norma* da autoria de ROSENBERG, seguida no nosso ordenamento pela maioria da doutrina e jurisprudência ainda que com correntes com algumas alterações, tendo como precursor entre nós J. ALBERTO DOS REIS.

¹⁴⁷ Factos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

¹⁴⁸ Tendencialmente na medida em que se segue o entendimento de CLÁUDIA TRINDADE segundo o qual, do ponto de vista epistémico os factos-base de presunções judiciais relativos a *estados subjectivos* que sejam pressupostos normativos devem ser processualmente considerados enquanto factos essenciais, estando, por conseguinte, sujeitos ao princípio dispositivo, fazendo também parte da causa de pedir. Cfr. *ob. cit.*, pp. 182-184, 217, 218, 386.

normatividade. Conforme se analisou, a natureza instrumental dos factos-base de presunções judiciais advém da circunstância de não preencherem qualquer previsão legal, sendo a sua função unicamente de auxílio na demonstração dos factos essenciais em causa. Já no caso dos factos-base subjacentes a presunções legais, a situação é diversa, pelo que, nos parece que deverão ser tratados enquanto essenciais, atentos os critérios detalhados.

Segundo o *critério epistemológico-funcional da prova*, ter-se-á que ter em conta, por um lado, a previsão normativa pela qual a ordem jurídica favorece certa parte no sentido de lhe conferir algum direito ou interesse, face ao qual, dispensa essa parte da respectiva prova do facto presumido que quer ver reconhecido. Por outro lado, atenta a potencial dificuldade em demonstrar esse facto (presumido), os factos-base da presunção em causa assumem-se enquanto pressupostos factuais indispensáveis ao funcionamento da presunção, ficando deste modo a pretensão da parte beneficiada pela mesma, “epistemologicamente dependente” do resultado probatório do facto-base em causa.

Dessa dependência probatória resulta que tais pressupostos indiciários são condição necessária para a cominação jurídica pretendida e conseqüente procedência da pretensão, ao que, ordena o princípio dispositivo que a parte que beneficie de uma conclusão jurídica prevista nalguma norma que sirva de fundamento ao pedido de certa causa, tenha o ónus de carrear para o processo tais factos (indiciários) indispensáveis para a sua pretensão.

Contrariamente ao que acontece nas presunções judiciais (que se encontram desprovidas de conteúdo normativo), nas legais, a matéria indiciária a provar, enquanto pressupostos factuais de certa pretensão encontram-se previamente fixados na norma em causa, sabendo as partes à priori qual, ou quais, o(s) facto(s) cujo resultado probatório será decisivo para a decisão da lide. Também o nexo lógico, apresenta relevantes diferenças para o efeito. Nas presunções judiciais, para a fixação de tal nexo o papel do julgador é fulcral, tendo um papel central no uso das máximas de experiência, daí que se justifique os amplos poderes de cognição que lhe são conferidos em matéria instrumental. Já no caso das presunções legais o nexo lógico da presunção encontra-se previamente cerrado sobre a norma jurídica, o que retira algum relevo à apreciação cognitiva do juiz, em face do comando normativo em causa. Assim, atento o critério epistemológico-

funcional da prova, os factos-base de presunções legais deverão ser tratados enquanto essenciais.

O mesmo se retira seguindo o *critério da substanciação da causa de pedir*. A causa de pedir tem sido objecto de intenso debate doutrinal, sendo que neste campo o entendimento dominante no nosso ordenamento processual vai no sentido de conceptualizar a causa de pedir, de acordo com os critérios da teoria da substanciação. Segundo este entendimento os factos integradores da causa de pedir não poderão ser factos “brutos”¹⁴⁹, segundo critérios naturalistas, mas sim factos que preencham uma determinada previsão legal, isto é, os que se subsumam a uma regra jurídica - é precisamente esse enquadramento normativo, ao abrigo das regras substantivas, que de acordo com a doutrina da substanciação, se qualificam os factos essenciais como aqueles que se encontrem seleccionados por certa previsão legal.

Atento o conceito de causa de pedir descrito, é precisamente sobre os factos-base da presunção, os quais, se encontram normativamente previstos nas normas substantivas presuntivas, que se formula uma determinada conclusão jurídica, assumindo-se assim, a par do facto presumido, factos igualmente constitutivos¹⁵⁰ do direito/interesse alegado, ou seja, os factos jurídicos dos quais depende aquela pretensão. Ora, é justamente essa previsão normativa que transforma tais situações factuais em *factos normativamente concretos*, indo ao encontro dos parâmetros da doutrina da substanciação subjacente à causa de pedir. Estando a parte beneficiada pela presunção liberada da prova do correspondente facto presumido, serão os factos-base previstos na norma em causa que se assumirão enquanto *indispensáveis* e *essenciais* à procedência da pretensão - sem eles a matéria factual subjacente ao pedido ficaria esvaziada.

Critérios que são complementados pela função essencial dos factos na narrativa da parte beneficiada pela presunção à luz do actual CPC, que expressamente qualifica certos factos narrados como essenciais (arts. 552º nº1 al.

¹⁴⁹ Cfr. J. LEBRE DE FREITAS, *Caso julgado e a causa de pedir. O enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil, Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006*, ROA, 2006, *apud* Acórdão STJ de 17-01-2017 (Processo nº 3844/15.5T8PRT.S1, Relator: JÚLIO GOMES). A este propósito *vide* ainda, TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, p.316.

¹⁵⁰ Cfr. L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 31; Ac. STJ de 03-03-2010 (Processo nº 4390/06.3TTLSB.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO).

d) e 572º al. c) ambos do CPC), face aos quais, existindo alguma pretensão baseada nalguma presunção legal, terão, forçosamente, de ser parte integrante daquela narrativa.

Pelo exposto, e atentos os critérios descritos, somos do entendimento que os factos-base de presunções legais, ainda que em termos conceptuais tenham natureza instrumental, contudo, processualmente, devem ser tratados e enquadrados enquanto factos essenciais da causa. Por outras palavras, estamos perante factos de natureza instrumental, que se apresentam “travestidos” de factos essenciais. É seguindo esta qualificação e correspondente orientação agora assumida, que será feita a análise que se segue.

4. Regime probatório das presunções legais

A temática que agora se inicia tem por objecto de análise o regime probatório referente a presunções legais, análise essa que terá em conta as conclusões retiradas dos pontos anteriores, adoptando-se uma metodologia de análise fragmentada, por matérias concretas, mas simultaneamente, tanto quanto nos for possível, unificada em termos de continuidade coerente entre conteúdos analisados.

Nesta temática a matéria de facto assume uma importância central, domínio onde se destacam os ónus de alegação e prova, os quais, em matéria de presunções apresentam particularidades muito próprias face ao regime geral, pelo que se impõe uma cuidada e minuciosa análise acerca dos mesmos.

Os factos indiciários subjacentes à presunção, conforme se apurou, afiguram-se enquanto *pressupostos normativos*, cuja verificação depende a aplicação de certa norma jurídica e respectivos efeitos (o efeito presuntivo determinado pela norma em causa). Sobre tais *afirmações de facto*, após a respectiva actividade probatória terá de incidir uma decisão, que determine a sua verificação ou não verificação. Contudo, para que tal matéria seja objecto de decisão, torna-se necessário que previamente estejam cumpridas certas exigências a cargo das partes, desde logo o ónus de alegação da matéria factual indiciária – os factos-base da presunção em causa.

Uma vez que, entre presunções relativas e absolutas se verificam bastantes diferenças, desde logo em razão da sua diferente natureza, o que, implica relevantes diferenças ao nível das respectivas regras probatórias, o que justifica que se faça uma análise individualizada sobre cada modalidade.

4.1 Presunções relativas (ou *juris tantum*)

As presunções (legais) relativas, também denominadas de presunções *juris tantum*¹⁵¹, têm como ponto característico o facto de admitirem *prova em contrário*,

¹⁵¹ Afiguram-se enquanto presunções (legais) *juris tantum*:

- No âmbito do Código Civil:

- Presunção de comoriência (art. 68º nº2); - Morte presumida (art. 68º nº3); - Presunção de má fé do terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação (art. 243º nº3); - Presunções de forma do negócio jurídico (art. 223º nº1, nº2); - Norma base acerca do fundamento das presunções de cumprimento (art. 312º), aplicável às normas de prescrição presuntiva previstas nos arts. 316º e 317º; - Presunção de proveniência de documentos (art. 370º nº1); - Presunção de sinal (art. 441º); - Presunção de aquisição de direito por terceiro no âmbito do contrato a favor de terceiro (art. 451º nº1); - Presunção de existência de negócio jurídico unilateral (art. 458º nº1); - Presunção de falta de imputabilidade (art. 488º nº3); - Presunções de culpa no âmbito da responsabilidade civil (arts. 491º, 492º, 493º e 503º nº3); - Presunção de comparticipação em partes iguais na dívida ou no crédito (art. 516º); - Presunção de vinculação a valor corrente da moeda (art. 554º); - Presunção de prestação rateada a todas as dívidas (art. 784º nº2); - Presunção de designação de prestação em caso de pagamento insuficiente (art. 785º nº1); - Presunções de cumprimento (art. 786º); - Presunção de culpa do devedor (art. 799º nº1); - Presunção de dação “pro solvendo” (art. 840º nº 2); - Presunção de escolha de modalidade de venda a contento (art. 926º); - Presunção de reserva de usufruto nas doações a nascituros (art. 952º nº2); - Presunção de entradas iguais de sócios (art. 983º nº2); - Presunção de garantia de solvência do devedor pelo sócio (art. 984º al. c)); - Presunção de perdas iguais pelos sócios (art. 992º nº4); - Presunção de entrega de coisa locada em bom estado de manutenção (art. 1043º nº2); - Presunção de responsabilidade a cargo do comodatário (art. 1136º nº3); - Presunção de mutuo oneroso (art. 1145º nº1); - Presunção de prazo em caso de mutuo oneroso (art. 1147º); - Presunção de prazo específico em certos negócios que tenham por objecto produtos rurais (art. 1148º nº3); - Presunção de mandato gratuito (art. 1158º nº1); - Presunção de culpa do depositário (art. 1191º nº2); - Presunção de depósito oneroso (art. 1203º); - Presunção de conhecimento dos defeitos aparentes no âmbito de contrato de empreitada (art. 1219º nº2); - Presunção de posse de quem exerce o poder de facto (art. 1252º nº2); - Presunção de posse no período intermédio (art. 1254º nº1); - Presunção de posse desde a data do título na posse actual titulada (art. 1254º nº2); - Presunção de continuidade da posse (art. 1257º nº2); - Presunção de boa fé na posse titulada e de má fé na posse não titulada (art. 1260º nº2); - Presunção de titularidade do direito a favor do possuidor (art. 1268º nº1); - Presunção de comunhão de valas, regueiras e valados entre prédios de diversos donos (art. 1358º nº1); - Presunção de comunhão de sebes vivas (art. 1359º nº2); - Presunção de comunhão de árvores e arbustos em linha divisória de prédios (art. 1368º); - Presunções de comunhão de paredes e muros divisórios (art. 1371º); - Presunção de igualdade quantitativa de quotas no âmbito da compropriedade (art. 1403º nº2 *in fine*); - Presunções de propriedade comum no âmbito da propriedade horizontal (art. 1421º nº2); - Presunção de vontade real dos nubentes face à declarada no âmbito da celebração de matrimónio (art. 1634º); - Presunção de boa fé dos cônjuges no âmbito do casamento putativo (art. 1648º nº3); - Presunção de bens comuns do casal perante a falta de menção da proveniência do dinheiro na aquisição (art. 1723º al. c), *ex vi* 1725º CC); - Presunções de maternidade (art. 1816º nº2); - Presunções de paternidade em relação ao marido da mãe – *pater is*

neste sentido a lei considera certo facto como certo até prova em contrário (*praesumptio cedit veritati*). A lei ao estabelecer no nº1 do art. 350º CC, que a parte beneficiada pela presunção “...*escusa de provar o facto que a ela conduz*”, apenas dispensa este sujeito processual de provar o facto presumido, tendo, no entanto, de alegar e provar o(s) facto(s)-base sobre os quais incide a presunção, mesmo fazendo-o, ficará este facto sujeito a impugnação pela contraparte. Contudo, atenta a figura em causa e suas especificidades próprias, impõe-se uma análise, que agora se inicia, com a finalidade de indagar sobre essas diversas particularidades probatórias *sui generis*, que caracterizam as presunções relativas. Tendo em conta as considerações já expostas¹⁵² o objecto de análise incidirá agora, particularmente, sobre questões processuais atinentes aos diversos ónus e exigências probatórias existentes neste domínio.

4.1.1 Ónus de alegação

O ponto de partida em qualquer processo será a prévia, e necessária, alegação nos articulados¹⁵³, dos factos que integrem a sua causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas pelas partes, factos dos quais depende a procedência da sua pretensão, cumprindo-se deste modo os respectivos *ónus de*

quem instae nuptial demonstrant (arts. 1796º nº2, 1826º nº1 e 1834º nº1); - Presunções de paternidade em acção de investigação de paternidade (art. 1871º nº1); - Presunção de concordância de vontades entre progenitores em actos praticados por um dos pais (art. 1902º nº1), por progenitor em uniões de facto (art. 1911º nº1), ou progenitor no exercício comum das responsabilidades parentais (art. 1912º nº2); - Presunção da existência de outros bens da herança, além dos inventariados (art. 2071º nº1); - Presunção de dispensa de colação (art. 2113º nº3); - Presunções no âmbito da alienação de de herança (art. 2125º); - Presunções de designação no âmbito do testamento (arts. 2225º - 2228º); - Presunção de revogação do testamento (arts. 2315º e 2316º).

- No domínio das presunções decorrentes do registo: arts. 7º CrPred e 11º Cód. Reg. Comercial e 3º nº1 Cód. Reg. Civil.

- No Código do Trabalho: arts. 12º nº1, 63º nº2, 104º nº2, 153º nº2, 168º nº1, 205º nº4, 208º-A nº2, 258º nº3, 331º nº2, 349º nº5, 366º nº4, 394º nº5, 403º nº2 e 410º nº3.

- No Código das Sociedades Comerciais: arts. 22º nº2, 38º nº1, 39º nº1, 73º nº2, 180º nº5, 192º nº5, 243º nº2 e nº 3, 254º nº4, 319º nº3, 486º nº2.

- No Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: arts. 18º nº3, 20º nº1, 39º nº9, 120º nº4, 186º nº3, 232º nº7, 292º.

¹⁵² Em especial, as considerações feitas acerca da *estrutura da presunção – supra*, ponto 2 – e os critérios definidos quanto à *qualificação jurídico-processual dos factos-base de presunções legais – supra*, ponto 3.2.

¹⁵³ Acerca da articulação dos factos e narrativas, *cfr.* PIRES DE SOUSA, *ob. cit.* pp. 119-125, CLÁUDIA TRINDADE, *ob. cit.*, pp.186-195.

*alegação*¹⁵⁴ que sobre as partes impendem. O ónus de alegação afigura-se de extrema importância no que concerne aos *factos essenciais* da causa ou respectivas excepções – neste caso *ónus de contra-alegação* - porquanto se está perante matéria factual que, não sendo alegada no devido momento (em regra nos articulados), a consequência será a sua preclusão, e subsequente desconsideração para a decisão da causa.

Em matéria de presunções, conforme se considerou¹⁵⁵, afigurando-se os factos-base de presunções legais enquanto matéria factual que deverá ser processualmente tratada enquanto factos essenciais, uma vez que se está perante matéria indiciária que se afigura enquanto “pressupostos normativizados”, cuja verificação depende a aplicação de certa norma jurídica e respectivos efeitos (presuntivos), estará deste modo sujeita ao ónus de alegação.

Assim, do ponto de vista do autor, a parte que se queira fazer valer de certa presunção legal em seu proveito, terá desde logo de alegar oportunamente (em regra no articulado da petição inicial) os factos-base da presunção em causa, cumprindo deste modo o *ónus de alegação* que sobre si impende¹⁵⁶.

Do ponto de vista do réu, a parte que se queira defender das pretensões do autor através da invocação de alguma presunção legal cujos efeitos o beneficiem, isto é, invocando factos impeditivos, modificativos ou extintivos¹⁵⁷ relacionados com presunções legais cujo efeito lhe seja favorável, terá de alegar oportunamente (em regra no articulado de contestação) os factos-base sobre os quais se funda a presunção, cumprindo deste modo o *ónus de contra-alegação* que sobre si impende neste domínio¹⁵⁸.

O ónus de alegação afigura-se assim como uma exigência processual, segundo a qual, incumbirá às partes alegar toda a matéria factual essencial, sobre a qual funda as suas pretensões, sendo que, no caso das presunções, tal como se referiu, o

¹⁵⁴ Acerca do ónus de alegação, *cfr.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos ...*, pp. 76-79, *Algumas questões ...*, pp. 311-319, LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *ob. cit.* pp. 506-509, RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 28-30, PAULO RAMOS DE FARIA/ANA LUÍSA LOUREIRO, *ob. cit.*, pp.31-32.

¹⁵⁵ *Supra*, ponto 3.2.

¹⁵⁶ *Cfr.* Acórdãos. STJ de 03-03-2010 (Processo nº 4390/06.3TTLSB.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO); TRL de 31-01-2012 (Processo nº 15/06.5TCSNT.L1-7, Relator: MARIA JOÃO AREIAS), e de 12-05-2016 (Processo nº 272/13.OYXLSB.L1-2, Relator: EZAGÜY MARTINS).

¹⁵⁷ Exercendo deste modo a sua defesa através da utilização de factos subsumíveis a alguma presunção e respectivos efeitos.

¹⁵⁸ *Cfr.* Ac. TRC de 19-11-2015 (Processo nº 495/14.5TTLRA.C1, Relator: PAULA DO PAÇO).

objecto de tal matéria serão os indícios subjacentes à presunção que esteja em causa. Contrapõe-se ao ónus de alegação dos factos-base de presunções o ónus de impugnação (arts. 574º nº1 e 587º nº1 do CPC) que impende sobre a parte prejudicada pelo efeito presuntivo, ao que, impugnando a contraparte tal matéria, estaremos perante matéria controvertida, devendo, por conseguinte, constar nos *temas da prova*¹⁵⁹.

Não é apenas sobre os factos-base das presunções legais que incide o ónus de alegação que incumbe às partes, o mesmo acontece relativamente ao facto presumido, também este facto terá de ser oportunamente alegado. Vejamos.

A este propósito deve distinguir-se facto-base da presunção, do facto presumido. O que a lei dispensa quanto à parte que beneficia da presunção é a prova do facto presumido (art. 350º nº 1 do CC), tendo, no entanto, de alegar, quer os factos-base da presunção, quer a afirmação conclusiva, ou seja o facto presumido previsto pela norma em causa. Quer isto dizer, que se está perante uma verdadeira conclusão jurídica, que incide sobre um facto jurídico. Facto esse que, mesmo dispensado de prova, será essencial à procedência da causa, *sem ele a presunção ficará desprovida de um dos seus elementos estruturantes – a afirmação conclusiva* que se quer ver reconhecida em abono da sua pretensão.

Tal como os factos-base, também o facto presumido, se afigura enquanto pressuposto normativo, a sua conclusão presuntiva está consagrada na regra jurídica. Por outras palavras, atenta a estrutura da regra jurídica, enquanto os factos-base se conotam com a previsão normativa, o facto presumido será a *cominação* legal da norma – provando-se os primeiros, a regra jurídica comina que a consequência jurídica pela sua verificação será a conclusão presuntiva e respectivo reconhecimento de um outro facto diverso – o facto presumido - o qual, enquanto *facto conclusivo de natureza essencial* que é, também terá de estar sujeito ao ónus de alegação.

Deste modo, atento o princípio dispositivo, à parte que pretenda beneficiar dos efeitos jurídicos de certa presunção, cabe-lhe alegar o facto presumido cujo

¹⁵⁹ Quanto aos modos de defesa face a presunções, *infra*, pontos 4.2 (defesa face a presunções relativas) e 4.3.3 (defesa face a presunções absolutas).

direito ou interesse lhe é tutelado pela norma (presuntiva) em causa, não se podendo o juiz se substituir ao interessado nessa alegação¹⁶⁰.

4.1.2 Ónus da prova

No seguimento das considerações feitas no ponto anterior, impõe-se que, no cumprimento de um ónus de alegação, os factos sejam alegados pelas partes, tendo em conta o seu pedido e respectivo interesse nos mesmos, de modo a que, feita a sua demonstração – cumprindo as regras relativas ao ónus da prova - possam retirar benefício para a sua posição em juízo, com as respectivas repercussões na decisão. Importa analisar agora a questão central, relativa ao ónus da prova, para que se possa desde logo determinar “quem tem de provar o quê” em matéria de presunções legais.

Conforme se tem vindo a adiantar, e se volta a reforçar, sem sede de presunções, a parte beneficiada por certa presunção legal, não poderá ter uma conduta probatória passiva e inactiva. Para que a sua pretensão seja atendida, terá sempre de, primeiro alegar, e depois, provar o(s) facto(s)-base da presunção que quer fazer valer em juízo.

Neste domínio, em regra, ónus de alegação e da prova coincidem - à parte que que incumbe alegar certo facto, igualmente lhe caberá fazer prova do mesmo. O mesmo se verificando em matéria de presunções, no que concerne ao facto-base, não existe aqui qualquer excepção à regra - à parte beneficiada pela presunção cabe-lhe a alegação do *factum probans*, estando igualmente *onerada* com a prova do mesmo. Contudo, neste campo, tendo em conta a natureza do facto presumido, é frequente associar-se a figura das presunções a uma situação pura de inversão do ónus da prova. Será realmente assim?

4.1.2.1 A *vexata quaestio*: Inversão do ónus da prova ?

Neste seguimento, impõe-se uma prévia análise acerca das normas reguladoras do ónus da prova, sendo que em matéria de presunções legais,

¹⁶⁰ *Cfr.* Acórdãos STJ de 12-03-2009 (Processo nº 08B3421, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), TRL de 06-06-2006 (Processo nº 1498/2006-7, Relator: ROQUE NOGUEIRA), TRP de 18-11-2013 (Processo nº 1718/13.3YIPRT.P1, Relator: MANUEL DOMINGOS FERNANDES).

encontra-se prevista no art. 344º nº1 CC uma regra especial, que sob a epígrafe *Inversão do ónus da prova* dispõe: “As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine” (sublinhado nosso).

Ao se determinar, por via do referido preceito legal, que perante presunções legais *as regras dos artigos anteriores invertem-se*, aparentemente poderá dar a ideia que nesta situação ficaria afastado o regime geral previsto no art. 342º CC, estando, por conseguinte, a parte beneficiada pelo efeito presuntivo eximida de qualquer ónus de prova por imposição da norma especial em causa, o que, se assim fosse consubstanciaria uma patente contradição com o entendimento seguido anteriormente¹⁶¹. Em bom rigor, não nos parece que, esse seja o sentido da norma¹⁶². Vejamos.

A norma em causa carece de um maior detalhe descritivo acerca dos concretos factos sobre os quais incide a inversão do ónus da prova, sendo que, da sua conjugação com o enunciado nos arts. 349º e 351º nº1, ambos do Cód. Civil, enceta uma aparente contradição. Se se conceptualiza a figura da presunção, tendo como pressuposto de consolidação, a verificação de um *facto conhecido*¹⁶³ - (o(s) facto-base) – então tal facto, para que seja conhecido, terá forçosamente, de ser provado.

Ora, ao se impor a prova do mesmo, de modo a que fique conhecido, está-se a sujeitar a parte interessada no efeito presuntivo ao cumprimento do ónus (geral) da prova nos termos do art. 342º nº1 do Cód. Civil, na medida em que, sem a sua demonstração fica a presunção carecida do seu pressuposto prévio por ficar desprovida de qualquer *base* que a sustente. Destarte, o que se verifica em matéria de presunções, é antes, uma alteração do objecto fáctico do ónus da prova – a parte que beneficie de uma presunção estará dispensada de provar o facto que quer ver reconhecido (facto presumido), o qual, em regra lhe competiria a respetiva

¹⁶¹ *Supra*, pontos 2.1 e 3.2.

¹⁶² Segundo ROSENBERG as presunções legais não operam qualquer modificação aos princípios relativos à distribuição do ónus da prova. *Cfr. La carga de la prueba*, Editorial BdeF, 2002, pp. 252-253. Temos reticências em seguir integralmente um entendimento “tão drástico”, ainda que, *em parte*, se mostre adequado e consonante com a posição assumida, como se verá mais adiante.

¹⁶³ *Cfr.* art. 349º do Cód. Civil.

demonstração, tendo, no entanto, de provar, algum outro facto (base), diverso daquele, enquanto condição, para que o facto presumido lhe possa ser reconhecido em seu benefício.

Pelo exposto, parece-nos que a norma em causa (art. 344º nº1 CC), em bom rigor, não implica uma inversão do ónus da prova em termos absolutos, devendo ser *sistematicamente interpretada*, em articulação com o disposto nos arts. 349º, 350º e 342º nº1 do Cód. Civil. Vejamos melhor algumas particularidades.

Sob o ponto de vista da parte prejudicada pelo efeito presuntivo verifica-se (aqui sim) uma inversão do ónus da prova, na medida em que, provado o factobase da presunção, incumbe-lhe a si a prova do facto contrário ao facto presumido, cujo reconhecimento aproveita à contraparte, prova que, em situação normal, a si lhe caberia, atenta regra prevista no art. 342º nº1 CC. Nesta perspectiva verifica-se uma inversão do ónus da prova.

Contudo, na perspectiva da parte beneficiada pelo efeito presuntivo, em bom rigor, não existe uma integral dispensa de prova¹⁶⁴, nem tão pouco uma autêntica inversão do ónus da prova. Conforme já se indagou¹⁶⁵, impendem sobre esta parte vários ónus. Desde logo o ónus de alegação do facto presumido¹⁶⁶, e bem assim, ao abrigo da exigida *substanciação*¹⁶⁷, o ónus de alegação e prova dos factos que sirvam de base à presunção (legal) em causa¹⁶⁸.

Quer isto dizer que, a inversão não opera automaticamente, nem instantaneamente, para que se efective é necessário que se encontrem reunidos certos *requisitos prévios*. Apenas a partir desse momento, cumpridos todos os referidos ónus, é que a inversão se pode operar perante a contraparte. Podendo até dar-se o caso desta parte conseguir a sua pretensão sem necessidade de provar o facto contrário ao facto presumido, ou seja, sem que contra si, se chegasse a inverter o ónus, inutilizando a presunção *a montante*, através do sucesso na impugnação dos factos-base da presunção. Hipótese em que estaremos perante uma defesa por impugnação nos termos gerais, onde se aplicará unicamente, o princípio geral neste domínio (art. 342º nº1 CC), face ao qual a contraparte se

¹⁶⁴ Acerca da diferença entre presunções e normas que dispensam prova, *vide, supra*, p. 18-19.

¹⁶⁵ *Supra*, ponto 4.1.1.

¹⁶⁶ *Supra*, pontos 2.3 e 4.1.1.

¹⁶⁷ *Supra*, ponto 3.2.2.

¹⁶⁸ *Supra*, pontos 4.1.1 e 4.1.2.

poderá defender por impugnação (arts. 571º nº2 (1ªP.) e 574º nº1, ambos do CPC), não tendo aqui aplicação o regime excepcional de inversão do ónus da prova previsto no art. 344º nº1 CC.

Pelo exposto, estamos antes perante especificidades processuais decorrentes da duplicação do *thema probandum*, coexistindo no mesmo processo dois objectos distintos de prova, cada um com o seu próprio regime. Sobre os mesmos coincidem correspectivamente, dois grupos de matéria factual, uma relativa à prova “indirecta”, cujo ónus de prova cabe à parte beneficiada pela presunção, incumbindo-lhe a demonstração dos factos-base segundo o regime geral previsto no art. 342º CC¹⁶⁹, matéria que, por sua vez pode ser atacada pela contraparte através de impugnação.

Sobre o segundo segmento de matéria, caso os factos-base sejam devidamente demonstrados, ou na hipótese da contraparte exercer desde logo, a defesa directa perante o facto presumido, aplicar-se-á o regime excepcional de inversão do ónus da prova, previsto no art. 344º nº1 do Cód. Civil, cabendo-lhe nesta hipótese o ónus de provar o facto contrário ao facto presumido, devendo para o efeito, introduzir no processo esses *novos factos* que sejam contrários ao presumido e posteriormente realizar a correspondente demonstração em juízo.

Deste modo, podem as presunções (relativas) ser ilididas de dois modos possíveis e distintos, num primeiro momento por impugnação dos factos-base, mediante contraprova, se o meio de prova apresentado fizer prova bastante, ou pela prova do contrário, caso se esteja perante prova plena. Num segundo momento, aqui sim, aplicando-se o regime excepcional previsto no art. 344º nº1 CC, as presunções nesta situação¹⁷⁰, só poderão ser ilididas mediante prova do contrário (art. 350º nº2 CC) do facto presumido, matéria que será analisada em maior detalhe mais adiante¹⁷¹.

¹⁶⁹ A presunção assenta sobre uma base (um facto) que tem de ser provada. E a prova deste facto há-de ser feita por qualquer dos procedimentos probatórios regulados na lei processual (documentos, arbitramentos, testemunhas ou inspecção judicial). A presunção não elimina o ónus da prova, nem modifica o resultado da sua repartição entre as partes. Apenas altera o facto que ao onerado incumbe provar: em lugar de provar o facto presumido, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do facto que serve de base à presunção. - Ac. STJ de 26-10-2004 (Processo nº 04A3101, Relator: AFONSO CORREIA – sublinhado nosso).

¹⁷⁰ Quando o(s) facto(s) se encontre(m) devidamente demonstrado(s).

¹⁷¹ *Infra*, pontos 4.2.1.1 e 4.2.3.

Pelo exposto parece-nos que em matéria de presunções (legais), o que verifica serão as repercussões resultantes da *duplicação do thema probandum*, e não uma integral inversão do ónus da prova *stricto sensu* - existe sim uma *parcial e hipotética* inversão. Parcial, porque apenas em relação ao facto presumido se verifica a inversão do ónus da prova, “transferindo-se” este ónus do alegante cujo facto aproveita para a contraparte, já quanto ao facto-base persistem as regras gerais nos moldes descritos. Hipotética porque a inversão não é automática, na medida em que as regras e consequências da inversão apenas funcionarão na eventualidade da parte prejudicada não pretender ou não conseguir¹⁷² “atacar” (mediante impugnação) o(s) facto(s)-base da presunção, caso o consiga, a presunção nem se chega a consolidar, e consequentemente, não se chegam efectivar os efeitos da inversão do ónus da prova¹⁷³.

4.1.3 Conclusões acerca do ónus de alegação e da prova: A formação e particularidades da matéria de facto subjacente a presunções

No seguimento das considerações feitas nos pontos anteriores, a análise que agora se inicia, em modo conclusivo, direcciona-se para o tratamento processual e respectiva dinâmica da matéria de facto quando estejam em causa presunções legais.

Assim, por questões de organização sistemática, importa desde logo distinguir as *diferentes fases processuais* da acção tendo em conta as suas diversas vicissitudes e inerentes incumbências das partes em cada uma delas em matéria de presunções (legais), as quais variam de fase para fase. Deste modo a análise que se segue terá em linha de conta tais aspectos, numa abordagem processualmente cronológica, tentando-se fazer uma articulação com as considerações anteriormente expostas, de modo a se alcançar uma coerência com tais desideratos.

¹⁷² Pode também dar-se o caso da presunção não se chegar a consolidar em consequência de actos ou omissões da parte beneficiada pela presunção. Por exemplo, não cumprimento do ónus de alegação, ou outros vícios relativos à actividade probatória.

¹⁷³ Segundo PIRES DE SOUSA, *ob. cit.* p. 99-100, “Do ponto de vista da parte favorecida pela presunção, será oportuno falar de um alívio da prova. Do ponto de vista do adversário, poder-se-á falar de uma inversão da prova pois tem que provar o contrário do facto presumido”.

Como ponto de partida, é na *fase dos articulados* que a matéria factual da causa é introduzida no processo, com especiais implicações nos factos essenciais, sujeitos a preclusão, por via das imposições decorrentes do princípio dispositivo. Neste domínio é atribuído às partes um papel vital no que concerne à alegação dos *factos essenciais* à sua causa, tendo o *monopólio*¹⁷⁴ da alegação de tais factos.

No que concerne à prova por presunções legais, o *ónus de alegação* incide sobre duas vertentes distintas. À parte que beneficie de uma presunção legal que quer fazer valer em juízo, incumbe-lhe o ónus de alegação desde logo na fase dos articulados, quer do(s) facto(s)-base da presunção, quer do facto presumido. Este último consubstancia-se numa afirmação conclusiva “positivada” em certa norma presuntiva, a qual, atribui um certo direito ou interesse favorável à parte beneficiada. Assim, querendo este sujeito processual “retirar” tais efeitos que lhe são favoráveis, atentas as exigências subjacentes ao princípio dispositivo, incumbe-lhe o ónus de alegação de tal afirmação conclusiva de teor presuntivo¹⁷⁵.

Destarte, tal conclusão presuntiva, enquadra-se em regra no segmento do *pedido* da causa¹⁷⁶, pelo que, a consequência pela sua omissão na petição inicial, será a ineptidão da mesma, nos termos do disposto no art. 186º nº1 al. a) do CPC. Ainda que se verifique um ónus de alegação relativamente ao facto presumido, uma vez que estamos no domínio da prova por presunções, não será exigível a prova do mesmo, ou seja, estamos numa situação tendencialmente de excepção à regra, em que o objecto do ónus de alegação não coincide com o objecto do ónus da prova, no que concerne ao facto presumido.

Quanto à necessidade de alegação do *factum probans* da presunção, importa sublinhar a importância da fundamentação subjacente à causa de pedir, ou seja, incumbe à parte carrear oportunamente para o processo toda a matéria factual sobre a qual assenta a sua pretensão, os respectivos meios de prova tendentes à sua demonstração, bem como, a alegação das respectivas *afirmações conclusivas* inerentes ao facto presumido¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ...*, p. 167.

¹⁷⁵ *Supra*, pontos 2.3 e 4.1.1.

¹⁷⁶ Nas situações regra em que a parte beneficiada ocupa a posição de autor.

¹⁷⁷ Cfr. Ac. STJ de STJ de 12-03-2009 (Processo nº 08B3421, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA) e TRL de 06-06-2006 (Processo nº 1498/2006-7, Relator: ROQUE NOGUEIRA).

Ora, como se viu anteriormente¹⁷⁸, é sobre os factos-base da presunção legal que se forma a conclusão jurídica (presuntiva), funcionando enquanto premissas da mesma. Afigurando-se a causa de pedir enquanto o *conjunto dos factos da relação material (ocorridos), subsumíveis às fattispecies das normas individualizadoras que preveem o efeito prático-jurídico pretendido pelo autor*¹⁷⁹, no caso de presunções legais, tais factos (base) subsumem-se à previsão normativa contida na norma¹⁸⁰ (presuntiva) substantiva que esteja em causa¹⁸¹, funcionando enquanto proposições normativas instituídas pela lei, sendo esses factos que sustentam e fundamentam o pedido, dando-lhe causa. É justamente essa previsão normativa que “transforma” tais acontecimentos da vida em factos concretos *individualizadores*¹⁸² daquela causa, servindo-lhe de fundamento da pretensão, indo assim ao encontro dos parâmetros da doutrina da *substanciação* subjacente à causa de pedir¹⁸³.

Assim, atento o exposto¹⁸⁴, estando em causa matéria de facto sobre a qual se forma alguma presunção, os factos-base que lhes sirvam de suporte, deverão ser tratados enquanto factos essenciais, pelo que, cabe à parte beneficiada pelo efeito presuntivo o ónus de alegação de tal matéria factual que é imprescindível para a procedência da causa, incumbindo também a tal parte a respectiva prova em momento posterior¹⁸⁵.

Atentas as considerações prévias, iremos agora analisar várias vicissitudes e particularidades no âmbito da alegação de factos-base de presunções legais.

¹⁷⁸ *Supra*, ponto 3.2.

¹⁷⁹ *Cfr.* PAULO RAMOS DE FARIA/ANA LUÍSA LOUREIRO, *ob. cit.*, p. 33.

¹⁸⁰ Segundo J. BARBOSA MOREIRA, as presunções legais *constituem mandados normativos – que obrigam o juiz a uma determinada conclusão em presença de um facto ou de um estado de coisas*. Observa ainda assertivamente este autor que o raciocínio do juiz *consiste tão somente na aplicação de uma norma jurídica, que conecta uma premissa a uma determinada consequência*. *Cfr.* J. BARBOSA MOREIRA, *As presunções e a prova*, in: *Temas de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 55-71, *apud.* RONALDO BORGES, *ob. cit.*, p. 236.

¹⁸¹ Contrariamente ao que acontece nas presunções judiciais, que estão desprovidas de tal “sustentação” legal, o seu *elemento normativo*, o que justifica a diferente qualificação e inerente tratamento processual que deve ser dado aos factos-base das duas espécies de presunções.

¹⁸² Utilizando a expressão de LEBRE DE FREITAS a propósito dos factos integradores da causa de pedir, os factos integradores da causa de pedir não poderão ser factos “brutos”, segundo critérios naturalistas, mas sim factos que preencham uma determinada previsão legal, isto é, os que se subsumam a uma regra jurídica. Com entendimento semelhante, TEIXEIRA DE SOUSA, opondo os “factos brutos” aos “*institucionais, isto é factos construídos como tal por uma regra jurídica*”,

¹⁸³ *Supra*, ponto 3.2.2.

¹⁸⁴ Em maior detalhe, *supra*, ponto 3.2.

¹⁸⁵ Nesta situação, ao contrário do que acontece na alegação do facto presumido, o objecto do ónus de alegação coincide com o objecto do ónus da prova, indo ao encontro da regra geral.

O autor que pretenda beneficiar do efeito presuntivo de alguma presunção legal, caso não alegue qualquer facto-base que lhe sirva de suporte à pretensão, o seu pedido estará desprovido de matéria factual que o sustente, ao que, nesta hipótese deverá tal causa improceder. Caso falte a *indicação da causa de pedir*, a consequência será a ineptidão da petição inicial, ao abrigo do disposto no art. 186º nº2 al. a) do CPC.

Situação diversa será quando exista a alegação dos factos-base subjacentes à presunção, mas tal *alegação* seja *deficitária*¹⁸⁶ - em tais casos a solução deverá passar por um *convite ao aperfeiçoamento*, nos termos do disposto no art. 590º nº4 do CPC¹⁸⁷.

Verificando-se a *alegação* de factos-base subjacentes à presunção em causa, ainda que *insuficiente*¹⁸⁸, a acção deverá prosseguir para a fase de instrução, ficando tais factos dependentes da respectiva prova em juízo, sendo que, em caso de insuficiência de matéria factual indiciária oportunamente alegada, a sorte da acção deverá passar pela sua improcedência.

Cumpridas que estejam as exigências respeitantes ao ónus de alegação, entramos agora no domínio da prova. Em regra, o ónus de alegação coincide¹⁸⁹ com o ónus da prova - quem estiver onerado com o ónus de alegar certo facto, estará igualmente onerado com a respectiva prova - contudo, em matéria de presunções, assim, não será, pelo menos de modo integral. Em matéria de presunções, na matéria factual respeitante ao facto presumido, não existe coincidência, o que significa que à parte favorecida pela presunção, apenas lhe incumbe o ónus de alegação, estando, por força do disposto no art. 344º nº1 CC,

¹⁸⁶ O que pode acontecer, por exemplo em casos de narração impercetível ou de difícil interpretação da causa de pedir, e atento o exposto na nota seguinte.

¹⁸⁷ Ainda que tal decisão esteja sujeita a alguns condicionalismos: "*O juiz só pode convidar a parte a corrigir a exposição ou concretização da matéria de facto quando esta apresente a densidade suficiente para constituir uma causa de pedir inteligível (...). Em suma: só se pode aperfeiçoar um existente objeto processual. Cfr. RUI PINTO, ob. cit. p. 366.*

¹⁸⁸ Insuficiência no sentido estritamente quantitativo, isto é, quando a quantidade de factos-base alegados seja insuficiente para que a presunção se consolide. O que tem especial relevo nos casos de presunções polibásicas (assentes numa pluralidade de factos), como acontece nos "catálogos legais" de factos-base previstos em normas substantivas - *v.g.* a presunção de paternidade prevista no art. 1871º do Cód. Civil, ou a presunção de laboralidade prevista no art. 12º do Cód. Trabalho - situações em que a formação da presunção pressupõe a verificação cumulativa de vários factos-base. *Supra*, ponto 2.1.1.

¹⁸⁹ PEDRO MÚRIAS, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, 2000, p. 36 e ss. entende que existem situações, por si enumeradas, onde não se verifica a coincidência entre ónus de alegação e ónus da prova.

dispensado de realizar a respectiva prova, cabendo a mesma, em resultado da inversão, à contraparte, tendo esta a incumbência de demonstrar em juízo a verificação de um *facto em contrário ao facto presumido*, conforme se desenvolverá mais adiante¹⁹⁰.

Já no que concerne à matéria de facto subjacente ao facto-base da presunção, ónus de alegação e prova coincidem plenamente. Assim, à parte favorecida pelos seus efeitos, para que a presunção funcione, terá de, primeiramente, alegar tal factualidade, e num momento posterior, em fase de instrução, incumbe-lhe ainda realizar a respectiva prova¹⁹¹.

Quanto ao conteúdo da matéria factual respeitante aos factos-base da presunção em causa, importa desde logo apurar questões respeitantes à sua *suficiência quantitativa*, isto é, saber se a lei ao prever a possibilidade de se provar certa realidade de forma indirecta, por meio de presunção, se exige que se prove uma pluralidade de indícios, ou se, ao invés, basta a prova de um só indício para que a presunção se consolide. Nesta temática importa desde logo fazer a distinção entre *presunções monobásicas*¹⁹² - ou seja aquelas em que a norma presuntiva se pode fundar num único facto-base - e *presunções polibásicas*¹⁹³ ¹⁹⁴- em que a

¹⁹⁰ *Infra*, ponto 4.2.3.

¹⁹¹ Como tem sido o entendimento jurisprudencial neste domínio. *Cfr.* Ac. STJ de 22-04-2009 (Processo nº 08S3045, Relator: VASQUES DINIS), de 20-03-2014 (Processo nº 783/11.2TBMGR.C1.S1, Relator: MOREIRA ALVES), de 12-05-2010 (Processo nº 1394/06.0TTPNF.P1.S1, Relator: PINTO HESPANHOL), de 31-01-2017 (Processo nº 440/12.2TBCL.G1.S1, Relator: LIMA GONÇALVES); TRL de 11-02-2015 (Processo nº 4113/10.2TTLSB.L1-4, Relator: ALDA MARTINS); TRC de 17-11-2009 (Processo nº 357/05.7TBNDN-B.C1, Relator: FRANCISCO CAETANO), de 08-05-2012 (Processo nº 716/11.6TBVIS.C1, Relator: ARTUR DIAS), de 19-11-2015 (Processo nº 495/14.5TTLRA.C1, Relator: PAULA DO PAÇO), de 08-11-2016 (Processo nº 2153/16.7T8VIS.C1, Relator: FONTE RAMOS); TRP de 09-02-2015 (Processo nº 597/13.5TTMAI.P1, Relator: MARIA JOSÉ COSTA PINTO).

¹⁹² Por exemplo, as presunções que se fundam pela por certa prova documental - *v.g.* documento de quitação respeitante às presunções de cumprimento previstas no art. 786º nº1, nº2 Cód. Civil, ou documento de registo predial relativamente à presunção decorrente do registo prevista no art. 7º do Cód. Registo Predial.

De sublinhar que quanto às presunções de cumprimento, mediante documentos de quitação (facto-base), apenas nas presunções previstas no art. 786º pode operar a presunção mediante documento particular: "*Fora das presunções previstas no artigo 786.º do Código Civil, o valor probatório da quitação é o do documento onde está consubstanciada. 2. Estando consubstanciada em documento particular, a exactidão do respectivo conteúdo escapa sempre à prova plena*". Ac. STJ de 16-10-2008 (Processo nº 08B2668, Relator: JOÃO BERNARDO); Ac. TRG de 19-06-2014 (Processo nº 1318/12.5TBVCT-E.G1, Relator: MARIA LUÍSA RAMOS).

¹⁹³ São exemplos típicos os "catálogos legais de indícios" - *v.g.* arts. 1871º CC (presunção de paternidade), art. 12º Cód. Trabalho (presunção de contrato de trabalho).

presunção tipicamente se funda numa pluralidade de factos-base. Neste domínio não existe qualquer norma que determine ou regule a quantidade de indícios suficientes para a formação da presunção. A solução a dar a tais situações deverá ser casuística, tendo em conta a norma concreta que esteja em causa e as próprias particularidades da situação *sub judice*, tendo como única condição para a formação da presunção que o(s) facto(s)-base da presunção seja devidamente provado, ou seja, seguindo a letra da lei (art. 349º CC), que seja *conhecido* pelo tribunal. A partir desse momento, é a própria que tendo estabelecido *à priori* o nexó lógico com o facto presumido, impõe tal conclusão presuntiva pela verificação de um outro facto, o *facto presumido*.

Outra importante nota a sublinhar, é a devida distinção entre *presunções polibásicas de multiplicidade de indícios sobre o mesmo facto-base*. As primeiras são as presunções que se fundam sob a verificação de uma pluralidade de indícios¹⁹⁵, os segundos são situações indiciárias plurais, em face das quais, feita a respectiva prova, resulta a demonstração de um único facto-base, existindo muitos casos onde coexistem as duas modalidades: por exemplo no caso das presunções de laboralidade e de paternidade (presunções tipicamente polibásicas), em que, cada um dos factos-base elencados poderá ser demonstrado através de vários outros factos, cuja conjugação, resultará na prova desse único facto-base.

Exemplo de multiplicidade de indícios sobre o mesmo facto-base é a presunção da titularidade do direito pela posse (art. 1268º nº1 CC), que se afigura enquanto presunção monobásica (o facto conhecido a que se reporta a lei enquanto base da presunção), sendo que neste caso o facto-base será unicamente a

¹⁹⁴ No caso dos contra-indícios catalogados, merecem especial atenção pelas suas particularidades os factos elencados no art. 1371º nº3 CC, que legalmente se apresentam enquanto "*sinais que excluem a presunção de compropriedade*", ou seja, factos que, caso sejam demonstrados (pode bastar a demonstração de um deles), inviabilizam o efeito presuntivo (compropriedade). Apresentam-se assim com uma característica peculiar: por um lado inviabilizam a presunção de compropriedade, enquanto factos indiciadores de uma outra "presunção atípica" - a presunção de propriedade sobre as zonas contíguas do imóvel.

Como consequência dessa natureza *híbrida*, resulta que tais indícios tanto podem servir como defesa face a uma presunção (de compropriedade), funcionando aqui enquanto *contra-indícios* inviabilizadores de uma presunção. Do mesmo modo também podem ser utilizados tais *sinais* enquanto factos-base de presunção de propriedade sobre partes contíguas, podendo por esta via a parte beneficiada pela presunção fundar a sua pretensão (propriedade exclusiva sobre tais partes), com base em tais *indícios*.

¹⁹⁵ Por exemplo as já referidas presunções de laboralidade (art. 12º CT), ou a presunção de paternidade (art. 1871º CC), esta que, atenta a suas particulares características será objecto de análise mais adiante, *infra*, ponto 4.1.3.1.

posse, a qual poderá ser demonstrada através de vários outros factos demonstrativos da sua existência - elementos da posse¹⁹⁶. Em tais situações, independentemente da quantidade de factos demonstrativos do *facto-base*, o que importa é que este resulte provado, é a esse facto que nos referimos enquanto *facto-base*.

Em regra, não existe qualquer determinação legal que impossibilite a parte que se faça valer de uma presunção legal em seu benefício, de a sustentar com um único *facto-base*, pelo que, fazendo-o, a nosso ver, nada obsta ao prosseguimento da acção nem à eventual procedência da sua pretensão, caso tal facto seja devidamente provado e tenha força persuasiva bastante¹⁹⁷. Não obstante o exposto, logicamente quantos mais factos-base o beneficiado pela presunção alegue (e prove), mais probabilidades de sucesso terá.

Contudo, existem situações excepcionais face à regra (geral) da suficiência da presunção monobásica. É o caso dos *catálogos de indícios* legalmente previstos. São exemplos a presunção de laboralidade prevista no art. 12º do Cód. do Trabalho, a presunção de insolvência prevista no art. 20º do CIRE¹⁹⁸, a presunção de paternidade prevista no art. 1871º do Cód. Civil. Ainda que as normas em causa nada refiram quanto à quantidade de indícios suficientes para a consolidação da presunção, a jurisprudência tem fixado tais critérios nalgumas situações¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Acerca dos elementos constitutivos da posse (matéria indiciária da presunção), *vide* Ac. TRP de 23-01-2017 (Processo nº611/13.4TBFLG.P1, Relator: JORGE SEABRA).

¹⁹⁷ Salvo algumas excepções seguidamente indagadas, a parte prejudicada pelo efeito presuntivo não se poderá defender com o único argumento da existência de um só indício que seja suficiente para a consolidação da presunção. Seguindo as palavras oportunas de J. SEOANE SPIEGELBERG, *os indícios se pesam e não se contam*. *Cfr. La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Disposiciones Generales y Presunciones*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 360, *apud*. L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.* p. 31.

¹⁹⁸ A propósito da análise e natureza dos factos-índice previstos no art. 20º nº1 CIRE, *vide*, MANUEL REQUICHA FERREIRA, *Estado de Insolvência*, in, *Direito da Insolvência*, Estudos, Coordenação: Rui Pinto, AA.VV., Coimbra Editora, 2011, pp. 131-375, pp. 317 e ss.

¹⁹⁹ No que concerne à *presunção de laboralidade* a jurisprudência tem fixado como limite mínimo para a formação da referida presunção, a demonstração de pelo menos dois dos factos-base elencados na norma. *Cfr.* Acórdãos STJ de 02-07-2015 (Processo nº 182/14.4TTGRD.C1.S1, Relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS), e de 08-10-2015 (Processo nº 292/13.5TTCLD.C1.S1, Relator: ANA LUÍSA GERALDES); TRC de 10-07-2013 (Processo nº 446/12.1TTCBR.C1, Relator: AZEVEDO MENDES) e de 26-09-2014 (Processo nº 160/14.3TLRA.C1, Relator: RAMALHO PINTO); TRP de 10-10-2016 (Processo nº 434/14.3TTVNG.P1, Relator: ANTONIO JOSÉ RAMOS).

De forma diversa se processa o tratamento da *presunção de insolvência* prevista no art. 20º CIRE, em que basta a demonstração de um dos factos-base “catalogados”, o que resulta da própria norma ao prever que para a formação da presunção basta a demonstração de “*algum ou alguns dos factos índice (...)*”. – Acórdãos TRC de 08-11-2016 (Processo nº 2153/16.7T8VIS.C1, Relator: FONTE RAMOS) e de 08-05-2012 (Processo nº716/11.6TBVIS.C1, Relator: ARTUR DIAS). Ainda assim, uma

Ainda no domínio dos “catálogos de indícios”, importa salientar que a jurisprudência tem seguido o entendimento que a apreciação e valoração de tais factos-base deve ser feita num *contexto global* e não de forma isolada (indício por indício *per si*), tendo em linha de conta a concreta situação *sub judice* evidenciada pelo conjunto de indícios no seu todo²⁰⁰, entendimento que nos parece o mais adequado, pela própria natureza das presunções²⁰¹.

Importa ainda sublinhar que nada impede que a parte interessada no efeito presuntivo de alguma norma da qual possa beneficiar, em certas situações, possa cumular vários fundamentos para a sua pretensão, apresentando *fundamentos cumulativos*²⁰² para a mesma. Hipótese em que baseará o seu pedido, por um lado em matéria factual relacionada com o próprio facto “presumido”, tentando fazer prova directa do mesmo, por outro, em matéria factual indiciária (e, portanto, diversa do facto presumido), tendo por base alguma presunção legal em seu benefício. Para o efeito, terá de alegar factos relativos quer ao próprio facto “presumido”, mediante prova directa do mesmo, cumulando com tal matéria,

vez que a apreciação da matéria de facto neste caso é feita num *contexto global*, e casuístico, tendo em conta os circunstancialismos específicos da situação, quantos mais forem os indícios levados a juízo maior será a probabilidade de procedência da pretensão. Deste modo torna-se aconselhável que também aqui, a parte alegue desde logo (por se tratar de matéria sujeita ao tratamento dos factos essenciais), todos os indícios que tenham ocorrido.

²⁰⁰ - Acerca da *presunção de laboralidade*: Acórdãos STJ de 17-05-2007 (Processo nº06S3406, Relator: VASQUES DINIS), de 03-03-2010 (Processo nº 4390/06.3TTLSB.S1, Relator: SOUSA GRANDÃO), de 12-09-2012 (Processo nº 247/10.4TTVIS.C1.S1, Relator: FERNANDES DA SILVA), de 15-01-2014 (Processo nº 32/08.0TTTSC.S1, Relator: MÁRIO BELO MORGADO), de 02-07-2015 (Processo nº 182/14.4TTGRD.C1.S1, Relator: ANTÓNIO LEONES DANTAS), de 08-10-2015 (Processo nº 292/13.5TTCLD.C1.S1, Relator: ANA LUÍSA GERALDES), e de 09-03-2017 (Processo nº 254/14.5T8MTS.P1.S1, Relator: RIBEIRO CARDOSO).

- Acerca da *presunção de paternidade*: Acórdãos STJ de 06-05-1997 (Processo nº 96A844, Relator: FERNANDES MAGALHÃES), de 18-02-2015 (Processo nº 4293/10.7TBSTS.P1.S1, Relator: FONSECA RAMOS), e TRC de 29-09-2009 (Processo nº 405/05.0TBSAT.C1, Relator: MARTINS DE SOUSA).

- No caso da *presunção de insolvência* prevista no art. 20º do CIRE, os indícios catalogados também são valorados num contexto circunstancial orientado para a possibilidade vs impossibilidade do devedor cumprir as suas obrigações vencidas, sendo que neste caso não basta um qualquer incumprimento, mesmo que tal facto (base) seja provado, a presunção só funciona caso, o(s) facto(s)-base provado(s) sejam reveladores de uma impossibilidade de cumprimento *generalizado* pelo devedor das suas obrigações vencidas. *Cfr.* Acórdãos TRL de 09-07-2009 (Processo nº 1122/07.2TYLSB.L1-2, Relator: EZAGÜY MARTINS), de 12-05-2009 (Processo nº 986/08.7TBRM.L1-7, Relator: TOMÉ GOMES), de 04-12-2014 (Processo nº 877/13.0YXLSB.L1-6, Relator: ANTONIO MARTINS); TRC de 18-10-2011 (Processo nº 4261/10.9TJCBR-A.C1, Relator: FONTE RAMOS), de 08-05-2012 (Processo nº 716/11.6TBVIS.C1, Relator: ARTUR DIAS), de 08-11-2016 (Processo nº 2153/16.7T8VIS.C1, Relator: FONTE RAMOS); TRG de 08-05-2014 (Processo nº 910/13.5TBVVD-G.G1, Relator: JORGE TEIXEIRA).

²⁰¹ *Supra*, ponto 1.2.

²⁰² *Cfr.* Acórdão STJ de 31-01-2017 (Processo nº 440/12.2TBCL.G1.S1, Relator: LIMA GONÇALVES); A. VARELA, *Manual ...*, p. 668.

factos-base da presunção que pretenda beneficiar, podendo assim provar um certo facto jurídico, quer por via *directa*, quer *indirecta* através de presunção. Tal opção pode ser vantajosa em casos em que a prova directa de um certo facto jurídico possa acarretar algumas dificuldades, tendo assim a parte a possibilidade de se socorrer da presunção, caso não consiga demonstrar directamente o facto presumido²⁰³.

Nesta hipótese, contrariamente ao que acontece nas presunções judiciais, em que os factos-base das mesmas se afiguram enquanto *factos instrumentais*, e nessa medida, sujeitos aos poderes de cognição do juiz, não necessitando de alegação.

Já na circunstância de um pedido com fundamentos cumulativos, em que um deles se baseie nalguma presunção legal, estarão sujeitos ao ónus de alegação também os factos-base da presunção em causa, uma vez que, como se indagou, estamos perante matéria factual que deverá ser tratada enquanto *factos essenciais*.

Existem, contudo, situações onde, ainda que se invoquem fundamentos cumulativos para a mesma causa de pedir, os fundamentos relativos a presunções legais podem perder a relevância face à possibilidade de provar directamente o facto presumido, como é o caso da presunção de paternidade prevista no art. 1871º do Cód. Civil, como se verá em seguida a título exemplificativo de todo o exposto.

4.1.3.1 Algumas questões de análise partindo do exemplo da paradigmática (e “desactualizada”?) presunção de paternidade

A presunção de paternidade prevista no art. 1871º do Cód. Civil resulta da Reforma do Código Civil de 1977 como forma de reacção legislativa face a situações onde o investigador, em acções de investigação da paternidade se encontrava numa posição bastante fragilizada quanto ao ónus de prova da filiação biológica do pretenso progenitor, uma vez que na década de 70 a ciência não dispunha ainda dos meios actuais de determinação da paternidade. À data, ainda não existindo a possibilidade de recurso ao ADN a prova directa do vínculo biológico acarretava sempre bastantes dificuldades e poucas certezas, em desfavor

²⁰³ Conforme se concretizará numa perspectiva prática através da análise de uma presunção em concreto. Infra, ponto 4.1.3.1.

do investigador, cujo ónus da prova lhe cabia, ficando numa posição (probatória) bastante fragilizada, o que colocava em causa a legítima tutela do seu direito (ao reconhecimento da paternidade).

Assim, através da consagração desta presunção legal facilitou-se a acção do investigador, podendo demonstrar o vínculo de paternidade mediante prova indirecta, assentando a sua pretensão nos factos indiciários legalmente estabelecidos que servem de base à presunção de paternidade. Foi esta a *ratio* que deu causa à consagração da presunção de paternidade prevista no art. 1871º do Cód. Civil²⁰⁴.

Os fundamentos desta acção podem assumir várias feições e inerentes vicissitudes. O investigador pode delinear os fundamentos da sua pretensão numa de três possibilidades com particularidades distintas:

- a) - Fundamenta a sua pretensão (unicamente) com base na presunção prevista no art. 1871º do Cód. Civil (pela via *indirecta* subjacente aos *indícios da relação biológica – via presuntiva*), cabendo-lhe então o ónus de alegação e respectiva prova do(s) indício(s) previstos na norma em causa, indícios esses que se assumem enquanto causa de pedir²⁰⁵ e nesse sentido sujeitos ao tratamento dos factos essenciais²⁰⁶; ou,
- b) - Fundamenta a sua pretensão à margem da presunção, unicamente pela via *biológica*, tendo como causa de pedir o facto jurídico procriador (*procriação biológica*), cabendo então ao investigador a *prova directa* de tal facto²⁰⁷; ou,
- c) - Fundamenta a sua pretensão com base em *fundamentos cumulativos*²⁰⁸, fundando a sua pretensão pela *via presuntiva* e pela *via biológica*, numa *causa de*

²⁰⁴ Existindo apenas o estudo de características genéticas detectadas por via serológica, por via electroforética e ainda o estudo de antigénios de histocompatibilidade (sistema HLA), não sendo possível, como hoje é, a afirmação de uma dada filiação (com recurso ao ADN), mas somente a negação da filiação em questão, sendo deste modo as conclusões retiradas dos exames (apenas) pela negativa. Mesmo assim, a margem de sucesso não era como a actual, que chega aos 99,99% mas apenas de uns meros 90%. Cfr. JOÃO MACHADO CRUZ, *Possibilidades actuais da investigação da filiação e sua efectivação em Portugal: nota informativa à magistratura portuguesa*, in BMJ nº333, 1984, pp.5-11. A este propósito vide ainda, CARLOS LOPES DO REGO, *O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, p. 781 e ss.

²⁰⁵ Cfr. Ac. STJ de 24-05-2012 (Processo nº 69/09.2TBMUR.P1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA), TRP de 12-12-2011 (Relator: ANA PAULA AMORIM).

²⁰⁶ Cfr. ponto 3.1.2; Ac. TRL de 12-05-2016 (Processo nº 272/13.0YXLSB.L1-2, Relator: EZAGÜY MARTINS).

²⁰⁷ Sendo o meio adequado a prova pericial através de exames de ADN.

pedir mista (ou complexa)²⁰⁹, assumindo-se nesta hipótese como causa de pedir unitária o *facto naturalístico da procriação biológica*²¹⁰, podendo tal facto ser demonstrado de forma directa, através dos exames hematológicos ou outros métodos cientificamente comprovados a que alude o artigo 1801.º CC, ou de forma indirecta através do recurso às presunções legais estabelecidas no artigo 1871.º CC.

Cada uma das três hipóteses possíveis apresenta particularidades diversas no que concerne às implicações no campo da matéria de facto e respectiva prova. Como ponto de partida importa desde logo analisar a questão central neste domínio, a qual, a nosso ver, é o elemento diferenciador quanto às possíveis variantes probatórias e inerentes vicissitudes: a *causa de pedir* e as suas repercussões no âmbito da presunção em causa, dando seguimento à posição adoptada quanto ao *critério da substanciação* da causa de pedir em matéria de presunções legais²¹¹. Vejamos em maior detalhe cada uma das hipóteses.

a) *Fundamentos unicamente baseados na via presuntiva*

Quanto à primeira hipótese – em que o investigador fundamenta a sua pretensão unicamente pela *via indirecta*, com base na presunção prevista no art. 1871º do Cód. Civil. Seguindo o critério da substanciação os indícios previstos na norma em causa, tendo consagração legal, estamos perante uma previsão normativa, por via da qual, se transformam tais situações concretas (indícios) em factos fundamentadores em concreto da pretensão em juízo – o reconhecimento da paternidade, enquanto conclusão jurídica. É a própria lei que impõe tal conclusão, dispensando o investigador da prova (por via directa) do *facto naturalístico da procriação biológica*, que se assume enquanto facto presumido, cabendo ao investigador alegar e provar factos indiciários (diversos daquele) previstos na norma, segundo as regras específicas da prova por presunção.

²⁰⁸ Nada obsta que o autor invoque dois ou mais fundamentos em abono da sua pretensão, ou até duas ou mais causas de pedir, cabendo ao Juiz pronunciar-se sobre as mesmas, como ensinou ANTUNES VARELA, *Manual...*, p. 668.

²⁰⁹ *Cfr.* Acórdãos STJ de 24-05-2012 (Processo nº 69/09.2TBMUR.P1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA), e de 31-01-2017 (Processo nº 440/12.2TBCL.G1.S1, Relator: LIMA GONÇALVES).

²¹⁰ *Cfr.* LOPES DO REGO, *O Ónus da Prova ...*, p. 781.

²¹¹ *Supra*, ponto 3.2.2.

É sobre esses factos indiciários, “legalmente abrigados” na norma em causa que o autor funda a sua pretensão. Tais situações factuais indiciárias têm o *valor técnico-jurídico de factos operativos de presunções legais de paternidade*²¹². É sobre esses factos que o investigador fundamenta factualisticamente a sua *causa de pedir*, competindo-lhe provar (e previamente alegar) tais situações que se assumem como os factos-base da presunção, estando por esta via dispensado de provar, o facto presumido – a filiação biológica.

Através da consagração desta presunção legal facilitou-se a acção do investigador, podendo demonstrar o vínculo de paternidade mediante prova indirecta, assentando a sua pretensão nos factos indiciários legalmente estabelecidos que servem de base á presunção de paternidade, cabendo-lhe o ónus de alegar e posteriormente provar os factos correspondentes à presunção especificamente invocada (no caso a prevista no art. 1871º nº1 CC)

Contudo, e no seguimento do entendimento *supra* exposto²¹³, atenta a figura da presunção e inerente unidade da sua estrutura, mesmo nesta hipótese, o facto presumido continuará sempre a ser parte integrante da causa de pedir (a par dos factos indiciários), circunstância face à qual cremos que poderá ainda assim conhecer do próprio facto presumido²¹⁴: *é este que é o verdadeiro facto genético do direito/interesse*.

Outra questão que se poderá colocar nesta hipótese²¹⁵, será a eventual circunstância de, tendo o investigador baseado a sua pretensão num dos indícios (v.g. com base na existência de relações sexuais entre investigado e mãe do

²¹² Neste sentido, Acórdãos STJ de 31-03-1993 (Processo nº 082528, Relator: MARIO CANCELA) e de 17-05-2012 (Processo nº 1587/06.0TVPR.T1.S3, Relator: OLIVEIRA VASCONCELOS); GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da Filiação*, Almedina, 1979, p. 155.

²¹³ *Supra*, pontos 2 e 3.2.2.

²¹⁴ Neste sentido, Acórdãos STJ de 15-12-2011 (Processo nº 912-B/2002.C1.S1, Relator: ÁLVARO RODRIGUES), TRP de 24-10-2011 (Processo nº4811/10.0TBMTS-B.P1, Relator: SOARES DE OLIVEIRA), TRL de 17-09-2009 (Processo nº 486/2002.L1-2, Relator: ONDINA CARMO ALVES), TRC de 10-09-2013 (Processo nº 171/10.8TBSAT.C1, Relator: HENRIQUE ANTUNES).

Em sentido contrário, na orientação de que a filiação biológica deve ser provada por presunções: Acórdãos STJ de 24-05-2012 (Processo nº 69/09.2TBMUR.P1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA), seguindo o entendimento explanado nos Acórdãos do STJ de 07-02-1995 (Processo nº 086248, Relator: CURA MARIANO), e de 06-05-1997 (Processo nº 96A844, Relator: FERNANDES MAGALHÃES). Também no mesmo sentido, Acórdãos TRP de 20-10-2005 (Processo nº0534596, Relator: OLIVEIRA VASCONCELOS), TRC de 03-03-2009 (Processo nº 258/2000.C1, Relator: ISABEL FONSECA), TRG de 07-12-2016 (Processo nº3727/13.3TBBCL-A.G1, Relator: ALEXANDRA ROLIM MENDES).

²¹⁵ O mesmo se aplicando em quaisquer outras situações onde estejam em causa situações indiciárias “catalogadas”, como é o caso da presunção de laboralidade ou de insolvência.

investigante – art. 1871º nº1 al. e) CC), se poderá a acção proceder com base num outro indicio não alegado (p.ex. presunção decorrente da fama – art. 1871º nº1 al. a) CC). À primeira vista, denota-se que poderá estar em causa a preclusão de tal facto, vejamos melhor.

Perante o exposto, e tendo em conta o entendimento seguido acerca da natureza jurídica dos factos-base de presunções legais²¹⁶, poder-se-á questionar a sua sujeição ao ónus de alegação e eventual preclusão de tal matéria. A este propósito, cumpre salientar, a natureza *sui generis* dos factos-base de presunções legais, os quais, ainda que tenham natureza instrumental, deverão estar sujeitos ao tratamento dos factos *essenciais*, daí que se possa dizer que estamos perante factos instrumentais “travestidos” de factos essenciais²¹⁷. Em tais situações, à parte que sustente a sua causa sobre alguma presunção legal, cabe-lhe o ónus de alegação dos factos-base da presunção invocada, sobre os quais tenha conhecimento.

Pode, no entanto, dar-se o caso de existir matéria à qual a parte não conheça, ou, não saiba os seus exactos contornos e/ou extensão e seja revelada na fase de instrução (p.ex. através de prova testemunhal), circunstância face à qual, nada obsta a que o juiz considere e decida com base em tal matéria factual²¹⁸. Até porque neste domínio em que a prova é feita através do método presuntivo, estamos perante factos de *natureza intrinsecamente instrumental*, e portanto, de cariz *probatório*²¹⁹, *orientados para a descoberta de um outro facto diverso*, é essa a sua função – demonstrar-se indirectamente um (outro) facto desconhecido – pelo que, não faria sentido desconsiderar matéria indiciária imprescindível para a descoberta de tal facto, que surja na instrução da causa em tais circunstâncias.

Quanto à apreciação dos indícios subjacentes a presunções legais, tem sido entendimento jurisprudencial, que os mesmos não deverão ser apreciados de modo isolado (indício por indicio *per sí*), mas antes num *contexto global*²²⁰, tendo como critério orientador a concreta situação *sub judice* evidenciada pelo conjunto de indícios no seu todo.

²¹⁶ *Supra*, ponto 3.2.

²¹⁷ *Supra*, ponto 3.2.4.

²¹⁸ *Cfr.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, p. 313.

²¹⁹ *Cfr.* LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, p. 173.

²²⁰ *Cfr.* Acórdãos STJ de 06-05-1997 (Processo nº 96A844, Relator: FERNANDES MAGALHÃES). de 18-02-2015 (Processo nº 4293/10.7TBSTS.P1.S1, Relator: FONSECA RAMOS), TRC de 29-09-2009 (Processo nº 405/05.0TBSAT.C1, Relator: MARTINS DE SOUSA).

Ou seja, o efeito jurídico associado pela lei (conclusão presuntiva) não decorre apenas da verificação de algum dos factos índice, isoladamente considerados, mas sim, da apreciação da situação em concreto, no seu todo, não existindo sequer, nem neste caso, nem em qualquer outra presunção legal, qualquer hierarquia quanto à importância dos indícios legalmente fixados. O que reforça a importância do contexto global da situação em concreto, ao que, quantos mais forem os indícios valorados, melhor será o “retrato global” da situação *sub judice* e respectiva decisão.

Importa salientar, que em tais circunstâncias, para que tais indícios que surjam na instrução do processo, possam ser validamente considerados pelo juiz, enquanto *matéria nova*²²¹ que é, terá de ser dada a oportunidade à contraparte de se pronunciar sobre os mesmos a fim de exercer o imprescindível direito ao contraditório.

b) Fundamentos unicamente baseados na via biológica

Quanto à segunda hipótese, em que o investigador fundamenta a sua pretensão unicamente pela via biológica, à margem da presunção, a *causa de pedir* aqui será necessariamente o facto jurídico procriador – a *procriação biológica* – tendo como *pedido* o inerente reconhecimento da paternidade.

Nesta hipótese, tal *facto jurídico fundamentador do pedido* seguirá os normais termos processuais, ou seja, para que a acção possa proceder, tal facto terá de ser previamente alegado, e posteriormente provado. Quanto às presunções contidas no art. 1871º CC, estando tal matéria sujeita ao tratamento dos factos essenciais, nos termos já explanados²²², entendemos que a consequência nesta hipótese (e em casos análogos) será que a parte que eventualmente poderia beneficiar do efeito presuntivo, não tendo oportunamente alegado tais factos, ficará precludida a inserção de tal matéria factual na causa, a qual assentará assim unicamente no vínculo de procriação biológica, fundamentos diversos da referida presunção. Para a prova da procriação biológica o meio mais adequado e fiável nos dias que correm será a prova pericial através de exames de ADN. A sua recusa e várias vicissitudes nesta temática serão analisados seguidamente, uma vez que aqui não existe

²²¹ Face aos factos contidos nos articulados.

²²² *Supra*, ponto 3.2.

qualquer interacção com o objecto de análise da presente exposição – presunções legais.

c) *Fundamentos cumulativos com base na via presuntiva e simultaneamente pela via biológica*

Nesta hipótese o investigador fundamenta a sua pretensão, com factos respeitantes à via presuntiva (através das situações indiciárias previstas no art. 1871º CC) e simultaneamente à via biológica (onde os exames de ADN assumem papel de relevo), mediante uma causa de pedir complexa²²³ (ou mista), tendo como matéria de fundamento da causa o facto jurídico procriador (*procriação biológica*)²²⁴, e, cumulativamente pelo(s) facto(s)-base previsto(s) na(s) alínea(s) do art. 1871º nº1 CC, que o investigador quer fazer valer, enquanto complemento indiciário da procriação biológica, devendo os *temas da prova* incidir sobre ambas as categorias de factos. Não obstante se estar perante fundamentos cumulativos de uma mesma pretensão, parece-nos que nesta hipótese se estará perante uma causa de pedir unitária^{225 226}. Vejamos.

Tendo tal ação como escopo a atribuição jurídica da paternidade do filho ao progenitor biológico deste, então, o facto de onde emerge tal direito é a procriação biológica ou geração, ao que, a partir do momento em que o investigador alega tal matéria (ainda que também alegue matéria presuntiva), e, sendo possível alcançar tal verdade biológica com recurso a métodos cientificamente comprovados²²⁷, o que no fundo se pretende demonstrar em primeira linha será o próprio facto naturalístico da procriação biológica (filiação biológica).

Sublinhe-se que apesar do facto jurídico procriador se assumir enquanto causa de pedir de acções desta natureza, a circunstância de se alegar e invocar factos constitutivos da presunção legal consagrada pelo artigo 1871º CC, a presunção ou presunções (ou melhor, os seus factos indiciários que lhe servem de

²²³ Cfr. Ac. STJ de 31-01-2017 (Processo nº 440/12.2TBBCL.G1.S1, Relator: LIMA GONÇALVES).

²²⁴ Devendo desde logo o investigador alegar tal matéria factual cumprindo o ónus de alegação que sobre si impende e propor-se a tal prova (directa).

²²⁵ Contrariamente ao que acontece nas situações em que o investigador funda a sua pretensão unicamente em presunções, conforme análise *supra*.

²²⁶ Conforme sublinha LOPES DO REGO, nestas acções a causa de pedir será “o facto naturalístico da procriação biológica do filho pelo réu, a quem a paternidade é imputada, perspectivado como facto natural dotado de relevância jurídica”. Cfr. *O Ónus da Prova...*, p. 781 a 790.

²²⁷ Ao contrário de muitas presunções onde não é possível alcançar com a mesma segurança o próprio facto presumido.

pressuposto) em que o autor se funda *integram*-se na causa de pedir, dela fazendo também parte²²⁸. Note-se que, não obstante a circunstância de se estar perante uma causa de pedir onde se integram vários fundamentos (procriação biológica e matéria indiciária decorrente de presunção), o fundamento principal será sempre a filiação biológica, pelo seu maior grau de precisão e certeza face às presunções, e inerente relação mais directa com o próprio pedido.

Assim, para determinar a causa de pedir nas acções de investigação de paternidade há que distinguir as acções chamadas de "bica aberta" (filiação biológica) daquelas que se baseiam unicamente numa das situações indiciárias previstas nas alíneas do nº1 do art. 1871º do Código Civil. Nas primeiras, independentemente de poderem também existir fundamentos indiciários, a causa de pedir, o fundamento primordial da pretensão da filiação, são os laços de filiação, a procriação, o facto biológico da fecundação - é este o seu verdadeiro *fundamento real*, empírico, ou factual que é preciso alegar e provar²²⁹. Prova essa que se impõe realizar, nomeadamente, através de exames de sangue ou de quaisquer outros métodos cientificamente comprovados (nos termos do art. 1801º nº2 CC).

Nestas situações, no estado actual da ciência, o exame pericial de ADN constitui a forma mais fiável para a descoberta da verdade através da demonstração do estabelecimento do vínculo biológico²³⁰, ao invés de matéria indiciária que apenas implica a presunção da paternidade²³¹, *enquanto a prova do ADN traduz a certeza judiciária (quase ontológica) de tal paternidade*²³², o que justifica o papel secundário das presunções perante tal comprovado rigor científico. Sublinhe-se que a decisão sobre a necessidade de realização de exames, caberá à primeira instância ou à Relação, em caso de recurso, e já não ao Supremo

²²⁸ Cfr. Ac. STJ de 25-11-2004 (Processo nº 04B3758, Relator: ARAÚJO BARROS).

²²⁹ Cfr. Ac. STJ de 24-05-2012 (Processo nº 69/09.2TBMUR.P1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA).

²³⁰ Sendo este o entendimento unívoco ao nível da jurisprudência.

Cfr. Acs. STJ de 06-05-2003 (Relator: ALVES VELHO), de 02-02-2010 (Relator: HÉLDER ROQUE), de 23-02-2012 (Relator: BETTENCOURT DE FARIA), de 24-05-2012 (Processo nº 69/09.2TBMUR.P1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA), de 17-05-2016 (Processo nº 8928/11.6TBOER.L2.S1, Relator: PAULO DE SÁ), de 31-01-2017 (Processo nº 440/12.2TBCL.G1.S1, Relator: LIMA GONÇALVES).

²³¹ Na maior parte das vezes associada à tradicional prova testemunhal, apresentando um grau de certeza e segurança muito abaixo da proporcionada pelos exames de ADN, que chega a uma certeza próxima de 100% de fiabilidade. A este propósito, *vide* Ac. TRP de 30-10-2012 (Relator: MÁRCIA PORTELA).

²³² Cfr. Ac. STJ de 15-12-2011 (Processo nº 912-B/2002.C1.S1, Relator: ÁLVARO RODRIGUES).

Tribunal de Justiça que não poderá pronunciar-se sobre a necessidade ou conveniência de tal diligência instrutória, podendo, tão só, dizer se essa realização é legal ou ilegal²³³.

Em face do exposto, ao nível probatório, a consequência lógica será que a prova directa, por meio pericial prevalecerá face à presunção prevista no art. 1871º CC. Assim, por exemplo, caso o investigador não faça a devida demonstração dos indícios relativos à presunção, mas demonstre a própria filiação biológica (através de exames de ADN), a sua causa deverá proceder. A mesma lógica se aplicará na hipótese contrária, caso se demonstrem indícios relativos à presunção, mas os resultados dos exames relativos à filiação biológica se revelem em sentido contrário (não comprovem o vínculo biológico), a decisão deverá acompanhar tais conclusões periciais, improcedendo a causa²³⁴. Nisto se traduz a própria *gênese subsidiária* subjacente às presunções, tendente a suprir situações onde não seja possível alcançar de modo directo certo facto, ao que, a partir do momento em que seja possível demonstrar directamente tal factualidade, as presunções passarão a ocupar um papel secundário na causa.

Perante o exposto a pertinente questão que se colocará, e se coloca efectivamente na prática judicial, será a eventualidade da não realização dos exames pela recusa²³⁵ do investigado em se sujeitar aos mesmos, partindo do princípio que o dever de cooperação processual não pode implicar a realização coerciva dos aludidos exames, como tem sido o entendimento dominante^{236 237}, o

²³³Cfr. Acs. STJ de 18-04-1994 (Relator: ARAÚJO RIBEIRO) e de 15-12-2011 (Processo nº 912-B/2002.C1.S1, Relator: ÁLVARO RODRIGUES).

²³⁴ O mesmo princípio se deverá aplicar em quaisquer outras situações análogas: no confronto entre a demonstração por via indirecta e directa esta última deverá sempre prevalecer, tendo em conta a *gênese subsidiária* da prova por presunções. Cfr. *supra*, ponto 1.1.

²³⁵ A qual tem sido considerada ilegítima. Cfr. LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA, RUI PINTO, *Código*, vol. II, p. 411. No mesmo sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 19, RUI RANGEL, *ob. cit.* p. 300. Ao nível jurisprudencial, *vide* todos os acórdãos identificados nas notas 239 e 240, seguindo o entendimento do Tribunal Constitucional quanto à admissibilidade da realização de exames de ADN em tais situações – Cfr. Ac. TC 401/11.

Contudo, ainda que a realização de tais exames seja considerada admissível, não poderão os mesmos ser impostos coercivamente, considerando o Tribunal Constitucional no seu acórdão nº 616/98 de 21-10-1998 que tais exames forçados, reconduzem-se a ofensa à integridade física. A este propósito *vide* Ac. do STJ, de 11-01-2001, em *Revista do Ministério Público*, nº85, pág.159, ainda, Ac. TRP de 15-12-2010 (Processo nº 3264/08.8TBVCD-A.P1, Relator: CRISTINA COELHO).

Em sentido contrário, sustenta-se que tal sujeição aos exames se revela necessária para o exercício de um outro direito constitucional – o direito à identidade pessoal do investigador que, tal como está consagrado no artigo 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa abrange, não apenas o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, enquanto conhecimento da

qual partilhamos. Se assim é, resta analisar qual a consequência face à recusa injustificada de realização de tal prova que se mostra fundamental nestas acções.

Acerca desta eventualidade, sob a epígrafe *Dever de cooperação para a descoberta da verdade*, prevê o art. 417º n.º2 CPC que: “*Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil*”. Para a análise que agora nos interessa importa indagar as duas consequências possíveis previstas na segunda parte da norma: Assim, a consequência pela recusa injustificada de sujeição²³⁸ a exames de ADN pelo investigado, deverá consistir na *livre apreciação pelo julgador* de tal conduta, ou deverá antes passar pela *inversão do ónus da prova ao abrigo do art. 344º n.º2 CC ?*

Ao nível da jurisprudência o entendimento face a esta questão em concreto não tem sido unívoco, por um lado existe uma posição jurisprudencial (maioritária) no sentido de se aplicar a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º n.º2 CC em tais situações²³⁹. Por outro lado, entende-se que a consequência passará pela livre apreciação do julgador²⁴⁰. Parece-nos que a

identidade dos progenitores, fundamento da acção de investigação de paternidade ou de maternidade. *Cfr.* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4º ed. Revista, Vol. I, 462. Ao nível da jurisprudência, *cfr.* Ac. STJ de 11-03-1997 (Processo nº 96A901, Relator: FERNANDO FABIÃO), TRL de 17-09-2009 (Processo nº 486/2002.L1-2, Relator: ONDINA CARDOSO ALVES).

²³⁷ Via de regra nestes casos “*não é legítima a recusa à realização dos exames hematológicos em acção relativa à filiação (art.º 1801º); mas, tida em conta a tutela dos direitos de personalidade, não é admissível a execução coerciva desses exames.*” *Cfr.* GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 19.

²³⁸ Sublinhe-se que tem sido entendimento jurisprudencial que nestas acções o juiz poderá ordenar oficiosamente a submissão do investigado a exames de ADN. *Cfr.* Acs. STJ de 23-02-2012 (Processo nº 994/06.2TBVFR.P1.S1, Relator: BETTENCOURT DE FARIA), TRL de 17-09-2009 (Processo nº 486/2002.L1-2, Relator: ONDINA CARMO ALVES), TRC de 23-06-2009 (Processo nº 1000/06.2TBCNT.C1, Relator: TELES PEREIRA).

²³⁹ Neste sentido, Acs. STJ de 23-09-2008 (Processo nº 08B1827, Relator: SERRA BAPTISTA), de 23-02-2012 (Processo nº Processo nº 994/06.2TBVFR.P1.S1, Relator: BETTENCOURT DE FARIA), de 16-10-2012 (Processo nº 194/08.7TBAGN.C1.S1, Relator: GARCIA CALEJO), de 17-05-2016 (Processo nº 8928/11.6TBOER.L2.S1, Relator: PAULO DE SÁ); TRG de 13-03-2012 (Processo nº 331/09.4TCGMR.G1, Relator: ANA CRISTINA DUARTE) e de 24-04-2014 (Processo nº 297/08.8TBPVL.G2, Relator: ISABEL ROCHA).

²⁴⁰ Neste sentido, Acs. STJ de 04-10-1994 (Processo nº 085563, Relator: MARTINS DA COSTA), de 23-10-2007 (Processo nº 07A2736, Relator: MÁRIO CRUZ), de 02-02-2010 (Processo nº 684/07.9TBCBR.C1.S1, Relator: HELDER ROQUE); TRP de 19-06-2012 (Processo nº 530/10.6TVPRT.P1, Relator: MÁRCIA PORTELA), TRC de 10-09-2013 (Processo nº 171/10.8TBSAT.C1, Relator: HENRIQUE ANTUNES).

resposta a dar em tais situações não deverá ser linear, ou seja, cada uma das possibilidades cominatórias deverá ser articulada com os concretos elementos probatórios que existam no processo, tendo em conta a sua natureza e “suficiência”. Vejamos melhor.

Desde logo, há que analisar quais as repercussões probatórias da recusa, como refere LOPES DO REGO²⁴¹:

«a) Se a recusa tiver tomado impossível a prova à outra parte, sobre quem recaía o ónus probatório de certo facto (v. g. a diligência probatória culposamente frustrada recaía obre matéria de facto absolutamente essencial, que só podia ser demonstrada por esse meio, já que o onerado não dispõe de outros meios de prova que, em concreto, demonstrem o facto) ocorre inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344.º, n.º 2 do CC.

b) Se não for assim — isto é, se a recusa não implicar aquela impossibilidade de o onerado provar facto absolutamente essencial à acção ou à defesa — deverá o tribunal apreciar livremente o valor probatório da recusa (nomeadamente, dela inferindo que a parte, ao menos no plano subjectivo, receava seriamente o resultado daquela diligência)».

Ou seja, seguindo este entendimento do qual sufragamos, a recusa de colaboração da parte, quando não implique impossibilidade de prova, é livremente apreciada pelo tribunal (art.º 417º n.º2 CPC 2ª parte do CPC). Perante o exposto, importa apurar qual o alcance e repercussões da impossibilidade²⁴² de prova.

Neste seguimento importa desde logo sublinhar que um exame de ADN é um meio de prova (pericial) directa, ao passo que os indícios previstos no art. 1871º n.º1 CC não o são, situam-se no domínio da prova por presunções, portanto, indirecta. Deste modo uma parte quando funda a sua pretensão em fundamentos cumulativos²⁴³ incumbe-lhe a prova tendente à demonstração de toda aquela matéria factual, quer indiciária, quer biológica, sendo sobre tais factos que incidem os *temas da prova*. Ainda que entendamos que em caso de conflito entre os

²⁴¹ Cfr. *Comentários...* vol. I, p. 455.

²⁴² Sendo que nestes casos a frustração da prova, exige, além da sua impossibilidade, a ilicitude e a culpa (em qualquer das suas modalidades) da parte nessa frustração. Cfr. Ac. TRC de 10-09-2013 (Processo nº 171/10.8TBSAT.C1, Relator: HENRIQUE ANTUNES).

²⁴³ Neste caso com factos respeitantes à via presuntiva através das situações indiciárias previstas no art. 1871º CC, e simultaneamente, à via biológica, onde os exames periciais de ADN ocupam papel de destaque nesta matéria probatória *específica*.

resultados probatórios respeitantes à factualidade relativa à via biológica²⁴⁴, com os respeitantes à prova indiciária relativa às presunções, devam prevalecer os primeiros, isso não significa que a prova tenha de ser feita unicamente pela via biológica.

Por outras palavras, a circunstância do investigado se recusar a realizar exames de ADN, não determina por si, a impossibilidade de prova ao onerado, na medida em que o poderá fazer com o recurso às presunções, cuja matéria indiciária também se inclui no *thema probandum*, estando o alegante igualmente onerado com a demonstração de tais factos-base.

Destarte, parece-nos que não se verificando o requisito de impossibilidade de prova, não haverá lugar à inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º nº2 CC. Não sendo aplicável tal cominação à recusa injustificada de realização de exames de ADN, resta a outra consequência prevista pelo art. 417º nº2 CPC – *o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios*²⁴⁵.

Pese embora o nosso ordenamento jurídico processual não dispor de uma norma expressa acerca da possibilidade de valorar tais indícios enquanto factos-base de presunções, como acontece noutros ordenamentos²⁴⁶, parece-nos que tal possibilidade está implicitamente consagrada, conforme resulta da conjugação do preceituado no art. 417º nº2 CPC com outros princípios vigentes, nomeadamente o *princípio da cooperação* (art. 7º CPC), *regra dos amplos poderes de cognição do juiz em matéria de factos instrumentais*²⁴⁷ (art. 5º nº2 al a) CPC) e *princípio da aquisição processual*²⁴⁸ (art. 413º CPC).

²⁴⁴ A procriação biológica, demonstrada preferencialmente mediante exames de ADN.

²⁴⁵ Sendo que no âmbito do princípio da livre apreciação da prova, “*não é exigível que a convicção do julgador sobre a validade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma absoluta certeza, raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente probabilidade ou verosimilhança (...)*”. Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, p. 160.

²⁴⁶ Como é o caso do ordenamento jurídico processual italiano, onde se prevê no art.116º do *Code di Procedura Civile*: “*Il giudice puo desumere argomeni di prova dalla risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentir le ispezioni che egli há ordinate e, in generale, dal contegno delle parti nel processo.*”

²⁴⁷ Saliente-se que, ainda que estejamos perante causas respeitantes a presunções legais – em que os factos-base em discussão devam seguir o regime dos factos essenciais nos moldes descritos - este tipo de indícios (endoprocessuais) são factos instrumentais puros, que devem ser apreciados conjuntamente com os factos-base relativos à presunção legal em causa, numa *perspectiva global*.

²⁴⁸ Princípio referido por MUÑOZ SABATÉ para justificar a admissibilidade dos indícios endoprocessuais. Cfr. *Curso de probática judicial*, La Ley, Madrid, 2009, p. 151. Disponível em : <https://www.mucho libros.com/pdfs/capitulos/9788481264579.pdf>

Deste modo, a própria conduta da parte que injustificadamente se recuse a realizar actos tendentes à descoberta da verdade da causa, consubstancia-se num *indício endoprocessual*²⁴⁹, cuja *avaliação deverá ser feita num contexto global*²⁵⁰, conjugando-se com os restantes *indícios pré-constituídos*²⁵¹ relativos às situações previstas na norma presuntiva. Parece-nos que tal solução, não só é a que legalmente cumpre rigorosamente com os requisitos impostos pelas normas em causa como também a que melhor se articula com a própria natureza e exigências da prova por presunções e respectivas vicissitudes.

4.2 Modos de defesa face a presunções relativas

Até aqui analisou-se as várias particularidades e vicissitudes atinentes à invocação de presunções legais em processo civil, sob a perspectiva da parte beneficiada. Nesta parte que agora se inicia, é o momento de indagar sobre os vários modos possíveis da parte prejudicada se defender face às presunções invocadas pela contraparte beneficiada pela presunção, passando assim o objecto de análise a incidir agora, na perspectiva deste sujeito processual prejudicado pelo efeito presuntivo, indagando-se acerca dos vários modos possíveis de exercer a sua defesa e respectivas vicissitudes.

4.2.1 Relação entre a defesa face a presunções legais e o ónus da prova: remissão

No seguimento do entendimento assumido *supra*²⁵², onde se defendeu que a inversão do ónus da prova quando estejam em causa presunções legais, não se opera automaticamente, e bem assim, terá um alcance limitado, apenas se verificando uma *inversão parcial e hipotética*, concluindo-se que, o que estará em causa, não será propriamente e em bom rigor, uma situação de inversão de ónus da prova, mas sim, uma *duplicação do thema probandum*, o que por si, poderá, isso sim, implicar consequências no domínio da inversão do ónus da prova a

²⁴⁹ *Supra*, ponto 2.1.2.

²⁵⁰ A este propósito, *vide, supra*, ponto 2.1.1.

²⁵¹ *Supra*, ponto 2.1.1.

²⁵² Posição assumida e fundamentada no ponto 4.1.2.1, *supra*.

“*jusante*”²⁵³. Matéria para a qual se remete maiores detalhes acerca do entendimento agora seguido.

Partindo agora desta posição previamente assumida, ir-se-á agora analisar os modos de defesa possíveis e respectivas particularidades probatórias do ponto de vista da parte prejudicada pelo efeito presuntivo, começando a análise desde logo, pelas consequências do entendimento acolhido - *repercussões* (sob a perspectiva da parte prejudicada pelo efeito presuntivo) *da duplicação do thema probandum no ónus da prova*.

4.2.1.1 Repercussões da duplicação do *thema probandum* no ónus da prova

Como ponto de partida de análise nesta temática, comecemos pelo teor da regra basilar neste domínio, onde se dispõe no art. 350º n.º2 CC que “*As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário*²⁵⁴, *excepto nos casos em que a lei o proibir*”. Desde logo, atenta a *letra da lei*, o que se prevê é que a ilisão de presunções legais, é feita mediante *prova do contrário*, ao que, atenta a natureza das presunções (prova de um facto através da demonstração de um outro facto diverso), importa desde logo apurar se essa prova do contrário se dirige ao facto presumido, ou ao invés, ao facto presumido, e, sobretudo, em que moldes.

A este propósito entende ANTUNES VARELA²⁵⁵ que a ilisão de presunções legais se realiza através da *prova do contrário*, bem como *contraprova* dirigida ao facto presumido. Por sua vez, RUI RANGEL^{256 257} entende que a defesa em tais situações se fará através da prova do contrário ou do facto-base da presunção, ou do próprio facto presumido. Não perfilhamos de tais entendimentos, senão vejamos.

Conforme se defendeu, o que as presunções implicam, no campo da prova, será uma duplicação do *thema probandum*. Ora, coexistindo dois “campos distintos de prova”, em que um incidirá sobre o facto-base, cujo ónus compete à parte cujo

²⁵³ Ou seja, no domínio da prova do facto presumido.

²⁵⁴ Sublinhados nossos.

²⁵⁵ Cfr. *Manual ...*, p. 504.

²⁵⁶ Cfr. *ob.cit.*, p. 230.

²⁵⁷ No mesmo sentido, subscrevendo integralmente o entendimento do autor, HELENA CABRITA. Cfr. *A Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível*, Coimbra Editora, 2015, p. 201.

facto aproveita (beneficiado pela presunção), segundo as regras gerais (art. 342º nº1, nº2 CC), ao passo que o outro incidirá sobre o facto presumido, no qual se verifica, aqui sim, uma inversão do ónus da prova, cabendo à parte prejudicada pelo efeito presuntivo o ónus da prova (art. 344º nº1 CC). A primeira implicação é que cada um desses *objectos de prova*, sendo distintos, reger-se-ão por regras (probatórias) distintas um do outro.

O primeiro - o campo factual incidente sobre o(s) facto(s)-base da presunção terá por objecto os pressupostos da presunção (matéria factual indiciária), funcionando enquanto “premissas mobilizadoras” da presunção, sem a sua demonstração fica a presunção desde logo inviabilizada “à nascença”, não chegando sequer a operar os efeitos presuntivos, os quais, decorrem da verificação de tais pressupostos factuais, cabendo o ónus da prova de tais factos à parte favorecida pela presunção.

Ora, aplicando-se o regime geral do ónus da prova, aos factos-base da presunção, a consequência será que, igualmente se aplicarão as regras gerais relativas ao modo de impugnação de tais factos, mediante contraprova, caso os factos-base sejam demonstrados através de prova bastante (art. 346º CC), ou, prova do contrário (art. 347º CC), caso os factos-base sejam demonstrados mediante prova plena. Voltamos a sublinhar que, não se verificando neste objecto da prova qualquer desvio ao regime geral, não fará sentido exigir à parte que impugne um facto-base da contraparte, que o faça de um modo mais exigente face ao regime geral. Ou seja, tendo a parte favorecida pela presunção, o benefício/faculdade de fundar a presunção unicamente com base em matéria factual²⁵⁸ indiciária, no campo da *prova bastante*, com as eventuais fragilidades que lhe estão associadas, seria uma patente “desigualdade de armas”, onerar a parte contrária com a rigorosa incumbência da prova do contrário, de tal matéria.

Parece-nos que, em tal circunstância, para inviabilizar os pressupostos da presunção, bastará à parte prejudicada pela mesma, tornar o(s) respectivo(s) facto(s)-base *duvidoso(s)*, em conformidade com o disposto no art. 346º CC, caso a contraparte os tenha demonstrado mediante prova bastante (situação mais frequente).

²⁵⁸ Cuja demonstração, só por si, à partida, lhe é mais favorável que a demonstração do facto presumido.

Além do exposto, temos que, a própria letra da lei ao prever que “As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário (...)”²⁵⁹, parece-nos que tal normativo se, onde se exige a prova do contrário aponta ao facto presumido, desde logo pela circunstância de associar a prova do contrário à ilisão. Vejamos.

O termo *ilisão* provém do latim *illidere*, que significa, “bater contra”; “rebater”; “refutar”; “acabar com alguma coisa provando exatamente o contrário”²⁶⁰, cuja etimologia se reporta, portanto, de modo implícito, a um outro facto através do qual se rebate/refuta outro facto pré-existente. Articulado tal génese etimológica da palavra, com a norma em causa, temos que, a prova em contrário será dirigida, unicamente, ao facto presumido, e não ao(s) facto(s)-base da presunção.

Temos assim, que, em resultado da duplicação do *thema probandum*, se poderá destruir os efeitos presuntivos de dois modos distintos. Por um lado, mediante prévia defesa a “montante”, inutilizando-se desde logo os pressupostos factuais sobre os quais se funda a presunção, através da impugnação do(s) seu(s) facto(s)-base, cabendo à parte prejudicada pelo efeito presuntivo negar tal matéria indiciária, nos termos gerais, ou seja, mediante contraprova caso os factos-base sejam demonstrados por via de prova bastante (cabendo-lhe nesta hipótese o *ónus da contraprova*), ou, mediante prova do contrário, caso os factos-base sejam demonstrados por prova plena (cabendo-lhe nesta hipótese o *ónus da prova do contrário*)²⁶¹.

Já quanto ao segundo objecto da prova, que incidirá sobre o facto presumido, aqui sim, caberá à parte prejudicada pelo efeito presuntivo, cujo ónus se encontra invertido em seu desfavor, negar tal facto, através da prova de facto contrário. Para tal, terá de, primeiramente alegar (*ónus de alegação*), e num segundo momento provar (em resultado da inversão do ónus da prova), factos diversos do(s) facto(s)-

²⁵⁹ Cfr. art. 350º nº2 Cód. Civil.

²⁶⁰ Fontes: *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, 2004, p. 907; *Dicio – Dicionário Online de Português*, disponível em: <https://www.dicio.com.br/illidir/>.

Matéria que será analisada em maior detalhe mais adiante – *infra*, ponto 4.2.3.1.

²⁶¹ No mesmo sentido, PIRES DE SOUSA, ainda que o autor, não fundamente de modo mais esclarecedor a posição assumida. Cfr. *ob. cit.* p. 101-103.

base da presunção, os quais, terão de demonstrar a verificação de um *facto contrário ao facto presumido*, ilidindo deste modo a presunção.

Delineadas que estão as questões prévias e respectivo agrupamento, ir-se-á agora analisar o regime de cada um dos referidos modos de defesa face a presunções legais.

4.2.2 Defesa por Impugnação sobre o(s) facto(s)-base

A impugnação da parte prejudicada pela presunção poderá revestir uma das seguintes modalidades, quando se afirma que tais factos-base não poderão ter o efeito pretendido pela contraparte - *v.g.* quando se afirma que tais factos não se subsumem à presunção legalmente prevista, ou que o efeito jurídico da presunção não será o invocado pela contraparte – estaremos perante uma *impugnação de direito*. Quando se contradiz os factos-base da presunção, articulados na petição, ou contestação²⁶², consoante o caso, estaremos perante uma *impugnação de facto*²⁶³, situação mais frequente, à qual dedicaremos maior atenção, em virtude das suas relevantes implicações práticas no desenrolar da lide e respectivo desfecho.

Assim, do mesmo modo que a parte beneficiada pela presunção tem o ónus de alegar (e depois provar), de *forma substanciada*²⁶⁴ os factos que integram a causa de pedir, onde se incluem os factos-base da presunção invocada²⁶⁵, também a parte prejudicada pelo efeito presuntivo terá a incumbência de *tomar posição definida* sobre tais factos, sobre os quais assenta a pretensão da contraparte – que em termos de matéria factual incide sobre o(s) facto(s)-base da presunção invocada, é sobre esta matéria que incide impugnação. A impugnação de tais factos no

²⁶² Caso a presunção tenha sido invocada pelo réu em sede de defesa por excepção, hipótese que acarretará para o autor, o ónus de impugnação face a tais factos impeditivos, modificativos ou extintivos, subsumíveis a alguma norma presuntiva, cujos efeitos jurídicos desfavorecem a posição e respectiva pretensão do autor.

²⁶³ Impugnação que pode ser directa ou indirecta. Será directa quando a parte prejudicada pela presunção nega o(s) facto(s)-base alegados pela contraparte e indirecta (ou motivada) quando aquela parte aceitando parte dos factos invocados, alega outros (outra versão) que contrariam a verificação do(s) facto(s)-base invocada sobre os quais assente a presunção. Acerca da diferenciação entre impugnação indirecta e defesa por excepção em matéria de presunções, *vide, infra*, ponto 4.2.3.2.

²⁶⁴ *Cfr.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, p. 318.

²⁶⁵ Segundo o entendimento explanado no ponto 3.2.2, *supra*.

momento próprio (que se detalhará mais adiante), *não é uma livre faculdade, mas um ónus processual quanto à sua eventualidade e quanto à sua oportunidade*²⁶⁶.

Desta forma temos que, de igual modo, ao que tem a parte beneficiada pela presunção o ónus de alegar de forma substanciada os factos (base) sobre os quais assenta a sua pretensão, também a contraparte prejudicada pela presunção terá a incumbência de responder a tais factos mediante (ónus de) *impugnação definida*²⁶⁷ sobre os mesmos. Quer isto dizer, que a negação de tais factos não se bastará com uma impugnação genérica e indeterminada²⁶⁸, tendo presente que a não observância de tal exigência acarretará consequências indesejáveis para a parte desfavorecida pela presunção, nomeadamente, a demonstração da matéria indiciária sobre a qual assenta a presunção.

No domínio das presunções legais, a consequência imediata será que o(s) facto(s)-base da presunção alegados, sejam considerados admitidos por acordo, ao abrigo do disposto no art. 574º n.º2 CPC, caso não se verifiquem as limitações à admissão por acordo, decorrentes da referida norma²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfr. RUI PINTO, *ob. cit.* p. 349.

²⁶⁷ Acerca do *ónus de impugnação definida*, vide, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Ónus de Impugnação*, in, *O Novo Processo Civil, Jornadas de Processo Civil – Janeiro de 2014 e Jurisprudência dos Tribunais Superiores Sobre o Novo CPC*, Caderno V, CEJ, Set. 2015, pp. 215-232, pp. 223-230.

²⁶⁸ Acórdãos STJ de 18-12-2003 (Processo nº 03B3894, Relator: FERREIRA DE ALMEIDA), e de 21-03-2012 (Processo nº 2359/06.7TVLSB.L1.S1, Relator: TAVARES DE PAIVA).

Nota: Ainda que os citados Acórdãos se refiram a um período anterior ao actual CPC, onde o termo legal utilizado era ónus de impugnação especificada, temos que tais posições se mantêm adequadas face ao NCPC, ainda que a actual terminologia seja diversa (“(...) *tomar posição definida* (...)”).

²⁶⁹ São três os casos onde não se verifica a admissão por acordo:

- quando os factos não impugnados estiverem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto (hipóteses em que se verifica uma impugnação implícita) – em sede de presunções, por exemplo quando a parte prejudicada pela presunção não impugna o(s) seus facto(s)-base, mas, ao invés invoca factos impeditivos, que estejam “directamente” em oposição com tal matéria factual. “Directamente”, porque, não incidindo sobre o mesmo objecto de prova (incidem unicamente sobre o facto presumido, como se verá mais adiante), não é obrigatório que tenham implicações sobre o *factum probans*. Podendo assim, dar-se o caso, quando tal matéria não tenha qualquer incidência sobre estes, ser o(s) facto(s)-base da presunção considerados admitidos por acordo, mas no entanto, a presunção se encontrar devidamente ilidida.

- quando não seja admissível a confissão sobre os factos não impugnados (o que se verifica nas situações previstas no art. 354º CC) – no que concerne às presunções é o caso da acção de investigação de paternidade, e respectiva presunção prevista no art. 1871º CC, situação em que, não impugnados tais indícios, a declaração de paternidade ao invés de se basear unicamente nos indícios (não impugnados), deverá sustentar-se nos (mais fiáveis) exames de ADN – sobre esta temática, vide, *supra* ponto 4.1.3.1.

dos indícios relativos à presunção de paternidade na respectiva acção de investigação.

- quando os factos não impugnados só puderem ser provados por documento escrito (em situações em que se verifique a exigência legal de documento escrito, nos termos do art. 364º CC) - nesta hipótese, na vertente das presunções, será o caso da presunção decorrente do registo (art. 7º

Assim, a exigência para que a parte prejudicada pela presunção tome *posição definida* quanto aos factos-base alegados pela contraparte, processualmente tratados enquanto essenciais, nos moldes explanados²⁷⁰, obsta a que se faça uma mera negação global, a impugnação terá de se reportar aos concretos factos-base alegados, de modo individualizado. Tal exigência terá especiais implicações no domínio das *presunções polibásicas* e em situações onde se verifique uma *multiplicidade de indícios sobre o mesmo facto-base*, uma vez que em ambos os casos estamos perante uma multiplicidade de indícios, importa, que a parte prejudicada pela presunção, impugne, concretamente, e desde logo, senão todos, pelo menos, o máximo de indícios possíveis²⁷¹.

Relativamente aos factos que a parte prejudicada pela presunção tenha obrigação de conhecer²⁷², impõe-se-lhe que, ao mesmo tempo que impugna tais factos, apresente outra versão dos mesmos, cumprindo deste modo, um outro ónus associado à impugnação – *o ónus de contra-afirmação*²⁷³.

Importa sublinhar que, não obstante a existência dos vários ónus descritos, o ónus da prova quanto aos factos-base das presunções invocadas continua a caber à parte beneficiada pela presunção, nos moldes explanados²⁷⁴, não se verifica qualquer inversão ou alteração neste domínio. O que acontece aqui é antes, o modo, e respectivas exigências que incumbem à parte prejudicada quanto “ao ataque” que deverá exercer sobre os factos-base da presunção, de forma a inviabilizar os seus pressupostos factuais. E para essa inviabilização, conforme já se adiantou²⁷⁵, poderá esta parte demonstrar factos contrários aos indícios (art.

CRPred), em tais situações, o facto-base (registo), terá sempre de ser demonstrado pelo respectivo documento autêntico, independentemente de ter sido impugnado ou não.

²⁷⁰ Caso hajam sido alegados pelo autor, serão tratados enquanto essenciais à *causa de pedir*, caso tenham sido alegados pelo réu em sede de defesa por excepção, estando em causa alguma norma presuntiva cujos efeitos jurídicos o favoreçam, serão igualmente tratados enquanto essenciais, mas nesta hipótese, enquanto factos essenciais à excepção invocada.

²⁷¹ Com especiais implicações onde a prova do(s) facto(s)-base da presunção se forme *num contexto global*, suportado sobre toda uma multiplicidade de indícios. Em tais situações a inviabilização de alguns deles, de maior relevo, poderá colocar em causa toda a sustentação sobre a qual assenta a presunção em causa. A este propósito, *cfr.* notas nº 50 e 199 e 285.

²⁷² Aos que não tenha a obrigação de conhecer bastará a afirmação de desconhecimento do facto.

²⁷³ Por exemplo nos indícios de paternidade, o autor/investigante que alegue ter o pretense pai vivido em x anos, no local y, com a mãe (art. 1871º nº1 al.c) CC), não bastará ao investigado negar tais factos, impõe-se que (contra) afirme onde e com quem viveu durante tal período.

Sobre esta temática, *cfr.* TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões ...*, p.321.

²⁷⁴ Em consonância com o entendimento explanado nos pontos 3.2, 3.2.3 e 4.1.2.1 *supra*.

²⁷⁵ *Supra*, pontos 4.2.1 e 4.2.2.

347º CC), caso a contraparte os demonstre mediante prova plena, ou, “simplesmente” *torná-los duvidosos* (art. 346º CC), caso os indícios sejam demonstrados mediante prova bastante. Daí, alguma exigência em sede de impugnação, que se deverá ordenar à parte prejudicada pela presunção, de forma a “equilibrar” as posições das partes.

Quanto ao momento para a impugnação, deverá ser cumprido o respectivo ónus logo na fase dos articulados²⁷⁶. Em seguida, deverá haver, obrigatoriamente *audiência prévia*²⁷⁷, em virtude da própria natureza *sui generis* das presunções e respectivas implicações no campo da prova. Será neste momento processual, seguido à fase dos articulados, que se deverá discutir, previamente, as posições das partes de forma a delimitar desde logo os *termos do litígio* (art. 591º nº1 al. c) CPC), proferindo o juiz em seguida, e em conformidade com tal delimitação, o *despacho de identificação do objecto do litígio e enunciação dos temas da prova*, nos termos do disposto nos arts. 591º nº1 al. f) e 596º CPC.

Defendendo-se a parte prejudicada pela presunção através da impugnação sobre o(s) facto(s)-base e, cumulativamente, mediante ilisão sobre o próprio facto presumido, os *temas da prova* deverão ter em conta tal duplicação do *thema probandum*, discriminando, e delimitando, de modo individualizado, sobre que factos irá recair a respectiva produção de prova, na fase de instrução.

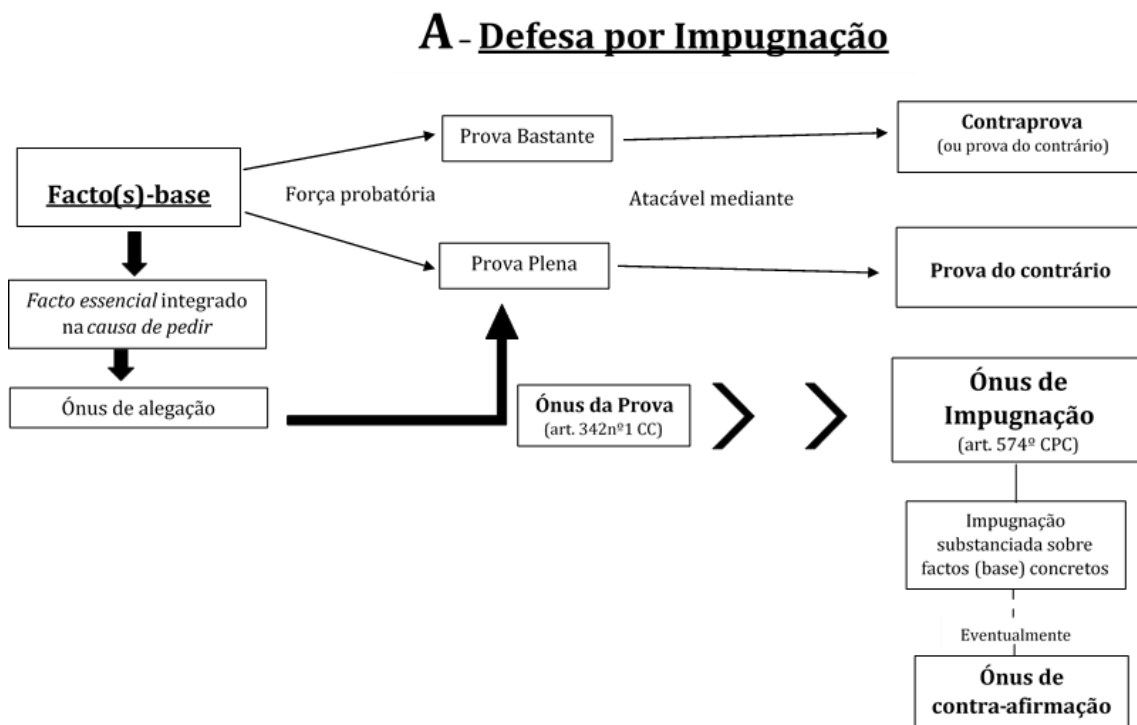
Após a produção de prova, caso sejam dados por provados os indícios que servem de substrato à presunção, enquanto pressupostos factuais dos efeitos jurídicos subjacentes à presunção que são, funcionam enquanto condições de índole factual para a consolidação da presunção, ficando assim reunidos os seus requisitos factuais “que formam a sua base”, a partir da qual, se poderá *firmar o facto desconhecido* (presumido), que a parte favorecida quer ver reconhecido. Em sentido inverso, caso o(s) *factum probans* não seja demonstrado, a presunção invocada “cai pela raiz”, ou seja, estando desprovida de matéria factual, que teria de ser *conhecida*, ou seja, dada por provada, fica desde logo inutilizada por falta de suporte factual.

²⁷⁶ Sob pena de admissão dos mesmos ao abrigo do art. 574º nº2 CPC.

²⁷⁷ Não existindo motivos para a sua dispensa ao abrigo do disposto no art. 593º CPC.

Sublinhe-se que, ainda que a parte prejudicada pela presunção não impugne o(s) facto(s)-base da presunção²⁷⁸ que esteja em causa, nada obsta a que possa ainda assim vir a ter ganho de causa: conforme se adiantou, estamos numa situação *sui generis*, onde existe uma duplicação do *thema probandum*, ao que, os factos-base “apenas” se inserem num dos campos da prova. Destarte, a parte prejudicada pelo efeito presuntivo tem a possibilidade de se “mover” em dois campos de prova, de modo único²⁷⁹, ou cumulativo²⁸⁰. Resta-nos analisar a segunda hipótese de defesa face a presunções – a prova de facto contrário ao presumido.

Esquematizando:



²⁷⁸ Ou impugne, mas ainda assim, da apreciação da prova, resulte provado a matéria factual indiciária sobre a qual assente a presunção.

²⁷⁹ Defendendo-se unicamente por impugnação, no domínio da matéria factual relativa ao(s) facto(s)-base da presunção alegado pela contraparte. Ou, descurando-se de impugnar tal matéria, e centrando a sua defesa apenas sobre “factos novos”, em matéria de excepção, os quais, caso demonstrem um facto contrário ao facto presumido, dar-se-á por ilidida a presunção.

²⁸⁰ Hipótese em que a parte prejudicada pela presunção se defende pelas duas vias, ou seja, por impugnação - sobre o facto-base - e, simultaneamente, por via de excepção - matéria factual que incidirá “directamente” sobre o facto presumido.

4.2.3 Defesa por Impugnação/Excepção(?) sobre o facto presumido

Como temos vindo a referir, a característica central da figura das presunções relativas é a duplicação do objecto da prova que esta figura desencadeia, coexistindo assim, no mesmo processo, dois campos de prova distintos, um incidindo sobre os pressupostos fácticos da figura legal (isto é, sobre o facto-base), outro, que incidirá (se assim for intenção da parte interessada na ilisão) sobre o próprio facto (presumido) que a parte beneficiada pelo efeito presuntivo quer ver reconhecido.

Cada um destes campos de prova tem regimes e características distintas, desde logo, no primeiro, o ónus da prova caberá à parte que invoque a presunção de acordo com a norma geral prevista no art. 342º nº1 CC. No segundo, ao abrigo do art. 344º nº1 CC, o ónus da prova inverte-se, cabendo neste caso o ónus da prova à parte prejudicada pelo efeito presuntivo, cabendo-lhe demonstrar um facto contrário ao presumido.

Assim, provando-se os pressupostos fácticos da presunção em causa, caberá à parte prejudicada pelo efeito presuntivo ilidir a presunção, “atacando” o próprio facto presumido, incumbindo-lhe o ónus de demonstrar que, não obstante a situação fáctica subjacente à realidade do(s) facto(s)-base, o facto presumido não se verifica. Deste modo inviabilizará a consolidação dos efeitos jurídicos de cariz presuntivos, previstos pela norma em causa.

Ao se defender deste modo, pela introdução de “*factos novos*” *impeditivos* do efeito jurídico previsto por determinada norma presuntiva, coloca-se a questão acerca do tipo de defesa que esta parte estará a exercer. Parece-nos que neste campo das presunções legais, estamos num domínio muito peculiar face aos regimes regra, colocando-se a questão acerca do modo de defesa: se esta parte se estará a defender por impugnação indirecta ou por excepção perentória, ou ainda, se estaremos perante um *tertium genus* específico do domínio das presunções legais, com características de ambos.

No ponto que se segue ir-se-á analisar o sentido e alcance da ilisão pela demonstração de um facto contrário ao presumido, o ponto seguinte terá por objecto de análise os possíveis modos de defesa neste domínio na dualidade

comparativa impugnação indirecta/excepção perentória, culminando-se esta temática com a análise acerca dos efeitos da ilisão sobre o facto presumido.

4.2.3.1 Enquadramento prévio: Sentido e alcance da ilisão *stricto sensu*

Usualmente designa-se o termo ilisão de presunções, num sentido amplo, isto é, abrangendo quer a defesa por impugnação sobre o facto-base, quer a defesa pela demonstração de facto contrário ao presumido. Parece-nos, contudo, que em bom rigor, a ilisão apenas se verifica nesta segunda hipótese.

O termo ilisão provém²⁸¹ do latim *illidere*, que significa, “bater contra”; “rebater”; “refutar”; “acabar com alguma coisa provando exatamente o contrário”, cuja etimologia se reporta, portanto, de modo implícito, a um outro facto através do qual se rebate/refuta outro facto pré-existente. Deste modo, atento o exposto, quando a parte prejudicada pela presunção se limita a atacar o facto (base) que apenas serve de pressuposto fáctico ao funcionamento da presunção, em bom rigor, não está propriamente a ilidir a presunção, mas antes, a “atacar” os seus “requisitos factuais prévios” (ainda que, em termos práticos, possa ter igual desfecho favorável pela impugnação dos factos-base, caso estes não fiquem provados). Vejamos.

Conforme se analisou²⁸², a presunção é composta por vários elementos estruturantes, sendo em função dos mesmos que esta, em termos probatórios, assume as suas particularidades que a caracterizam – pela prova de um facto (*conhecido*) firma-se um outro distinto (*desconhecido*). Ora, a impugnação do facto-base da presunção, realiza-se nos mesmos termos processuais que a impugnação de qualquer outra matéria factual relativa a matérias em que não estejam em causa presunções.

Já a ilisão é um termo técnico-jurídico que diz respeito unicamente à figura das presunções: prevê o art. 350º nº2 CC que: “*As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário (...)*”. Ou seja, afigura-se, neste concreto

²⁸¹ Dando-se seguimento ao *supra* exposto no ponto 4.2.1.1.

²⁸² *Supra*, ponto 2.

domínio, enquanto um mecanismo de resposta face a um indício factual prévio (facto conhecido) ao qual a lei atribui um certo efeito jurídico (presuntivo).

Neste sentido, a ilisão da presunção não poderá incidir sobre aquela matéria fáctica, precisamente porque ela é prévia ao próprio funcionamento da presunção, sem ela, nem chega a existir qualquer presunção, por inexistência dos seus pressupostos fácticos – a ilisão respeitará, sim, a outros factos distintos daqueles, cuja demonstração *ilidirá* a presunção legal (relativa).

Ainda a este propósito, importa ainda acrescentar que, conforme se indagou²⁸³ os factos-base da presunção poderão ceder quer através de contraprova, quer através de prova do contrário. Ora, a norma onde se prevê a ilisão de presunções (art. 350º nº2 CC), dispõe, expressamente, que a ilisão se realiza mediante prova em contrário, ao que, temos que, essa prova em contrário, será *dirigida, unicamente, ao facto presumido – é este facto (contrário) que, a ser demonstrado, ilidirá a presunção.*

Assim, diversamente do que acontece na negação de factos indiciários (facto(s)-base), a defesa orientada para o próprio facto presumido (através da demonstração de facto contrário) vai mais longe. A sua incidência reporta-se ao próprio facto conclusivo previsto na norma em causa, que é aquele que está dotado de efeitos jurídicos aplicáveis na concreta situação jurídica *sub judice*, ao passo que a defesa por impugnação sobre o(s) facto(s)-base da presunção, é dirigida a um facto diverso do conclusivo, cuja finalidade, ainda que essencial para aquela causa, tem, contudo, um cariz eminentemente probatório. Sob esta perspectiva, a parte prejudicada pela presunção, ilidirá plenamente a presunção quando demonstre algum facto contrário ao presumido. É neste sentido que nos referimos ao termo *ilisão*.

4.2.3.2 O meio de defesa: Qualificação jurídico-processual da matéria factual subjacente à ilisão de presunções

O ponto de partida para a análise que se segue será o apuramento da qualificação jurídica da factualidade subjacente à ilisão de presunções legais

²⁸³ *Supra*, ponto 4.2.1.1.

relativas. Conforme se indagou²⁸⁴, a matéria factual que sirva de suporte à presunção, enquanto pressuposto da mesma – facto(s)-base – deverá ser tratada enquanto factualidade essencial à causa, sendo este o entendimento que melhor se coaduna com a teoria da norma “rosenberguiana” (*Normentheorie*)²⁸⁵.

Vejamos agora, dentro da mesma ordem de ideias, qual a natureza do facto contrário ao presumido, o que terá as devidas implicações ao nível do correspondente modo de defesa e respectivo regime de alegação e prova.

De acordo com o critério da teoria da norma, serão factos essenciais os que sejam indispensáveis às pretensões das partes de acordo com a norma que esteja em causa na lide. Ou seja, “dentro daquela norma”, há que apurar quais os factos que lhe sejam constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, estando cada uma das partes onerada com a respectiva alegação e prova dos factos cujos efeitos lhe aproveitem²⁸⁶.

Segundo J. LEBRE DE FREITAS, tais factos devem ser apurados de acordo com as normas que estejam em causa – a que corresponda aos factos constitutivos e a que diga respeito aos respectivos factos impeditivos de excepção²⁸⁷. Ora, no domínio das presunções, em princípio, a norma em causa será apenas uma - a que consagre a presunção.

Será esta regra que conterà, quer os seus pressupostos fácticos (facto(s)-base) ao seu funcionamento, quer, explicitamente, ou implicitamente²⁸⁸ os factos tendentes à sua ilisão, ou seja, *factos em contrário*²⁸⁹ do presumido pela norma em causa, os quais se encontram dotados de *eficácia substantiva incompatível*²⁹⁰ com a respectiva conclusão jurídica. O que significa que estamos perante factos previstos

²⁸⁴ *Supra*, ponto 3.2.

²⁸⁵ *Supra*, ponto 3.2.2.

²⁸⁶ Seguimos o critério regra de coincidência entre ónus de alegação e prova. Em sentido diverso, PEDRO MÚRIAS, *ob. cit.*, p. 36 e ss., entende que existem situações, por si enumeradas, onde não se verifica a coincidência entre ónus de alegação e ónus da prova.

²⁸⁷ *Cfr.* J. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ªed., Coimbra Editora, 2013, p. 130.

²⁸⁸ De sublinhar que algumas presunções legais indicam *expressamente* quais os factos que terão de ser demonstrados para ilidir a presunção – *v.g.* as presunções de culpa previstas nos arts. 491º, 492º nº1, 493º, na parte que se segue à expressão “*salvo se ...*” ou “*excepto se ...*”.

Nas normas que não indiquem *expressamente* quais os factos tendentes à ilisão, o seu substrato factual retira-se, *implicitamente*, do próprio facto presumido que esteja em causa, cabendo assim à parte prejudicada pela presunção demonstrar algum *facto em contrário* daquele que a lei presume.

²⁸⁹ *Cfr.* art. 350º nº2 CC.

²⁹⁰ *Cfr.* RUI PINTO, *ob. cit.* p. 350.

na mesma norma invocada pela parte beneficiada pela presunção, os quais, pela sua demonstração resulta um impedimento da ilação²⁹¹, ²⁹² subjacente à norma em causa, obstaculizando a inerente conclusão jurídica que lhe está associada.

Circunstâncias que parecem apontar no sentido de que estamos perante uma defesa por excepção, mediante a invocação de factos impeditivos da ilação vertida na norma presuntiva e inerente conclusão. Contudo, uma das características das excepções (perentórias) é que o facto cuja demonstração aproveita a quem se defende por esta via, terá de ser “novo”, face aos invocados pela contraparte.

Em matéria de presunções, conforme se analisou, um dos requisitos para o funcionamento da presunção é que a parte beneficiada pela presunção, ainda que esteja dispensada da prova do facto presumido, está, contudo, sujeito a alegação prévia por esta parte, que também se assume enquanto essencial face à pretensão em causa²⁹³. Ora, já tendo sido previamente alegado, já não será um facto verdadeiramente novo aquando do primeiro contacto do processo pela parte prejudicada pela presunção – não será esta parte que o “traz” ao processo.

Neste sentido a parte prejudicada pela presunção estará a negar (directamente ou indirectamente), um facto já “existente no processo”, cujos efeitos aproveitam a contraparte. Nesta perspectiva, já não se estará perante o tipo de factos tradicionais que caracterizam a defesa por excepção (perentória), estar-se-á mais próximo de uma defesa por impugnação. Contudo, observando a questão sob a perspectiva do ónus da prova a situação assume outros contornos. Vejamos.

Tendo em conta em conta a matéria em análise – meio de defesa adequado à ilusão de presunções legais relativas – estamos perante uma fronteira muito ténue e de difícil diferenciação, entre impugnação indirecta (ou motivada) e defesa por excepção²⁹⁴. Vejamos.

Como ponto de partida, seguindo um critério baseado no ónus da prova, há que, desde logo, identificar os pontos característicos e divergências na defesa por

²⁹¹. Cfr. Ac. STJ de 14-04-2011 (Processo nº 3830/06.6TBBRG.G1.S1, Relator: LOPES DO REGO).

²⁹² Sobre as características do nexa lógico e ilações referentes a presunções legais, *vide, supra*, ponto 2.2

²⁹³ Sobre esta temática, valem as considerações anteriormente feitas nos pontos 2.3 e 4.11.

²⁹⁴ Dispõe o art. 571º nº2 CPC que: *O réu defende-se por impugnação quando contradiz os factos articulados na petição ou quando afirma que esses factos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pelo autor; defende-se por excepção quando alega factos que obstam à apreciação do mérito da ação ou que, servindo de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total ou parcial do pedido.*

impugnação indirecta face à defesa por excepção perentória. Assim, existirá impugnação indirecta se o réu aceitando, parte dos factos invocados, *alega outros que contrariam a verificação do facto constitutivo* do direito do autor, o que, à primeira vista parece apontar no sentido de que a defesa da parte prejudicada pela presunção revestirá esta modalidade.

Na impugnação indirecta, motivada ou qualificada como também é denominada, o réu alega uma versão diferente dos factos que contraria ou a incompatibilidade de tais factos com a causa de pedir invocada, *negando o respectivo facto constitutivo*²⁹⁵. Por sua vez, na *defesa por excepção perentória*, o réu alega *factos que importam a sua absolvição total ou parcial do pedido*. Tais factos alegados, *embora não afectando o facto constitutivo* do direito do autor, *são impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito*²⁹⁶, cujo ónus da prova lhe cabe ao abrigo do art. 342º n.º2 CC.

Face ao exposto temos que, na primeira, o facto constitutivo é negado, ainda que de modo indirecto, mediante a alegação de factos diversos, ao passo que, na segunda (excepção), *o facto constitutivo não é negado, apenas se alegam outros factos que infirmam os seus efeitos*²⁹⁷. A propósito da defesa por excepção, sublinha ALBERTO DOS REIS que o réu, para se defender, *desloca-se para campo diverso* daquele em que se encontra o autor *e procura, por via transversal, obter o fracasso da acção*²⁹⁸.

²⁹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual*, p. 288, ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, 1982, p. 213, e LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 2001, p. 288; Ac. TRL de 17-06-2010 (Processo nº 5715/04.1TVLSB.L1-6, Relator: OLINDO GERALDES).

²⁹⁶ Assim, a *defesa por impugnação é consensualmente considerada uma defesa directa, um ataque frontal ao pedido, contradizendo o réu, quer por negação directa (negação rotunda), quer por negação indirecta ou motivada (apresentação de uma versão diferente), os factos alegados pelo autor como constitutivos do seu direito, ou o efeito jurídico que deles pretende tirar o autor.*

A defesa por excepção consiste, antes, num ataque lateral ou de flanco, com a alegação de factos novos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos alegados pelo autor, socorrendo-se o réu de factos diversos daqueles em que se funda a petição. Cfr. Ac. TRE de 28-06-2007 (Processo nº 976/07-3, Relator: ALMEIDA SIMÕES); TRP de 06-02-2014 (Processo nº 3040/09.0TBPRD.P1, Relator: AMARAL FERREIRA).

²⁹⁷ ANSELMO DE CASTRO, *ibidem*, p. 216 e TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos*, pp. 288-289. Acerca desta distinção, ao nível da jurisprudência, veja-se Ac. STJ de 29-04-2014 (Processo nº 246/12.9T2AND.C1.S1, Relator: HELDER ROQUE) e TRE de 28-06-2007 (Processo nº 976/07-3, Relator: ALMEIDA SIMÕES).

²⁹⁸ Cfr. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1981, p.25.

Assim, no caso das presunções legais, conforme se indagou, *afigurando-se os factos-base da presunção enquanto pressupostos factuais constitutivos*²⁹⁹, a parte que se defenda da presunção através da prova de algum facto contrário ao presumido, ilidindo a presunção por esta via, não estará a atacar tais factos, mas sim o próprio facto conclusivo – o presumido - que é diverso dos primeiros. Até porque, conforme se explanou, verificando-se na prova por presunções, uma duplicação do *thema probandum*³⁰⁰, poderá a parte prejudicada pelo efeito presuntivo defender-se de dois modos possíveis: ou “a montante”, atacando o(s) facto(s)-base, ou, “a jusante”, atacando o próprio facto presumido, provando um facto contrário a este, estando nesta hipótese onerado com a prova de tal factualidade. Sendo que, neste último, poderá até esta parte aceitar os factos-base, e correspondente realidade que lhe esteja subjacente, mas, no entanto, não obstante tal factualidade, invoca que o facto presumido (que é diverso daqueles), não se verifica, demonstrando para o efeito, um facto que lhe seja contrário, impedindo deste modo a correspondente conclusão jurídica prevista na norma presuntiva.

Será o caso, a título de exemplo, na presunção de paternidade (art. 1871º CC), do investigado prejudicado pela presunção, que aceite, a alegação do investigador, em que sempre terá reputado o filho enquanto tal (art. 1871º nº1 al. a) CC), ou que, aceite que tenha vivido em comunhão duradoura de vida com a mãe, mas, não obstante tal realidade, demonstre por prova pericial (*v.g.* exames ADN) que não será o progenitor. Situação em que os factos-base da presunção são aceites, sendo, contudo, a presunção ilidida através da demonstração de um facto contrário ao presumido. Facto esse, que é diverso dos factos-base (aceites) da presunção, cuja demonstração *impede* os efeitos jurídicos destes, determinando desta forma a improcedência do pedido.

Ora, através do referido exemplo, torna-se claro que uma coisa é negar, de forma directa ou indirecta, os pressupostos fácticos (base) da presunção, situação diversa será demonstrar uma realidade factual contrária a um outro facto diverso – o facto presumido. Nesta situação, em que a parte contrarie a presunção, apenas pela demonstração de algum facto contrário ao presumido (aceitando a realidade

²⁹⁹ *Supra*, ponto 3.2.

³⁰⁰ *Supra*, ponto 4.2.1.1.

subjacente ao(s) facto(s)-base), não estará a impugnar qualquer facto-base, ao que, utilizando a expressão de ALBERTO REIS, esta parte “deslocou-se”, para campo diverso daquele em que se encontrava a parte favorecida pela presunção, “movendo-se” numa via de *excepção* face à pretensão da parte beneficiada pela presunção.

Esta é, aliás, uma das consequências de, em matéria de presunções, se verificar uma *duplicação* do *thema probandum*, em razão da qual, a parte prejudicada pela presunção que se defenda por impugnação indirecta (ou motivada), o que esta a atacar são os factos-base da presunção, apresentando uma versão diferente dos mesmos³⁰¹. Situação diversa será quando esta parte, se “move” para um objecto de prova diverso da contraparte, alegando factos novos tendentes à demonstração de um facto diverso daqueles, cuja verificação impede os efeitos jurídicos decorrentes da conclusão jurídica prevista na norma presuntiva, circunstância que se aproxima de uma defesa por excepção.

Tal característica das presunções - *duplicação do thema probandum* - tem relevantes repercussões na distribuição do ónus da prova, que é diverso nos dois campos de prova: no objecto de prova incidente sobre os pressupostos factuais da presunção, a parte onerada será o beneficiado pela mesma, ao invés, no objecto de prova incidente sobre o facto presumido, tal ónus encontra-se invertido, encontrando-se onerado com o mesmo a parte prejudicada pela presunção³⁰². Em razão de tais particularidades, a ilisão de presunções legais, seguindo este critério

³⁰¹ Como exemplos práticos de diferenciação entre defesa por impugnação indirecta ou motivada e excepção tendente à ilusão da presunção, podem-se apontar os seguintes inseridos no âmbito da presunção de paternidade prevista no art. 1871º nº1 CC:

Defende-se por *impugnação indirecta* face ao facto-base previsto na al. e) da referida norma (indício de paternidade em consequência de relações sexuais com a mãe do investigante), o investigado que aceite que teve relações com a mãe do investigante, alegando, contudo, que em tais relações usou contraceptivos. Denote-se que aqui, o facto-base alegado é aceite, a parte prejudicada pela presunção simplesmente apresenta uma outra versão daquela *factualidade já alegada, acrescenta outras circunstâncias que poderão inviabilizar tais pressupostos factuais*.

Situação diversa será quando a defesa do investigado, não tem qualquer incidência sobre a matéria indiciária alegada pela contraparte, o que acontecerá quando alegue algum facto contrário ao próprio facto presumido, *v.g.* que sempre foi infértil.

A diferença, entre impugnação indirecta e por excepção em matéria de excepções, nesta temática, parece-nos, que, deverá ser feita em função da matéria factual em que se “move” a parte prejudicada pela presunção: se o ataque, directo ou indirecto, incide sobre os pressupostos fácticos já alegados pela contraparte, estar-se-á a defender por impugnação, ao invés, quando a alegação fáctica desta parte “se desloque” para outros factos diversos dos alegados - o próprio facto presumido - estar-se-á a defender por excepção.

³⁰² A este propósito, em maior detalhe, *vide* ponto 4.1.2.1, *supra*.

do ónus da prova, dificilmente se poderá compaginar este modo de defesa enquanto impugnação (indirecta). Vejamos.

Quanto ao(s) facto(s)-base de presunções, o ónus da prova cabe à parte favorecida pela mesma, que apenas estará dispensado da prova do facto presumido, mas já não dos primeiros. É a este sujeito processual que incumbe o ónus subjacente à demonstração da realidade factual sobre a qual sustenta a sua pretensão. Ora, em tais situações, ainda que a contraparte impugne tal matéria, o ónus da prova não se desloca, continua ainda assim a caber à parte favorecida pela presunção, independentemente da contraparte se defender por impugnação directa ou indirecta. Deste modo, mesmo nesta segunda hipótese, a negação motivada não envolve para quem se defende por esta via o ónus da prova dos factos que a constituem, o ónus da prova mantém-se³⁰³ ainda assim na parte favorecida pela presunção.

Por outro lado, no que concerne ao ónus da prova inerente ao segundo objecto de prova – facto presumido – em consequência do disposto no art. 344º nº1 CC, impenderá sobre a parte prejudicada pela presunção, o ónus da prova de algum facto contrário ao presumido.

Atentas tais considerações, temos que, no primeiro grupo de matéria factual (facto(s)-base), sempre que a defesa da parte prejudicada pela presunção incida, ainda que indirectamente, na negação (ou versão diversa) de tais factos, estaremos numa situação em que, o ónus da prova se mantém inalterado, cabendo sempre à parte favorecida pela presunção o correspondente ónus da prova dos pressupostos factuais sobre os quais se funda a presunção, atento o preceituado pelo art. 342º nº 1 CC.

Já no segundo grupo de matéria factual (facto presumido), tendente à ilisão da presunção, em resultado da referida inversão do ónus da prova, estará a parte prejudicada pela presunção onerada com a demonstração de algum facto (*novo*) contrário ao presumido, de forma a impedir a conclusão jurídica prevista na norma presuntiva. Ora, cabendo-lhe o ónus da prova (art. 342º nº2 CC), a defesa será

³⁰³ Cfr. MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Ónus de Impugnação ...*, p. 222.

análoga à de uma excepção e já não por impugnação – situação em que tal ónus não lhe caberia³⁰⁴, nem se operaria a regra de inversão prevista no art. 344º n.º1 CC.

Por tudo o exposto, parece-nos, que, a ilisão de presunções legais tem alguns traços característicos da impugnação indirecta, contudo, tem também outros traços diversos da tradicional defesa por impugnação, em especial, sob o ponto de vista das regras subjacentes ao ónus da prova, que a aproxima de uma defesa por excepção perentória. Particularidades que tornam esta figura numa situação especial, dotada de natureza híbrida no domínio da prova e regras subjacentes.

No ponto que se segue a análise irá ser direccionada para os efeitos da ilisão por via da demonstração de um facto contrário ao presumido.

4.2.3.3 Os efeitos da ilisão de presunções legais

Os factos tendentes à ilisão de presunções legais (relativas) tratam-se de uma matéria dotada de especificidades face ao regime geral, nos moldes atrás descritos, com certas características de uma impugnação indirecta, outras, que são típicas de uma excepção perentória. O ponto que se segue destina-se a analisar a repercussão destas últimas, no âmbito dos efeitos que lhes estão associados.

Como é sabido os efeitos jurídicos subjacentes às excepções perentórias podem ser impeditivos, modificativos ou extintivos (art. 576º n.º3 CPC³⁰⁵) face ao facto constitutivo alegado. Nesta matéria concreta (ilusão de presunção legal), parece-nos que tais factos tendentes à ilisão da presunção em causa, se poderão enquadrar no domínio dos *efeitos impeditivos*. Vejamos.

Conforme já se adiantou, o critério para se determinar a natureza dos efeitos subjacentes às pretensões das partes, de acordo com a teoria “rosenberguiana”

³⁰⁴Acerca das implicações do ónus da prova na qualificação da correspondente defesa, vide: *No âmbito da teoria geral do processo civil, factos constitutivos são os factos susceptíveis de produzir, segundo a norma jurídica aplicável, o efeito jurídico que a parte pretende obter, enquanto que os factos impeditivos são aqueles que se destinam a determinar a ineficácia jurídica dos factos constitutivos.*

A questão fundamental que, neste caso concreto, importa dilucidar, contende em saber se o facto é fundamento de excepção, incumbindo ao réu a sua prova, ou antes de impugnação ou negação, em que é o autor que suporta, então, o respetivo ónus da prova, atento o preceituado pelo artigo 342º, n.ºs 1 e 2, do CC. Ac. STJ de 29-04-2014 (Processo n.º 246/12.9T2AND.C1.S1, Relator: HELDER ROQUE).

³⁰⁵“*As excepções perentórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor.*”

(*Normentheorie*), importa distinguir quais as normas que aproveitam às pretensões de cada uma das partes, tendo presente que “*cada parte tem de alegar e provar os pressupostos da norma que a favorece*”³⁰⁶. Para o efeito, ter-se-á de fazer a uma breve distinção entre normas de base e contranormas, que funcionam enquanto regra e excepção, tendo esta última a função de afastar os direitos criados pelas primeiras, sendo normas impeditivas as que evitarem o efeito jurídico da norma constitutiva³⁰⁷.

Deste modo, para se apurar qual a norma que impeça os efeitos jurídicos da norma constitutiva que esteja em causa, há que, determinar qual a factualidade nova (face ao alegado pela contraparte) idónea para o efeito, *de modo a excepcionar aquela regra*.

Ora, em matéria de presunções, em princípio a norma será apenas uma – a norma relativa à presunção que esteja em causa – sendo que, “dentro dessa norma” terá de constar, quer o(s) facto(s)-base sobre os quais se funda a presunção, e bem assim, o próprio facto presumido, que nesta situação se assume enquanto conclusão jurídica legalmente imposta pela verificação dos pressupostos factuais. Destarte, “dentro de uma mesma norma”, à parte favorecida pela presunção caberá alegar e provar matéria idónea à “base factual” sobre a qual assenta a presunção. À contraparte, caber-lhe-á, por sua vez, o ónus (“invertido”) de demonstrar algum facto contrário ao presumido, facto que se assume essencial à sua pretensão.

O próprio nexos lógico entre indício(s) e facto presumido, encontra-se previamente estabelecido (pelo legislador) na própria norma³⁰⁸. Assim, o funcionamento da presunção será o seguinte: a partir de certos indícios (*v.g.* incumprimento contratual), de acordo com as regras de experiência, a “lei deduz”, mediante conclusão presuntiva, que tal comportamento incumpridor será culposos.

Perante o exposto, temos que, pela demonstração de um facto contrário ao presumido (ilisão da presunção), se obstará ao integral preenchimento da norma presuntiva, por *impedir a ilação que está subjacente à norma*, bem como à subsequente concretização dos efeitos jurídicos associados àquela conclusão

³⁰⁶ LEO ROSENBERG, *Beweislast*, 2^o ed., 1923, p. 11-12, 98-99, *apud*, PEDRO MÚRIAS, *ob. cit.*, p. 44.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 45-46.

³⁰⁸ *Supra*, ponto 2.2.

jurídica (reconhecimento do facto presumido)³⁰⁹. Destarte, tais factos tendentes à ilisão da presunção terão um *efeito impeditivo da conclusão jurídica prevista* naquela “*fattispeci*” *normativa*, com as inerentes repercussões na decisão de mérito da causa³¹⁰. Nesta perspectiva, parece-nos que, no que concerne aos efeitos da ilisão da presunção por esta via (sobre o facto presumido), estaremos perante uma manifestação da característica de excepção que pauta a figura.

4.2.3.4 Regime de alegação e prova

A parte prejudicada pela presunção, terá a incumbência de demonstrar algum facto contrário ao previsto na norma presuntiva em causa, de forma a realizar a sua ilisão. Será essa matéria factual que, caso seja dada por provada, *impedirá* a ilação estabelecida naquela norma e subjacente conclusão jurídica que lhe está associada, encontrando-se deste modo, a sua defesa vinculada a tal factualidade – a algum facto que seja contrário ao facto presumido identificado na norma em causa.

Conforme se adiantou, atenta a sua vertente de excepção, deverão os factos destinados à ilisão da presunção ter tratamento análogo ao dos factos essenciais de excepção, estando assim, num primeiro momento sujeitos ao ónus de alegação, devendo, por conseguinte, ser alegados oportunamente na fase dos articulados.

Denote-se que o facto presumido, conforme se apurou, está sujeito a alegação (prévia) pela parte beneficiada pela presunção, estando o mesmo dispensado da prova da mesma. Contudo, na perspectiva da parte desfavorecida, a alegação terá de dizer respeito a uma matéria factual que seja idónea a demonstrar uma realidade que seja contrária ao facto presumido legalmente previsto, cuja prova lhe compete ao abrigo do art. 344º nº1 CC.

³⁰⁹ A propósito da factualidade tendente à ilisão da presunção legal de culpa prevista no art. 799º CC: *vide*: “(...) a presunção de culpa do devedor está normativamente estruturada para funcionar no âmbito de uma acção de incumprimento, proposta pelo credor, que tem como elemento da causa de pedir complexa invocada precisamente o incumprimento do devedor /demandado – recaindo sobre este, por via da dita presunção legal, o ónus de alegar os factos que demonstram a inexistência de culpa da sua parte, impeditivos da ilação que está subjacente à presunção contida no art 799º.” (o sublinhado é nosso). *Cfr.* Ac. STJ de 14-04-2011 (Processo nº 3830/06.6TBBRG.G1.S1, Relator: LOPES DO REGO).

³¹⁰ De sublinhar que nesta perspectiva nos referimos às situações regra, ou seja, as causas em que a parte desfavorecida pela presunção ocupe a posição de réu. Quando assim não aconteça, a solução assume feições de pendor mais casuístico, consoante a presunção que esteja em causa, e as particularidades do próprio caso.

Assim, por exemplo³¹¹ na presunção de culpa no âmbito da responsabilidade contratual, caberá à parte favorecida pela presunção (apenas) alegar algum, ou alguns, factos culposos (ainda que em abstracto) e a correspondente “afirmação” de culpa. Já na perspectiva da contraparte desfavorecida pela presunção, impende sobre si o ónus de alegação e prova de que o incumprimento não procede de culpa sua. Tendo para o efeito de alegar (e depois demonstrar) os *concretos factos* que, por serem contrários ao presumido, sejam susceptíveis de ilidir aquela presunção de culpa (p.ex. que foi diligente, que se esforçou por cumprir, que o incumprimento de deveu a causas que não lhe são imputáveis, que houve alterações contratuais acordadas supervenientemente, entre outras), não lhe bastando, por conseguinte, a mera negação da culpa³¹².

Cumprido que esteja o ónus de alegação, deverá em seguida tal matéria ser integrada nos *temas da prova*³¹³. Importa sublinhar que neste domínio, atenta a relevância desta matéria, será imprescindível, que este despacho, por um lado, identifique e delimite o *objecto do litígio* (onde estará em causa matéria relativa à concreta presunção e inerentes efeitos jurídicos) bem como, tendo em conta os factos alegados pelas partes³¹⁴, se fixe os correspondentes temas da prova, a produzir em fase de instrução³¹⁵, sob pena de nulidade nos termos do art. 195º CPC. Este deverá ser o momento em que o juiz fixa, quer os factos que a parte beneficiada pela presunção terá de demonstrar em fase de instrução, e por outro lado, os factos, *em contrário ao facto presumido*, que a contraparte (a ter cumprido o prévio ónus de alegação), terá de demonstrar para ilidir a presunção contra si invocada.

³¹¹ Exemplo para o caso da parte beneficiada ocupar a posição de autor e a contraparte a posição de réu.

³¹² Vide nota 312.

³¹³ Mediante despacho, a ser proferido, em tais situações, em audiência prévia, após debate, (ao abrigo do disposto no art. 591º al. f) CPC), nos termos do art. 596º nº1 CPC, onde sob a epígrafe *Identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova* se prevê: “Proferido despacho saneador, quando a ação houver de prosseguir, o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova.”

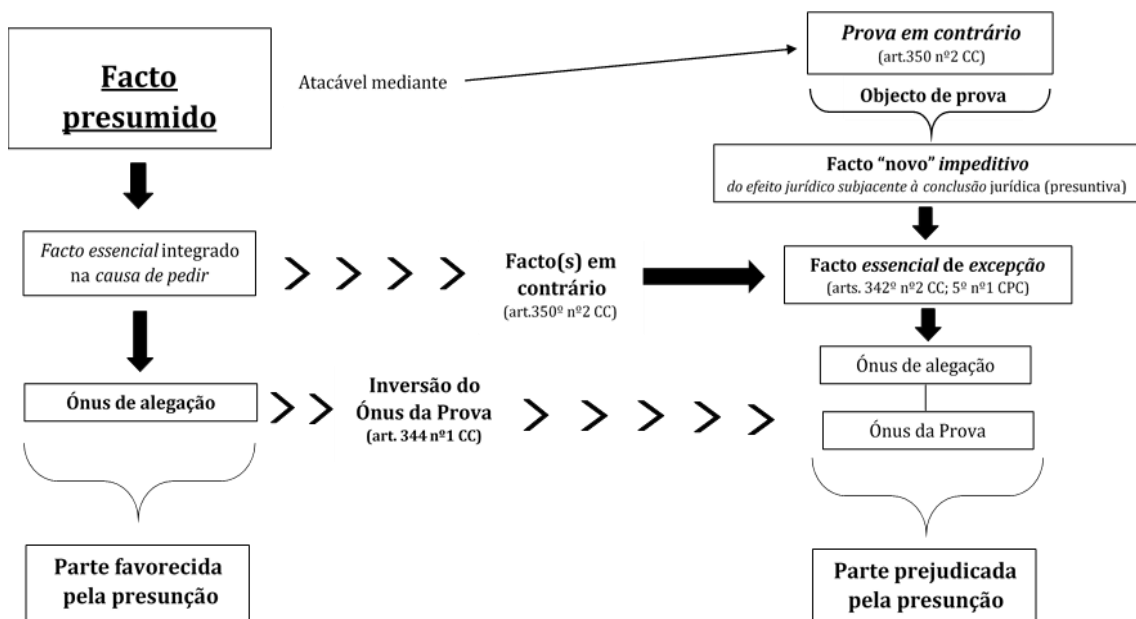
³¹⁴ O juiz deve indicar a que factos essenciais, complementares ou instrumentais se refere cada tema de prova, hajam eles sido alegados pelas partes (caso em que se deve indicar o respectivo(s) artigo(s) concreto(s)) ou relevados oficiosamente pelo juiz. Cfr. RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 375.

³¹⁵ “ (...) a selecção da matéria de facto (...) tem apenas em vista arrumar os factos até aí apurados e indicar aqueles sobre os quais deve recair a produção de prova subsequente, na fase de instrução.” Cfr. Ac. TRL de 13-10-2009 (Processo nº 9181/06-1, Relator: MARIA DO ROSÁRIO BARBOSA).

Dito de outro modo, será no despacho de fixação dos temas da prova, que o juiz deverá indicar os factos-base que a parte beneficiada pela presunção terá de demonstrar, ao mesmo tempo que indica à contraparte, quais os factos que terá de demonstrar para ilidir aquela presunção – será sobre esta matéria, assim delimitada, que deverá incidir a produção de prova subsequente.

Quanto ao ónus da prova, conforme já se adiantou, recai sobre a parte prejudicada pela presunção, o ónus da prova de um facto contrário ao presumido. Assim, caso seja demonstrado o facto-base da presunção³¹⁶, caberá à contraparte³¹⁷, demonstrar a verificação de um outro facto, que seja contrário ao presumido - facto este que, terá de ser taxativamente *contrário*³¹⁸ ao facto presumido.

Esquemmatizando:



³¹⁶ Que também poderá ser “atacado” mediante impugnação, vide. supra, ponto 4.2.2.

³¹⁷ “(...) pode ainda o terceiro não impugnar sequer os factos que serve de base daquelas presunções, cabendo-lhe, nesse caso, alegar e provar que, não obstante a verificação daqueles factos não se verifica o facto por eles presumido, nos termos dos artigos 344.º, n.º 1, e 350.º do CC.” Cfr. Ac. TRL de 16-07-2013 (Processo nº 1048/12.8TBPDL-C.L1-7, Relator: TOMÉ GOMES).

³¹⁸ Supra, pontos 4.1.2 e 4.2.3.

4.2.4 Síntese conclusiva

Questão prévia: o ónus da prova e as presunções

No campo da prova mediante presunções legais não se verifica uma integral e automática inversão do ónus da prova. A norma prevista no art. 344º nº1 CC tem um alcance limitado neste domínio, na medida em que, o que está em causa é antes uma *duplicação do thema probandum*. Circunstância que poderá implicar consequências no domínio da inversão do ónus da prova, mas, a “jusante”, ou seja, a inversão do ónus da prova apenas se verifica em relação ao facto presumido, e já não quanto ao facto-base da presunção, neste mantêm-se as regras gerais (art. 342º nº1 CC). Perante o exposto, pode-se dizer que, em matéria de presunções, apenas se verifica uma *inversão parcial e hipotética*³¹⁹ do ónus da prova.

A duplicação do *thema probandum* nos termos descritos, terá as inerentes repercussões no regime probatório das presunções e respectivos modos de defesa. Coexistindo, em matéria de presunções, dois “campos distintos de prova”, um incidirá sobre o facto-base, cujo ónus compete à parte cujo facto aproveita (beneficiado pela presunção), segundo as regras gerais (art. 342º nº1, nº2 CC). O outro incidirá sobre o facto presumido, no qual se verifica, aqui sim, uma inversão do ónus da prova. Cabendo assim, à parte prejudicada pelo efeito presuntivo o ónus da prova (art. 344º nº1 CC) quanto ao facto contrário ao facto presumido, que se afigura enquanto impeditivo do funcionamento da presunção, pelo qual, esta é ilidida. Por outras palavras, estamos numa situação em que o *ónus da prova se apresenta bipartido*: à parte beneficiada pela presunção cabe o ónus da prova dos factos-base da presunção, enquanto pressupostos fácticos sobre os quais assenta a sua pretensão (art. 342º nº1 CC); à parte prejudicada pela presunção caberá o ónus da prova de algum facto contrário ao presumido (art. 344º nº1 CC).

Modos de defesa face a presunções relativas

Temos assim que, em resultado da *duplicação do thema probandum*, se poderá destruir os efeitos presuntivos de dois modos distintos. Por um lado, mediante prévia defesa a “montante”, inutilizando-se desde logo os pressupostos factuais sobre os quais se funda a presunção, através da *impugnação* do(s) seu(s)

³¹⁹ *Supra*, ponto 4.1.2.1.

facto(s)-base. Por outro lado, no que concerne ao segundo objecto de prova, que incidirá sobre o facto presumido, caberá à parte prejudicada pelo efeito presuntivo, cujo ónus se encontra invertido em seu desfavor, alegar e demonstrar algum facto contrário ao presumido.

Quanto à *defesa por impugnação* temos que, aplicando-se à parte favorecida pela presunção, o regime geral do ónus da prova, quanto aos factos-base da presunção, a consequência será que, igualmente se aplicarão as regras gerais relativas quanto ao modo e momento de impugnação de tais factos. Desde logo, incumbe à parte prejudicada pela presunção tomar posição definida sobre tais factos, cumprindo o ónus de impugnação, sob cominação de serem tais factos admitidos por acordo, devendo tal impugnação ser feita, em regra, no respectivo articulado.

A impugnação do(s) facto(s)-base subjacente(s) à presunção destina-se a negar tal matéria indiciária, de modo a “atacar” a sustentação factual que serve de base à presunção em causa. Para o efeito, pode a parte prejudicada pela presunção negar tal matéria indiciária nos termos gerais, ou seja, mediante contraprova caso os factos-base sejam demonstrados por via de prova bastante (art.346º CC), ou, mediante prova do contrário, caso os factos-base sejam demonstrados por prova plena (art. 347º CC). Caso o consiga, situação que acontecerá quando os factos-base da presunção sejam dados como “*não provados*”, a presunção invocada “cai pela raiz”, por estar desprovida de matéria factual, que, utilizando a letra da lei, teria de ser *conhecida*³²⁰, ficando deste modo a presunção inutilizável por falta de suporte factual³²¹.

Ainda que a parte prejudicada pela presunção não impugne o(s) facto(s)-base da presunção que esteja em causa, ou, impugnando-o, este ainda assim seja dado por provado, nada obsta a que possa ainda assim vir a ter ganho de causa: conforme se adiantou, estamos numa situação *sui generis*, onde existe uma *duplicação do thema probandum*, ao que, os factos-base “apenas” se inserem num dos campos da prova. Destarte, a parte prejudicada pelo efeito presuntivo tem a

³²⁰ Cfr. art. 349º CC.

³²¹ Sem prejuízo da parte favorecida pela presunção poder sempre demonstrar o próprio facto presumido, hipótese em que a sua pretensão acaba por proceder sem retirar o favorecimento que caracteriza a por presunção, situação que se afasta das particularidades deste domínio.

possibilidade de se “mover” em dois campos factuais distintos, um, relativamente ao(s) facto(s)-base da presunção, onde, segundo as regras gerais da prova, estará onerado com a mesma a contraparte favorecida pela presunção, onde se poderá defender por impugnação nos moldes descritos. Outro, incidente sobre o facto presumido, cabendo-lhe aqui o ónus da prova de um facto contrário a tal facto, de forma a ilidir a presunção em causa.

Nesta segunda hipótese a defesa da parte prejudicada pela presunção terá uma particular natureza híbrida, com traços de uma impugnação indirecta, outros, segundo as regras dominantes no âmbito do ónus da prova, de excepção perentória.

Por um lado, do ponto de vista da causa de pedir e respectiva pretensão associada a este facto, estará a negar um facto já alegado (ainda que dispensado de prova) que aproveita à contraparte, neste sentido esta defesa está dotada de características de uma defesa por impugnação indirecta (ou motivada).

Por outro, atentando às implicações das regras subjacentes ao ónus da prova, a defesa incidente sobre o facto presumido “moveu-se” para factualidade diversa da que onerava a parte favorecida pela presunção, matéria cujo ónus de prova, em resultado da regra de inversão decorrente do art. 344º nº1 CC, caberá à parte prejudicada pela presunção, o que, nesta perspectiva, aproxima este modo de defesa de uma excepção perentória.

Neste tipo de defesa, em resultado da inversão do ónus da prova decorrente do art. 344º nº1 CC, terá esta parte de demonstrar (e previamente alegar) algum facto que seja contrário ao presumido, o qual se assume como impeditivo da ilação que está subjacente à presunção. Caso o consiga demonstrar, obstará o preenchimento da norma presuntiva, por impedir a ilação que está subjacente à norma, e a subsequente concretização dos efeitos jurídicos associados àquela conclusão jurídica (reconhecimento do facto presumido).

Ao se defender deste modo, terá esta parte de introduzir no processo essa concreta matéria factual nova (face aos factos-base que já constarão no processo), que se apresenta enquanto *impeditiva* da conclusão jurídica prevista pela norma presuntiva em causa. Tratando-se de matéria *essencial*, à pretensão desta parte, cabe-lhe, num primeiro momento, o ónus de alegação, e num segundo momento, o

correspondente ónus da prova. Se conseguir demonstrar tal factualidade contrária ao facto presumido, dá-se por verificada a ilisão da presunção.

4.3 Presunções absolutas (ou *juris et de jure*)

Analisada que está a figura da presunção relativa, ir-se-á em seguida indagar acerca da outra modalidade relativa às presunções legais, as absolutas, ou *juris et de jure*. Para o efeito, importa desde logo, a título de introdução, fazer uma descrição acerca da figura e suas particularidades, o que será feito no ponto que se segue (4.3.1).

Em seguida, partindo da caracterização feita, entraremos no campo processual, momento em que, atentas as particularidades da figura, analisar-se-á, por um lado, do ponto de vista da parte beneficiada pela presunção, aspectos relativos à alegação e prova de factos respeitantes a presunções absolutas (4.3.2). Por outro lado, agora do ponto de vista da parte prejudicada pela presunção, a análise incidirá sobre a defesa face a tais presunções *juris et de jure* (4.3.3).

4.3.1 Caracterização da figura

Tal como as presunções relativas, também as presunções absolutas se traduzem em normas jurídicas, que, para garantia de determinados valores, estabelece o legislador à priori, que, *perante a ocorrência de certos factos, há que considerar outros factos como se fossem verdadeiros, assim se assemelhando às presunções juris tantum*³²². Tal como acontece nas presunções relativas, também nestas, através da prova de certos factos (base), a lei considera outros factos (presumidos), enquanto verdadeiros.

Distinguem-se, porém, das primeiras pelo facto de estar vedada à contraparte a possibilidade de ilidir a presunção, na medida em que, nas presunções *juris et de jure*, conforme resulta do art. 350º n.º2 CC³²³, não é admitida prova em contrário. Esta é a norma basilar no que concerne à admissibilidade ou não de prova em contrário no domínio das presunções, e subsequente caracterização da presunção

³²² Cfr. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p.95.

³²³ Onde se dispõe: “As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir.”

enquanto relativa ou absoluta. Será esta norma que terá de se articular com as concretas normas presuntivas em causa, sendo que, segundo aquela regra estruturante no campo das presunções legais, resulta que as presunções admitem prova em contrário (sendo, portanto, em regra *juris tantum*), e excepcionalmente, não o admitirão (excepcionalmente serão *juris et de jure*) – por outras palavras, quer isto dizer, que as presunções *iuris tantum* constituem a regra, enquanto que as *juris et de jure*, serão excepções à regra.

Atento o exposto, importa analisar, a forma como se deverá identificar nas normas substantivas, as que se inserem no domínio das presunções relativas e as que, excepcionalmente, se afiguram enquanto absolutas, ou seja, apurar em que situações proíbe a lei (atento o teor da concreta norma) a prova em contrário - casos em que estaremos perante presunções absolutas. Para tal, importa *interpretar*³²⁴ a norma substantiva em causa de forma sistemática, de forma a apurar se se tratará de uma presunção relativa ou absoluta. Para o efeito, há que conjugar o conteúdo dessa norma particular com a regra geral no domínio das presunções relativas/absolutas (art. 350º n.º2 CC), de forma a que se possa concluir se, atento esse conteúdo, aquela norma proibirá ou não a prova em contrário, sendo que, em caso afirmativo, estaremos perante uma presunção *juris et de jure*.

Neste sentido, atenta a estrutura da presunção (em especial factobase/presumido), para que estejamos perante uma presunção absoluta, terá essa concreta norma de indicar que, verificado um certo facto (indiciário), dá-se por verificado, em *absoluto*, um outro facto (presumido), sem possibilidade de o contrariar mediante prova em contrário, tendo presente que, uma vez que estamos no domínio das presunções *legais*, a terminologia legal empregue na norma deverá ser o critério a ter em conta, descurando assim interpretações excessivamente extensivas da letra da lei. Parece-nos, pois, que no que concerne à classificação das presunções enquanto absolutas, se deverá seguir uma orientação/interpretação restrita, uma vez que, pela sua aplicação e inerente inexistência de contraditório à contraparte prejudicada pela presunção, resulta uma forte compressão do

³²⁴ A questão de saber *quando é que uma presunção legal é absoluta ou "inris et de inre" ou é simples, relativa ou "iuris tantum"*, decide-se por interpretação da disposição legal respectiva. Cfr. VAZ SERRA, *Provas*, BMJ, n.º 110, p. 188.

estruturante princípio do contraditório que é um dos principais pilares do nosso sistema processual.

Assim, atentas as considerações feitas, em nosso entendimento, para que uma norma seja considerada enquanto presunção absoluta, terá forçosamente de indicar que considera um certo facto, presumido, verificado independentemente de quaisquer outras circunstâncias, ou prova em contrário. É o que acontece quando a lei (norma presuntiva em concreto), atenta a ocorrência de certos factos (base), se refere aos factos presumidos, *considerando-os sempre* verificados, independentemente da verificação de quaisquer outras circunstâncias ou prova em contrário.

De acordo com o entendimento seguido, são exemplos claros de presunções legais absolutas (sublinhados nossos):

- Art. 243º n.º3 CC: "Considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação, quando a este haja lugar." Nesta norma assume-se enquanto facto-base da presunção a aquisição de terceiro posterior ao registo da acção de simulação, ocorrida essa factualidade, tem-se por verificado, em absoluto, o facto presumido – a má fé na aquisição. Cominando-se aqui um elementar ónus de diligência não cumprido, enquanto acto de má fé;

- Art. 1093º n.º2 CC: "Consideram-se sempre como vivendo com o arrendatário em economia comum a pessoa que com ele viva em união de facto, os seus parentes ou afins na linha recta ou até ao 3.º grau da linha colateral, ainda que paguem alguma retribuição, e bem assim as pessoas relativamente às quais, por força da lei ou de negócio jurídico que não respeite directamente à habitação, haja obrigação de convivência ou de alimentos." Aqui, assumem-se enquanto factos-base, uniões de facto, certas relações de parentalidade ou familiaridade, e pessoas sobre as quais exista obrigações de convivência ou de alimentos, demonstrados esses vínculos com o arrendatário, tem-se por absolutamente verificada a vivência dessas pessoas com o arrendatário em economia comum (facto presumido)³²⁵;

- Art. 1260º n.º3 CC: "A posse adquirida por violência é sempre considerada de má fé, mesmo quando seja titulada." Nesta norma assume-se enquanto facto-base da

³²⁵ Cfr. Ac. TRP de 03-03-2009 (Processo n.º0826796, Relator: M. PINTO DOS SANTOS).

presunção o acto de violência³²⁶ na aquisição da posse, da sua demonstração, tem-se por verificada a má fé aquisitiva (facto presumido). Neste caso o legislador atribuí um valor, absolutamente, negativo, a certos comportamentos humanos, como o apossamento pela violência. Tal acto, atribui ao legítimo possuidor, por aquela forma desapossado (recurso a violência), a possibilidade de, desde logo, lançar mão do procedimento cautelar de restituição provisória da posse, sem citação nem audiência do esbulhador violento, nos termos do art. 377º CPC (*ex vi* art. 1279º CC).

- Art. 186º n.º2³²⁷ CIRE³²⁸: *“Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham: (...)”*. Neste caso assumem-se enquanto factos-base da presunção as várias situações indiciárias previstas nas alíneas da norma - demonstrada alguma delas, considera-se de forma inilidível que a insolvência é dolosa (facto presumido)³²⁹.

³²⁶ Acerca do conceito de *violência*, vide Ac. STJ de 19-10-2016 (Processo nº 487/14.4T2STC.E2.S1, Relator: FERNANDA ISABEL PEREIRA).

³²⁷ Já o n.º3 da mesma norma, por inexistir o elemento de certeza subjacente à articulação entre facto indiciário e presumido - “*sempre*” - deverá ser considerado que se está perante uma presunção *juris tantum*. Tem sido esse o entendimento dominante da doutrina e jurisprudência, ao se considerar o n.º2 enquanto presunção absoluta e o n.º3 enquanto relativa.

A principal consequência dessa distinção repercute-se na necessidade ou não de demonstração donexo causal entre a actuação dos sujeitos em causa e a criação ou agravamento do estado de insolvência. No caso da presunção *iuris et de iure*, em face de tais condutas, não se admite qualquer prova em contrário, quanto ao facto presumido - insolvência dolosa.

Assim, a presunção do n.º2 do art.º 186.º é distinta da prevista no n.º3, em que neste se consagra uma presunção “*juris tantum*” de culpa grave para que se possa qualificar a insolvência como culposa, sendo necessário ainda concluir-se que os comportamentos omissivos aí previstos criaram ou agravaram a situação de insolvência, não bastando a mera demonstração da sua existência, nos termos do seu n.º1, ou seja, é ainda necessário provar-se o nexocausal entre a conduta gravemente culposa do devedor ou administrador e a criação ou agravamento do estado de insolvência (n.º1 do art.º 186.º). - Ac. TRE de 07-01-2016 (Processo nº583/13.5TBABT-B.E1, Relator: ELISABETE VALENTE).

Acerca do alcance das presunções de culpa contidas nos números 2 e 3 do art. 186º do CIRE, vide, JOSÉ P. SILVA PAIXÃO, *Comentário ao Acórdão da Relação de Lisboa de 22/01/2008 (Relatora: Exma. Desembargadora Graça Amaral, Processo Nº 10141/2007-7) – O Incidente da Qualificação da Insolvência como Dolosa, O Alcance das Presunções de Culpa Contidas nos números 2 e 3 do art. 186º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano IX – 2012, Abril de 2013, pp. 325-363.

³²⁸ No âmbito do CIRE afiguram-se ainda enquanto presunções *juris et de jure*, as normas enunciadas nos arts. 18º n.º3 e 121º n.º1 *ex vi* 120º n.º3.

³²⁹ Presunção que, tem vindo a ser entendida de forma quase unívoca, pela doutrina e jurisprudência enquanto *juris et de jure*.

Cfr. LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Ed., 2013, pp. 718-719; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013, 5.ª Ed., p. 131; LUIS M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, Almedina, 2012, 4.ª Ed, p. 274.

Existem ainda, entendimentos de cariz interpretativo mais extensivo no sentido de considerar certas normas, sem que haja qualquer expressão legal que o indique, enquanto presunções *juris et de jure*. É o caso da norma prevista no art. 1723º al. c) CC³³⁰, onde existem entendimentos segundo os quais, a falta de menção da proveniência do dinheiro constituirá, desde logo, presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do casamento serão comuns³³¹. Ora, atenta a letra da lei, não existe qualquer cominação em tal norma que nos indique que tal facto presumido (bens considerados comuns), se terá como “*sempre considerado*”, perante a referida falta de menção da proveniência do dinheiro em questão (facto indiciário).

Pelos motivos *supra* descritos, parece-nos que estamos perante uma situação regra no campo das presunções, ou seja, perante uma presunção *juris tantum*, tal como o entende a jurisprudência maioritária³³². Existem ainda entendimentos no sentido de qualificar a norma prevista no art. 579º nº2 CC³³³, enquanto presunção

Entre outros, Acórdãos STJ de 06-10-2011 (Processo nº 46/07.8TBSVC-0.L1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA); TRC de 07-02-2012 (Processo nº 2273/10.1TBLRA-B.C1, Relator: HENRIQUE ANTUNES); TRE de 17-04-2008 (Processo nº 2773/07-2, Relator: SÍLVIO SOUSA) e de 06-10-2016 (Processo nº 2831/15.8T8STB-H.E1, Relator: TOMÉ RAMIÃO); TRG de 20-09-2007 (Processo nº 1728/07-2, Relator: ANTÓNIO GONÇALVES); TRL de 10-05-2011 (Processo nº 1166/08.7TYLSB-B.L1-7, Relator: ROQUE NOGUEIRA), de 17-01-2012 (Processo nº 1023/07.4TBBNV-C.L1-7, Relator: LUÍS ESPÍRITO SANTO) e de 26-04-2012 (Processo nº 2160/10.3TJLSB-B.L1-2, Relator: EZAGÜY MARTINS); TRP de 13-09-2007 (Processo nº 0731516, Relator: JOSÉ FERRAZ), e de 18-09-2017 (Processo nº 7353/15.4T8VNG-A.P1, Relator: MANUEL DOMINGOS FERNANDES).

³³⁰ Onde, sob a epígrafe *Bens sub-rogados no lugar de bens próprios* se prevê: *Conservam a qualidade de bens próprios: c) Os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges.*

³³¹ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pp. 426-427. Na jurisprudência, Acórdãos STJ de 25-05-2000 (Processo nº 99B1128, Relator: ROGER LOPES) e de 29-05-2014 (Processo nº 530/12.1TBCHV-B.P1.S1, Relator: FERNANDO BENTO).

Em sentido contrário, considerando tal norma enquanto presunção *juris tantum*, posição que perfilhamos, PEREIRA COELHO/GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol I, 2ª ed., p. 519; Ac. STJ de 24-10-2006 (Processo nº 06A2720, Relator: JOÃO CAMILO), e de 13-07-2010 (Processo nº 1047/06-9TVPTR.P1.S1, Relator: GONÇALO SILVANO).

³³² Neste sentido, Acórdãos STJ de 02-05-2002 (Processo nº 01B4085, Relator: SOUSA INÊS), de 24-10-2006 (Processo nº 06A2720, Relator: JOÃO CAMILO), de 06-03-2007 (Processo nº 06A4619, Relator: FARIA ANTUNES), de 01-07-2010 (Processo nº 478/08.4TVLSB.L1.S1, Relator: OLIVEIRA VASCONCELOS) e de 02-07-2015 (Processo nº 899/10.2TVLSB.L2.S1, Relator: FONSECA RAMOS); TRL de 02-07-2015 (Processo nº 2978/12.2TBTVD.L1-2, Relator: ONDINA CARMO ALVES). Na doutrina, PEREIRA COELHO E GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I. 2º ed., 1970, p. 519; CASTRO MENDES, *Direito da Família*, AAFDL, 1991, p. 170.

³³³ Que dispõe: *Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido.*

*juris et de jure*³³⁴, bem como, no sentido de qualificar a nulidade prevista no art. 2194º CC³³⁵ enquanto presunção igualmente absoluta³³⁶.

Nas presunções *juris et de jure* o raciocínio do legislador (em obediência às máximas da experiência), é de tal modo forte e convicto, que, perante certas situações fica desde logo excluída a admissão de prova contrária. A circunstância de se vedar à contraparte a possibilidade de ilidir a presunção tem como consequência que o facto presumido alegado pela parte beneficiada (feita a prova do(s) facto(s)-base), assume um valor jurídico de certeza mesmo perante a inexistência de qualquer prova sobre o mesmo³³⁷, assumindo-se deste modo enquanto prova pleníssima. Assim, a partir do momento em que o pressuposto factual da presunção – o facto-base – se encontre demonstrado, é a própria lei, que *ope legis*, dá por adquirido um outro facto, sem necessidade de qualquer demonstração crítica³³⁸.

A presunção absoluta apresenta algumas semelhanças com a ficção jurídica, desde logo no facto “absolutamente” presumido, o qual, se traduz numa *afirmação de verdade formal inatacável* – deste modo, o facto presumido subjacente à presunção *juris et de jure* e o *facto juridicamente ficcionado*, são ambos, *verdades formais preconcebidas pelo legislador*. Contudo, e não obstante esta semelhança, as figuras apresentam uma natureza intrinsecamente diferente. Enquanto que nas presunções essa verdade assenta num nexó lógico preconcebido pelo legislador, com base nas máximas de experiência, o que lhe atribui um elevado grau de probabilidade, ao passo que nas ficções *se tem por verdadeiro um facto*

³³⁴ Cfr. L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 97.

³³⁵ Onde se dispõe: *É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela.*

³³⁶ Neste sentido, Ac. STJ de 13-09-2011 (Processo nº 6066/05.OTVLSB.L1.S1, Relator: SALAZAR CASANOVA).

³³⁷ O que leva alguns autores ao ponto de considerar que as presunções *negam a ideia de verdade no processo*, motivo pelo qual é considerado segundo tal concepção, que presunções *juris et de jure* nada têm de processual, em resultado da eliminação de raciocínio aos destinatários da norma em causa. Cfr. JOSEP AGUILÓ REGLA, *Presunciones, Verdad y Normas Procesales*, Isegoría, Julho/Dezembro 2006, p. 27.

³³⁸ Cfr. L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 95.

*sabidamente falso*³³⁹, ou seja, a ficção ao contrário do que acontece na presunção absoluta, *não supõe, mas cria uma realidade*^{340,341}.

Quer isto dizer, que nas presunções *juris et de jure* se associa, e vincula, um determinado facto (base) à conclusão jurídica irrefutável – verificação do facto presumido, sem possibilidade de qualquer sindicância sobre o mesmo. Ainda assim, para que tal aconteça, torna-se necessário que a parte favorecida pela presunção, cumpra certas exigências processuais, em parte, semelhantes às presunções relativas. Contudo, existem aspectos, onde se denotam assinaláveis diferenças entre presunções relativas e absolutas, conforme se analisará em seguida.

4.3.2 Ónus de alegação e prova

Tal como se detalhou na matéria referente às presunções relativas, também no domínio das presunções absolutas, o regime respeitante à alegação e prova dos factos-base é o mesmo – também aqui, é sobre os factos-base da presunção legal que se forma a conclusão jurídica (presuntiva), funcionando enquanto premissas da mesma.

Deste modo, os factos-base das presunções *juris et de jure*, assumem-se enquanto matéria factual substancialmente relevante para a causa, devendo ser processualmente tratados enquanto *factos essenciais*, nos moldes já descritos³⁴². Estamos, pois, perante matéria indiciária que se afigura enquanto pressupostos normativos, cuja verificação depende a aplicação de certa norma jurídica e correspondentes efeitos (presuntivos). Factos que estarão assim, sujeitos ao ónus de alegação e respectiva prova. Neste domínio, ónus de alegação e da prova coincidem (à parte que incumbe alegar certo facto, igualmente lhe caberá fazer prova do mesmo), não se verificando qualquer excepção à regra geral – à parte

³³⁹ Cfr. RONALDO SOUZA BORGES, *ob. cit.* p. 274.

³⁴⁰ Cfr. ÁLVARO OLIVEIRA, *Presunção e Ficções no Direito Probatório*, in Revista de Processo, vol. 196, Ano 36º, Junho 2001, p. 18.

³⁴¹ Acerca das diferenças entre presunção e ficção, cfr. ÁLVARO OLIVEIRA, *ob. cit.*; VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 184; L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.* p. 71; RONALDO SOUZA BORGES, *ob. cit.*, p. 274-275; MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3º ed., Marcial Pons, 2010, pp. 131-135; J.C. BARBOSA MOREIRA, *As presunções e a prova*, in Temas de Direito Processual Civil, Saraiva, 1977, pp. 64-66.

³⁴² *Supra*, ponto 3.2.

beneficiada pela presunção cabe-lhe a alegação do *factum probans*, estando igualmente onerada com a prova do mesmo.

Assim, atentas as exigências decorrentes do princípio dispositivo, incumbirá às partes alegar toda a matéria factual essencial, sobre a qual funda as suas pretensões, sendo que, no caso das presunções absolutas, tal como se referiu³⁴³, o objecto de tal matéria serão os indícios subjacentes à presunção que esteja em causa. E tais factos serão os que sejam idóneos a se subsumir na norma em causa, enquanto indícios do facto presumido, existindo situações em que é a própria que detalha e circunscreve quais os que se afiguram enquanto indícios do presumido, é o caso do catálogo de factos índice respeitantes à insolvência “inilidívelmente” culposa (art. 186º nº2 CIRE).

Tal como acontece nas presunções relativas, também aqui, não é apenas sobre os factos-base das presunções absolutas que incide o ónus de alegação, o mesmo acontece relativamente ao facto presumido, também este facto terá de ser oportunamente alegado³⁴⁴, uma vez que, também este se afigura enquanto pressuposto normativo - a sua conclusão inilidível está consagrada na regra jurídica.

Deste modo, atento o princípio dispositivo, à parte que pretenda beneficiar dos efeitos jurídicos de certa presunção *juris et de jure*, cabe-lhe alegar quer o facto-base sobre o qual assenta a presunção, bem como o facto presumido cujo direito ou interesse lhe é tutelado pela norma em causa, não se podendo o juiz se substituir ao interessado em quaisquer dessas alegações. Assim, tanto os factos-base da presunção *juris et de jure*, como o facto presumido, afiguram-se enquanto *factos essenciais* a uma causa baseada nalguma presunção absoluta, ainda que, apenas sobre um deles coincida ónus de alegação e de prova - os factos-base - enquanto *premissas subjacentes aos pressupostos factuais da presunção*. Ambos os factos estarão sujeitos ao *ónus de alegação*, ao passo que, o *facto presumido, enquanto conclusão jurídica dependente daquelas premissas, estará sujeito apenas ao ónus de alegação*.

Destarte, a parte beneficiada pela presunção, apenas terá de demonstrar o(s) facto(s)-base sobre os quais assenta a presunção em causa, estando esta parte

³⁴³ *Supra*, pontos 3.2 e 4.3.2.

³⁴⁴ Devendo ser alegado logo na fase dos articulados, na respectiva peça.

dispensada de provar o facto presumido que quer ver reconhecido, bastando, para o efeito, a sua alegação.

Assim, por exemplo, no caso da presunção de má fé na posse adquirida por violência (art. 1260º nº3 CC), a parte que beneficie da mesma, terá de alegar e demonstrar, enquanto pressupostos factuais da presunção, que tinha a posse de certa coisa, e que, foi desapossada da mesma, com recurso a violência, tendo, para o efeito, de demonstrar factos que se subsumam ao conceito de violência (enquanto facto-base do qual depende o funcionamento da presunção)³⁴⁵. Já quanto ao facto presumido, bastará a sua alegação, ou seja, que uma posse adquirida em tais circunstâncias *é sempre considerada de má fé*, o que corresponde à conclusão jurídica que incide sobre os factos jurídicos indiciários.

Conforme já se adiantou, contrariamente ao que acontece nas presunções *juris tantum*, em que, relativamente ao facto presumido, o ónus da prova se inverte³⁴⁶, ao abrigo da norma prevista no art. 344º nº1 CC, nas presunções absolutas a situação é diferente. Na medida em que nestas presunções não se verifica a duplicação do *thema probandum*, o objecto de prova aqui, apenas incide sobre o(s) facto(s)-base da presunção, pelo que, não se verificando essa duplicação, não existirá qualquer inversão do ónus da prova.

Por outras palavras, a parte que beneficie de certa presunção *juris et de jure*, apenas terá de provar o(s) facto(s)-base sobre os quais assenta a presunção. Provado que esteja tal pressuposto factual, dá-se por reconhecido o facto presumido, sem que a contraparte o possa ilidir, contrariamente ao que acontece nas presunções *juris tantum*, em que a contraparte pode ainda assim proceder à ilisão através da demonstração de um facto contrário àquele. Deste modo, nas presunções absolutas, o objecto de prova tem apenas uma incidência – *é unicamente sobre o(s) facto(s)-base que toda a actividade probatória se desenvolve*.

Feita a demonstração de tais factos (indiciários), opera-se a conclusão jurídica – *a afirmação da presunção legal absoluta* – que se traduz no reconhecimento, *ope legis*, de um outro facto, presumido, o qual, terá o valor de

³⁴⁵ Acerca dos factos que se integram no conceito legal de violência, *vide*, Ac. STJ de 19-10-2016 (Processo nº 487/14.4T2STC.E2.S1, Relator: FERNANDA ISABEL PEREIRA).

³⁴⁶ *Supra*, pontos 4.1.2.1 e 4.2.1.1.

*prova pleníssima*³⁴⁷, por não admitir prova em contrário, nem por confissão³⁴⁸, tornando-se, por esta via, *absolutamente adquirido e inatacável*³⁴⁹. Ainda assim, “a montante”, é possível a contraparte prejudicada pela presunção, inviabilizar a formação da mesma, conforme se analisará em seguida.

4.3.3 Defesa face a presunções absolutas

Até aqui analisou-se o regime da prova por presunção *juris et de jure* na perspectiva da parte beneficiada pela mesma. Agora é o momento de analisar os possíveis modos de reacção da contraparte, isto é, como se poderá defender a parte prejudicada por certa presunção absoluta.

Conforme se analisou, nas presunções *juris tantum*, a contraparte desfavorecida pelos respectivos efeitos, terá duas possibilidades de defesa, por um lado, poderá atacar directamente a veracidade dos factos-base sobre os quais se funda a presunção, situação em que, estaremos perante defesa directa, onde se insere a *impugnação de matéria de facto*. Poderá ainda esta parte, naquelas situações, defender-se pela demonstração de facto(s) em contrário ao presumido, nos moldes atrás detalhados de modo a impedir a conclusão jurídica presuntiva, situação em que se estará no domínio da defesa indirecta, via tendente à ilisão da presunção. Ora, no caso das presunções absolutas, conforme já se detalhou, não admitindo esta modalidade ilisão mediante prova em contrário³⁵⁰, a defesa da

³⁴⁷ Cfr. L. PIRES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 104.

³⁴⁸ Cfr. J. LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra Editora, 1991, p. 317, Nota 40.

³⁴⁹ Assim, no exemplo referido anteriormente acerca da presunção inilidível de má fé (art. 1260º n.º3 CC), a partir do momento em que a parte favorecida pela presunção demonstre que foi desapossada de certa coisa com recurso a violência, dá-se por absolutamente adquirido, que tal posse é de má fé.

No caso da presunção absoluta de insolvência culposa (art. 186º n.º2 CIRE), demonstrada que esteja alguma das situações indiciárias previstas nas várias alíneas da norma, conclui-se, em termos absolutos, a verificação de insolvência culposa, em consequência do funcionamento dos efeitos presuntivos, não será sequer necessário demonstrar onexo causal entre a actuação dos sujeitos em causa e a criação ou agravamento do estado de insolvência, circunstâncias que se encontram abrangidas pela presunção. A este propósito, *vide* doutrina e jurisprudência *supra* identificados na n. 332.

³⁵⁰ Conforme determina o art. 350º n.º2 CC, onde se dispõe: “*As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir*” (sublinhado nosso). Ora, nas presunções absolutas, por força da parte final da citada norma, é a própria lei que proíbe a ilisão mediante prova em contrário.

parte prejudicada pelo efeito presuntivo, assume feições mais desfavoráveis, ficando circunscrita à impugnação sobre o(s) facto(s)-base. Vejamos.

Nas presunções absolutas poderá a parte desfavorecida pela mesma, defender-se, atacando directamente o(s) facto(s)-base da presunção em causa que lhe serve de sustentação, através de impugnação, a qual, se poderá revestir numa de duas modalidades possíveis. Por um lado, poderá esta parte não impugnar tais factos, mas antes afirmar que tais factos-base não poderão ter o efeito pretendido pela contraparte³⁵¹, situação que se traduz numa *impugnação de direito*. A título de exemplo, será o caso, quando esteja em causa a presunção de má fé decorrente do desapossamento com recurso a violência (art. 1260º nº3), a circunstância do desapossador não negar os actos de violência em seu desfavor alegados, mas antes, impugnar a sua subsunção à norma em causa, invocando por exemplo, que tais actos aconteceram, mas não se enquadrarão no conceito de violência³⁵², e desse modo, não poderá ser aplicada aquela norma presuntiva invocada.

Por outro lado, poderá ainda a parte desfavorecida pela presunção negar o(s) facto(s)-base alegados pela contraparte, situação que consubstancia uma *impugnação de facto* - nesta hipótese, mais usual, ataca-se, directamente, os imprescindíveis “alicerces” factuais sobre os quais se funda a presunção, através da negação da sua existência. Caso o consiga, situação que se verificará quando tal matéria de facto não seja dada por provada, ficará, desde logo, inviabilizada a consolidação da presunção e a respectiva conclusão.

Denote-se que, tendo qualquer das presunções (absolutas e relativas) os mesmos elementos estruturais – facto-base/nexo lógico/facto presumido – em termos de valoração probatória, a diferença assenta no facto presumido, o qual, nas presunções *juris tantum*, feita a prova dos seus pressupostos factuais (facto-base), assume-se enquanto prova plena. Já nas presunções *juris et de jure*, a partir do momento em que seja feita a prova de tais pressupostos factuais, assumir-se-á o correspondente facto presumido valorado enquanto prova pleníssima, na medida

³⁵¹ *V.g.* quando se afirma que tais factos não se subsumem à presunção legalmente prevista, ou que o efeito jurídico da presunção não será o invocado pela contraparte.

³⁵² Acerca do conceito de violência, *cfr.* Ac. STJ de 19-10-2016 (Processo nº 487/14.4T2STC.E2.S1, Relator: FERNANDA ISABEL PEREIRA).

em que é a própria lei (art. 350º nº2 CC) que proíbe a prova em contrário, em face da presença de tais premissas factuais.

Deste modo, nas presunções absolutas, o facto que ficará “*plenissimamente provado*” será o facto presumido, e não o(s) facto(s)-base sobre os quais se funda a presunção, sendo que o primeiro, tal como acontece nas presunções relativas, poderá assim ser contrariado por contraprova ou prova do contrário, consoante a prova que seja utilizada na sua demonstração³⁵³.

Assim, atento o exposto, a impugnação do(s) facto(s)-base da presunção *juris et de jure*, seguirá o mesmo regime e inerentes vicissitudes, da impugnação relativa às presunções *juris tantum*, matéria já analisada, para a qual se remete – *supra*, ponto 4.2.2.

³⁵³ *Independentemente do seu carácter ilidível ou inilidível, a parte contrária pode sempre atacar o facto que serve de base da presunção, procurando demonstrar que ele é duvidoso ou não é mesmo verdadeiro. A prova do facto que serve de base à presunção pode, pois, ser impugnada mediante contraprova – destinada a tonar o facto duvidoso – ou prova do contrário – dirigida a demonstrar o contrário do facto provado (artºs 346 e 347 do Código Civil). Cfr. Ac. TRC de 10-09-2013 (Processo nº 171/10.8TBSAT.C1, Relator: HENRIQUE ANTUNES).*

CONCLUSÕES

I. Presunções legais e judiciais têm em comum a circunstância de, perante a dificuldade em se demonstrar certo facto que se quer ver reconhecido em juízo, se alcance a idoneidade da alegação fáctica mediante um juízo incidente sobre um outro facto secundário, diverso daquele, que se conectam, através de um nexo lógico, modo pelo qual, se alcança algo que subiste por provar, atentas as circunstâncias conhecidas.

II. Contudo, existem características próprias de cada espécie que as distanciam, as primeiras estão previstas em normas positivadas dentro do ordenamento jurídico, sendo essa “normativização” e inerente nexo lógico fixado à priori pelo legislador que as caracteriza e distancia das segundas, de índole mais casuístico e numa relação mais próxima com o julgador daquela causa em concreto.

III. Em função da especificidade do elemento nexos lógico subjacente a cada uma das espécies, deverá a classificação da sua natureza ser feita de modo autónomo, e não em conjunto.

IV. As segundas, dadas as implicações das deduções lógicas no caso em concreto pelo julgador, deverão ser classificadas quanto à sua natureza enquanto um tipo de raciocínio lógico ou meios lógicos ou mentais de que o julgador se serve para a descoberta de factos, em conformidade com o entendimento jurisprudencial dominante.

V. Nas presunções legais, a influência do julgador é substituída pela importância da norma em causa, bem como pelas repercussões da duplicação do objecto da prova e respectivos ónus que lhe estão associados, assumindo-se quanto à sua natureza, como um *meio de dispensa parcial de prova*.

VI. O funcionamento das presunções legais define-se como um “processo dentro do próprio processo”, em que são partes integrantes os seus três elementos estruturais - facto-base, nexos lógico e facto presumido – os quais são indissociáveis e interdependentes entre si, atenta a relevância de cada um dos factos para a

pretensão em causa, numa razão de unidade da figura, de tal modo que uma causa de pedir sustentada nalguma presunção será composta pelo facto-base e facto presumido.

VII. O facto-base assume-se enquanto *pressuposto factual* da presunção, é sobre esta matéria que incide e se exige a actividade probatória, desempenhando deste modo a função de facto sobre o qual assenta a pretensão da parte favorecida pelo efeito presuntivo, cuja prova lhe compete, nos termos do disposto no art. 342 n.º1 CC.

VIII. No nosso ordenamento jurídico existe uma grande quantidade e variedade de presunções legais em vários domínios, em razão das quais os indícios que lhes estejam subjacentes podem assumir características diversas, cuja valoração, nos casos em que sejam múltiplos, deverá ser feita num *contexto global*, podendo-se inclusivamente cumular com indícios endoprocessuais formados no próprio processo, cumpridos que estejam certos requisitos quanto à sua concreta admissibilidade.

IX. O facto presumido consubstancia-se na conclusão jurídica prevista na norma em causa, sendo este o facto cujos efeitos decorrentes do seu reconhecimento aproveitam à parte favorecida pela presunção, que em consequência da inversão do ónus da prova (art. 344.º n.º1 CC) estará dispensada da sua demonstração, mas já não da sua alegação por imposição do princípio dispositivo.

X. Em termos conceptuais factos-base de presunções judiciais e legais têm natureza instrumental, na medida em que a matéria factual respeitante a ambas se destina a alcançar um outro facto cujos efeitos têm eficácia na pretensão em juízo

XI. Os factos-base de presunções judiciais ainda que possam ter um papel importante na narrativa global das partes não preenchem qualquer previsão legal, nem as pretensões jurídico-materiais da parte, não se subsumindo directamente a uma regra jurídica, sendo a sua função é unicamente probatória enquanto auxílio na demonstração dos factos essenciais em causa, esses sim preenchem certa previsão legal e fazem parte da causa de pedir, o que justifica que sigam o regime

dos factos instrumentais previsto no art. 5º n.º2 al. a) do CPC, conforme tem sido o entendimento dominante da doutrina e jurisprudência.

XII. Já os factos-base de presunções legais, seguindo o *critério da substanciação da causa de pedir*, tendo enquadramento normativo, encontram-se (pré)seleccionados por regras substantivas, com base nas quais se formula uma determinada conclusão presuntiva atentos os seus pressupostos factuais, assumindo-se enquanto *factos normativamente concretos* que servem de fonte àquela conclusão e simultaneamente de requisitos quanto ao seu funcionamento, circunstância pela qual deverão ser tratados enquanto factos essenciais.

XIII. Segundo o *critério epistemológico-funcional da prova* atenta a previsão normativa e inerente nexó lógico “normativizado”, pelos quais a ordem jurídica favorece certa parte dispensando-a da prova do facto presumido que quer ver reconhecido, o que resulta numa dependência quanto aos seus pressupostos indiciários para a cominação jurídica pretendida e conseqüente procedência da pretensão circunstância que atribui aos factos-base subjacentes a presunções legais uma conotação factualisticamente essencial.

XIV. Seguindo um critério complementar aponta-se a *função essencial dos factos na narrativa da parte beneficiada pela presunção à luz do CPC*, que expressamente qualifica certos factos narrados como essenciais (arts. 552º n.º1 al. d) e 572º al. c) ambos do CPC), face aos quais, existindo alguma pretensão baseada nalguma presunção legal, terão, forçosamente, de ser parte integrante daquela narrativa.

XV. Em presunções legais, na matéria respeitante ao facto presumido, ónus de alegação e ónus da prova não coincidem; ao invés, no que respeita ao facto-base verifica-se a coincidência entre ónus de alegação e de prova.

XVI. Numa pretensão formulada com base nalguma presunção legal, atento o critério de unidade da figura, facto-base e facto presumido são parte integrante da causa de pedir, ainda que a parte favorecida pela mesma esteja dispensada da prova do segundo, ambos estão sujeitos ao ónus de alegação.

XVII. A inversão do ónus da prova decorrente do art. 344º nº1 CC não implica uma integral inversão do ónus da prova, mas sim uma parcial e hipotética inversão; Parcial, porque apenas em relação à parte desfavorecida pelo facto presumido se verifica a inversão do ónus da prova; Hipotética na medida em que a inversão não é automática, apenas funcionará na eventualidade da parte prejudicada não pretender ou não conseguir “atacar” o(s) facto(s)-base da presunção, caso o consiga, a presunção nem se chega a consolidar, o que inutilizará os efeitos decorrentes da inversão.

XVIII. Em resultado da duplicação do objecto da prova, a parte beneficiada pela presunção estará onerada com a demonstração do(s) facto(s)-base sobre os quais assenta a sua pretensão ao abrigo do art. 342º nº1 CC, regime (geral) que, do ponto de vista do beneficiado pela presunção, não será afastado pela regra especial prevista art. 344º nº1 CC.

XIX. Corolário da duplicação do *thema probandum* em matéria de presunções legais é a coexistência de “campos distintos de prova”, um que incide sobre o facto-base, outro que tem por objecto o facto presumido, cada um regido por regras (probatórias) próprias e respectivos ónus.

XX. Do ponto de vista da parte prejudicada pela presunção relativa, a sua defesa poderá ser dirigida a cada um dos factos em causa.

XXI. À parte prejudicada pela presunção que se defenda por via de impugnação sobre o(s) facto(s)-base da presunção, de modo a inutilizar desde logo os pressupostos factuais sobre os quais se sustenta, cabe-lhe o correspectivo ónus, devendo para o efeito, oportunamente, tomar posição definida sobre tais factos.

XXII. Aplicando-se o regime geral do ónus da prova quanto aos factos-base da presunção relativa e absoluta, a consequência para a contraparte prejudicada pela mesma, no âmbito da defesa por impugnação será que, igualmente se aplicarão as regras gerais relativamente à negação dos mesmos: bastando a contraprova, caso os factos-base sejam demonstrados através de prova bastante (art. 346º CC), ou, prova do contrário (art. 347º CC), caso os factos-base sejam demonstrados mediante prova plena.

XXIII. Estando em causa presunções relativas, caso o desfavorecido pela mesma não impugne o(s) facto(s)-base sobre os quais se funda a presunção, pode-se ainda defender, no campo incidente sobre o segundo objecto de prova - de forma cumulada ou autónoma face à impugnação sobre o facto-base - ilidindo a presunção através da demonstração de algum facto contrário ao presumido, cabendo-lhe o correspondente ónus da prova (invertido) ao abrigo do disposto no art. 344º nº1 CC.

XXIV. O modo de defesa que tenha por objecto a demonstração de algum facto contrário ao presumido apresenta características híbridas, por um lado, do ponto de vista da causa de pedir e respectiva pretensão associada a este facto, estar-se-á a negar um facto já alegado (ainda que dispensado de prova) que aproveita à contraparte, neste sentido esta defesa está dotada de características de uma defesa por impugnação indirecta (ou motivada).

XXV. Por outro lado, atendendo às implicações das regras subjacentes ao ónus da prova, a defesa incidente sobre o facto presumido “moveu-se” para factualidade diversa da que onerava a parte favorecida pela presunção, matéria cujo ónus de prova, em resultado da regra de inversão decorrente do art. 344º nº1 CC, caberá à parte prejudicada pela presunção, o que, nesta perspectiva, aproxima este modo de defesa de uma excepção perentória.

XXVI. Os factos tendentes à demonstração de um facto contrário ao presumido, são matéria essencial à defesa, estando sujeitos ao respectivo tratamento, caso tal factualidade seja dada por provada, terá um efeito impeditivo sobre a ilação que está subjacente à norma substantiva em causa e respectiva conclusão jurídica que lhe está associada, circunstância que terá as devidas repercussões na decisão de mérito.

XXVII. As presunções absolutas distinguem-se das relativas pela circunstância de nas primeiras não se admitir prova em contrário sobre o facto presumido, provados que estejam os seus pressupostos factuais, que se assumem como prova

pleníssima face à pretensão, é a própria lei, que *ope legis*, dá por adquirido o facto presumido sem necessidade de qualquer sindicância crítica sobre este facto.

XXVIII. As presunções absolutas têm como consequência uma forte compressão do estruturante princípio do contraditório - um dos principais pilares do nosso sistema processual - circunstância pela qual se deverão enquadrar como uma situação excepcional (em que as presunções relativas serão a regra), devendo para o efeito, as concretas normas expressamente indicar que verificado um certo facto dá-se por verificado, em absoluto, um outro facto (presumido), sem possibilidade de o contrariar mediante prova em contrário: é o que acontece quando a concreta norma presuntiva indica que atenta a ocorrência de certos factos (base), se refere aos factos presumidos *considerando-os sempre* verificados.

XXIX. Corolário da diferença entre presunções absolutas e relativas é a circunstância de nas primeiras não se verificar a duplicação do *thema probandum*, o objecto de prova incide unicamente sobre o(s) facto(s)-base da presunção, sendo esta matéria de natureza essencial que a parte favorecida pela mesma terá de demonstrar (e previamente alegar), ficando, de igual modo, a defesa da contraparte circunscrita à negação desta matéria, fazendo-o por impugnação.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *O Novo Processo Civil, Contributo da Doutrina Para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2ª Edição, Centro de Estudos Judiciários, Dezembro de 2013. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf

AA.VV., *O Novo Processo Civil, Textos e Jurisprudência, Jornadas de Processo Civil – Janeiro de 2014 e Jurisprudência dos Tribunais Superiores Sobre o Novo CPC*, Caderno V, Centro de Estudos Judiciários, Setembro de 2015. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/CadernoV_NCPC_Textos_Jurisprudencia.pdf

ARAÚJO, Henrique, *A Matéria de Facto no Processo Civil (da petição ao julgamento)*, Porto, 2009. Disponível em:

<http://www.oa.pt/upl/%7B5cbec3c1-7540-44b0-b744-b0ba937e148b%7D.PDF>

CABRITA, Helena, *A Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível*, Coimbra Editora, 2015.

CASANOVA, J.F. Salazar, *Os Factos Instrumentais e a Verdade Material*, Revista do CEJ, 2º Semestre, nº10, 2008, pp. 81-108.

_____, *Poderes de Cognição do Juiz em Matéria de Facto*, Revista do CEJ, I, 1º Semestre, 2014, pp. 7-32.

BORGES, Ronaldo Souza, *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*, D'Plácido Editora, Belo Horizonte, 2016.

CASTRO, Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol.I, Almedina, 1981.

FARIA, Paulo Ramos de/ LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, Almedina, 2013.

FREITAS, José Lebre de, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

_____, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

FREITAS, José Lebre de/REDINHA João/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.1º, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008.

FREITAS, José Lebre de/ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.1º, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2014.

GERALDES, António Abrantes, *Temas da Nova Reforma do Processo Civil*, Julgar, nº16, Jan./Abr. 2012.

_____, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 2ª. Edição, Almedina, 2014.

GOMES, Manuel Tomé Soares, *Decisões Judiciais: simplificar a escrita, comunicar melhor, ganhar eficácia* in *O Novo Processo Civil, Contributos da Doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2ª Edição, Centro de Estudos Judiciais, Dez.2013, pp.331-358. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf

GOUVEIA, Mariana França, *A Prova*, in *Themis*, Edição Especial Código Civil Português – Evolução e perspectivas actuais, 2008, pp. 331-341.

_____, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Almedina, 2004.

HARET, Florence Cronemberger, *Por um Conceito de Presunção*, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, V 104, Jan./Dez. 2009, pp. 725-744. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67876/70484>

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, tradução de António Cortês, 5ª. Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

MÁLUF, Carlos Alberto Dabus, *As Presunções na Teoria da Prova*, in, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V.79, 1984, pp. 192-223. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67011/69621>

MENDES, João de Castro, *Do Conceito de Prova no Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961.

MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, 2000.

PIMENTA, Paulo, *Os temas da prova*, in, *O Novo Processo Civil, Contributos da Doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2ª Edição, Centro de Estudos Judiciários, Dez. 2013, pp. 225-252. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf

PINTO, Rui Gonçalves, *Notas ao Código de Processo Civil*, 1ª. Edição, Coimbra Editora, 2014.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª. Edição, Almedina, 2006.

REGO, Carlos F. Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol.I, 2ª Edição, Almedina, 2004.

_____, *O Ónus da Prova nas Acções de Investigação da Paternidade*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, pp. 781 e ss.

_____, *O Princípio Dispositivo e os Poderes de Convolação do Juiz no Momento da Sentença*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, vol. 1, Coimbra Editora, 2013, pp. 781-810.

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1981.

_____, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1981.

ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, tradução (de Ernesto Krotoschin) da 3ª Edição de “*Die Beweislast*”, de 1951, Editorial B DE F, Buenos Aires, 2002.

SABATÉ, Luis Muñoz, *Curso de probática judicial*, La Ley, Madrid, 2009. Disponível em: <https://www.muchoslibros.com/pdfs/capitulos/9788481264579.pdf>.

_____, *Técnica Probatória, Estudos Sobre las Dificultades de la prueba en el Proceso*, Editorial Praxis, 1967. Disponível em:

<https://pt.scribd.com/document/60306448/TECNICA-PROBATORIA-LUIS-MUNOZ-SABATE>

SERRA, Vaz, *Provas, Direito Probatório Material*, in BMJ nº 110, 1961.

SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2ª. Edição, Almedina, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, 1995.

_____, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 1997.

_____, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português*, Revista de processo, Nº 228, São Paulo, Fev. 2014, pp. 311-324.

TARUFFO, Michele, *La Prueba De Los Hechos*, Editorial Trotta, 2002.

_____, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Revista Paulista de Magistratura, Vol.2, Nº2, São Paulo, Jul./Dez. 2001, pp. 171-204. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/RevistaEPMView.aspx?ID=5520>

TRINDADE, Cláudia Alves, *A Prova de Estados Subjetivos no Processo Civil, Presunções Judiciais e Regras de Experiência*, Almedina, 2016;

VARELA, Antunes/BEZERRA, Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1985.