

O abuso de direito em execução de sentença *versus* prova admissível em sede de embargos de executado

André Teixeira dos Santos

Juiz de Direito
Mestre em Direito

Resumo: Poderá um executado defender-se invocando que o exequente atua em abuso de direito numa execução fundada em sentença? Estará tal alegação circunscrita a determinados meios de prova, sob pena de ser liminarmente rejeitada?
A solução a estas questões depende da espécie de execução tendo em conta o seu fim?
A resposta a estas questões constitui o objeto da presente reflexão.

Palavras-chave: - Execução; processo executivo; abuso de direito; embargos de executado; oposição à execução.

1. O QUADRO JURÍDICO

O Código de Processo Civil de 1961 prescrevia:

«Artigo 813.º

Fundamentos de oposição a execução baseada em sentença

Fundando-se a execução em sentença, a oposição só pode ter algum dos fundamentos seguintes:

(...)

h) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento. A prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio.».

O regime anterior ao Código de Processo Civil de 2013 previa:

«Artigo 814.º

Fundamentos de oposição à execução baseada em sentença ou injunção

1 - Fundando-se a execução em sentença, a oposição só pode ter algum dos fundamentos seguintes:

(...)

g) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento. A prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio».

A atual redação do Código de Processo Civil, prevê:

«Artigo 729.º

Fundamentos de oposição à execução baseada em sentença

Fundando-se a execução em sentença, a oposição só pode ter algum dos fundamentos seguintes:

(...)

g) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento; a prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio».

Daqui decorre que existe uma larga tradição no nosso direito adjetivo civil em restringir de forma taxativa os fundamentos de embargos à execução fundada em sentença, exigindo-se que o facto *extintivo* ou *modificativo* da obrigação exequenda seja *superveniente* à discussão da causa declarativa e esteja *provado por documento*. Como sintetizado por Anselmo de CASTRO, o âmbito da oposição à execução «*compreende só e todos os fundamentos que a natureza do título não exclua*» (A *Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1973, pág. 278).

Executando-se uma sentença, o legislador arvorou um sistema restritivo de fundamentos de oposição à execução (MENDES, Castro, *Direito Processual Civil*, vol. III, *Recursos e Acção Executiva*, Lisboa: AAFDL, 1989, págs. 328-329).

Por seu turno, a execução para a prestação de facto tem regime específico, na medida em que a própria lei prevê expressamente que o executado possa deduzir embargos à

execução, ainda que se funde em sentença, com fundamento em ter cumprido posteriormente a obrigação, o que poderá ser provado por qualquer meio — artigo 868.º, n.º 2, *in fine*, do Código de Processo Civil.

Essa divergência de regime prende-se com o próprio *fim* da execução.

Na execução para o pagamento de quantia certa baseada em sentença temos uma decisão que condenou o executado a pagar ao exequente determinada quantia pecuniária. Os efeitos do caso julgado — «*a tendencial imutabilidade do caso julgado, que conduz a que os tribunais não tenham poder jurisdicional para julgar novamente o que já foi decidido em ação judicial ou procedimento em que foi produzida sentença*» (PINTO, Rui, *A Ação Executiva*, Lisboa: AAFDL, 2018, pág. 375) — impõem que o executado somente possa esgrimir defesa que consista em facto extintivo ou modificativo da obrigação exequenda se esse facto for *posterior* ao encerramento da discussão no processo declarativo onde se formou o título executivo.

Por questões de segurança próprias da defesa do caso julgado, impõe-se que tal facto se prove por documento, com exceção da prescrição que, pela natureza das coisas, não se prova por esse meio, mas pelo decurso do tempo.

Já na execução para a prestação de facto, o cumprimento do facto exequendo necessariamente terá de ocorrer posteriormente e corporizar-se em ações ou incumprimento de omissões que naturalmente não se materializam em documento, não fazendo, pois, sentido exigir a prova do cumprimento por documento.

2. A NOÇÃO DE FACTO PROCESSUALMENTE RELEVANTE E RESTRIÇÃO PROBATÓRIA

2.1. TESE DA DESCONSIDERAÇÃO DA LITERALIDADE DA RESTRIÇÃO LEGAL

Há quem pugne que não se pode atender ao *sentido literal* da lei adjetiva na parte em que exige que o facto superveniente se prove por documento, em face da interpretação sistemática. Esta ditaria que a exigência de prova documental só se reportaria àqueles casos em que esse meio de prova *correspondesse a uma imposição legal* (como a estabelecida nos artigos 394.º e 395.º do Código Civil) ou em que, pelo menos, ela fosse usual no comércio jurídico, como a prescrição ou o cumprimento da obrigação de *facere*

(cf. artigo 868.º n.º 2, *in fine*, do Código de Processo Civil). Fora desse âmbito tratar-se-ia de uma *restrição não razoável* ao direito de acesso à justiça, previsto no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, como se passaria no caso das benfeitorias, que reclamam a prova pericial¹.

Em suma, para esta tese a adequação do meio de prova não pode deixar de ser em função do facto a provar.

Esta posição não tem sido sufragada nem pela doutrina nem pela jurisprudência², na medida em que não se descortinaria a razão de ser da limitação prevista na lei adjetiva, tornando-a redundante. Esta tese revela-se, pois, uma interpretação restritiva da lei contrariando, como se verá *infra*, a intenção legislativa, a *ratio* subjacente à exigência da prova por documento.

2.2. TESE DA RESTRIÇÃO LEGAL *TOUT COURT*

Situando-se nos antípodas da tese do ponto anterior, há quem não enuncie qualquer exceção à restrição legal probatória. Esta corrente centra-se nos embargos à execução fundada em sentença, reclamando um facto superveniente³ e, cumulativamente, que esteja provado por documento (não se tratando de prescrição)⁴. Estabelece uma equiparação da restrição probatória com o recurso de revisão de sentença [artigo 696.º, alínea c), do Código de Processo Civil] na medida em que em ambas as situações se visa afastar o efeito de um ato processual decisório já transitado em julgado, sendo natural que os meios de prova admissíveis sejam equivalentes⁵.

¹ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Acção Executiva Singular*, Lisboa: Lex, 1998, págs. 178-179.

² Afastando-a expressamente, cf. Ac. do STJ de 02.12.2008, processo n.º 08A3355, disponível em www.dgsi.pt. Os arestos citados sem indicação de fonte de consulta respeitam ao sítio da dgsi.

³ Afastando os factos modificativos e a superveniência subjetiva, cf. Rui PINTO, *op. cit.*, págs. 292-293 e 398; GONÇALVES, Marco Carvalho, *Lições de Processo Civil Executivo*, 4.ª ed, Coimbra: Almedina, 2020, pág. 263. Na jurisprudência, *vd.*, Ac. do STJ de 02.12.2008, processo n.º 08A3355.

⁴ Como é o caso do pagamento, Acs. do TRP de 08.01.2024, processo n.º 706/16.2T9VFR-A.P1, do TRE de 20.01.2005, processo n.º 2248/04-3, do TRL de 19.03.2002, processo n.º 0063161; e de acordo posterior à sentença, Acs. do TRP de 03.06.2013 e de 25.03.2019, processos n.ºs 159/09.1TBMDB-B.P1 e 226/16.5T8MAI-E.P1; valendo a exigência da prova por documento do facto modificativo/extintivo da obrigação para uma eventual mora do exequente, Ac. do TRE de 19.03.2024, processo n.º 801/21.6T8MMN-A.E1.

⁵ GERALDES, António Santos Abrantes *et alii*, *Código de Processo Civil anotado*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2023, vol. II, pág. 87.

2.3. TESE DA RESTRIÇÃO LEGAL, MAS ADMITINDO OUTROS MEIOS DE PROVA QUE ENCERREM MAIOR SEGURANÇA

Outra tese, para além da prova documental, admite a confissão⁶ ou outros meios de prova ainda mais seguros que o documento, como sejam a inspeção judicial ou a peritagem⁷.

Nesta senda, exceções perentórias, como a do pagamento, sem que venham acompanhadas de prova documental ou confissão (requerimento de depoimento de parte), deverão ser logo conhecidas em sede de saneador-sentença, «*consubstanciando em rigor o prosseguimento dos autos com a realização da audiência de discussão e julgamento a prática de acto inútil no processo, proibido, portanto (cfr. artº 130º, do CPC).*» (Ac. do TRL de 05.07.2018, processo n.º 2061/17.4T8CSC-A.L1-6). Dando, inclusive, azo ao indeferimento liminar dos embargos à execução por manifestamente improcedentes (Ac. do TRP de 15.12.2016, processo n.º 1418/13.4TTVNG-A.P1), dado que a produção de prova testemunhal sobre o facto superveniente constituiria um ato processualmente inútil, proibido pelo artigo 130.º do Código de Processo Civil (Acs. do TRP de 03.06.2013, processo n.º 159/09.1TBMDB-B.P1, e do TRL de 14.01.2025, processo n.º 3188/12.4TBTVD-G.L1-1).

2.4. TESE DA IMPOSSIBILIDADE DA PROVA DO FACTO POR DOCUMENTO OU DA “ANORMALIDADE” DE HAVER DOCUMENTO

Em tempos, sufragou-se que a exceção de o facto superveniente não carecer de ser provado por documento não se circunscreveria à prescrição, a qual não se prova normalmente por documento, mas igualmente abrangeria o caso da usucapião, bem como as situações semelhantes em que não é normal ou possível, ou se apresenta desnecessária, a prova documental, como acontece, ou pode acontecer, com a verificação de condição resolutiva⁸.

Esta posição, todavia, parte de premissas específicas. Na verdade, assenta no facto

⁶ Admitindo a confissão dada a sua natureza de prova plena, Acs. do STJ de 04.07.2019, processo n.º 5762/13.2TBVFX-A.L1.S1, do TRL de 02.07.2015, processo n.º 477/11.9TMLSb-A.L1-2, e de 05.07.2018, processo n.º 2061/17.4T8CSC-A.L1-6.

⁷ Rui PINTO, *op. cit.*, pág. 424.

⁸ CASTRO, Anselmo de, *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1973, págs. 289-291.

de considerar que a exigência do documento não se prender com o título executivo ser uma sentença, mas de proteção da execução contra o efeito suspensivo por dedução de embargos assentes em factos que normalmente se provam por documento e que, desacompanhados do documento, se apresentariam como não dignos de credibilidade. Por outras palavras, trata-se de interpretar o regime vigente no Código de Processo Civil de 1961 como não estando alicerçado e justificado na proteção do efeito do caso julgado da sentença e em obstar que se admitisse, na prática, um novo meio de impugnação da sentença, à revelia do regime legal vigente. No fundo, a especificidade do regime não adviria de o título executivo ser uma sentença, mas de proteger a execução contra uma defesa do executado apoiada em factos que normalmente se provam por documento. Destaque-se, igualmente, que abrange as execuções para prestação de facto, daí que exemplifique que a verificação do cumprimento do facto exequendo possa ser feita por inspeção judicial⁹.

É de assinalar que esta opinião, contrariamente ao que atualmente é ponto assente, afastava-se de posições contemporâneas¹⁰, que afastavam a exigência da prova documental quando estivesse em causa título executivo diverso da sentença, ainda que se tratasse de factos normalmente provados por documento. Não parece que o legislador tenha pretendido imiscuir-se na apreciação da prova pelo julgador, exigindo a prova documental de factos que normalmente se provam por documento nas execuções fundadas em título executivo diverso da sentença. Se, pelas regras da experiência comum, pode, em regra, se mostrar inverosímil que tais factos resultem provados por outra prova, a lei não o restringe. Em síntese, o regime *sub judice* circunscreve-se a execuções fundadas em sentença.

No âmbito do atual regime, há quem sustente que a restrição probatória conheça determinadas exceções, ainda reconduzíveis à impossibilidade da prova documental ou sua “anormalidade”, acrescentando a confissão. Circunscreve, e bem, a restrição probatória às execuções fundadas em sentença, diversas da execução para prestação de facto.

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ Cf. CARDOSO, Eurico Lopes, *Manual da ação executiva*, 3.^a ed., Imprensa da Casa da Moeda, 1987, pág. 291.

Contrariamente à primeira tese enunciada, reconhecem que o legislador introduziu um desfasamento entre o direito substantivo, que somente prevê a limitação vertida no artigo 395.º do Código Civil, e o direito adjetivo executivo, potenciando situações em que a execução prossiga, não obstante a obrigação ser insubsistente por força de facto modificativo ou extintivo que não esteja provado por documento. Por exemplo, a obrigação exequenda está extinta por contrato de remissão realizado verbalmente¹¹.

No fundo, à semelhança do que acontece com as exigências legais de forma para determinados contratos, a lei, por razões de segurança e respeito do caso julgado, impõe que a alteração da obrigação reconhecida em sentença seja vertida em documento. As partes têm, portanto, esse ónus, se pretendem fazer-se valer em sede de execução do facto extintivo/modificativo superveniente.

Nesta posição, a severidade do regime encontra-se contrabalançada pela possibilidade de o executado propor uma ação declarativa para restituição do indevido¹².

Todavia, salvaguarda-se, pela sua força probatória, o facto superveniente poder ser provado por confissão, inclusive por depoimento de parte a ter lugar na audiência de julgamento¹³.

Identicamente se excecionam situações equivalentes à razão de ser da prescrição expressamente não se encontrar sujeita à restrição probatória. Estas assentam nos casos em que não é normal ou possível, ou é desnecessária, a prova documental, como sucede com a usucapião¹⁴ e, eventualmente, com a verificação da condição resolutiva¹⁵.

Esta tese não parece, porém, que defenda que *qualquer* facto extintivo/modificativo possa ser provado por outro meio diverso de documento. Pelo contrário, é sublinhado, por um lado, a introdução dum desfasamento com o regime vertido no Código Civil, e, por outro, que poderá haver lugar à prossecução duma execução em que a obrigação já não subsista, restando ao executado instaurar a competente ação declarativa para

¹¹ FREITAS, José Lebre de, *A ação executiva: à luz do Código de processo civil de 2013*, 8.ª edição, Coimbra: Almedina, 2024, págs. 209-210.

¹² *Idem*, pág. 210, nota 18

¹³ *Idem*, *ibidem*.

¹⁴ Ac. do STJ de 06.10.1987, *BMJ* 370, págs. 496-500.

¹⁵ José Lebre de FREITAS, *op. cit.*, pág. 210, nota 16. Dando conta desta posição de Lebre de Freitas, sem se pronunciar expressamente se concorda com a mesma, Marco Carvalho Gonçalves, *op. cit.*, págs. 264-265, nota 876.

restituição do indevido.

Parece que somente se defende que a lei não exija a prova por documento quanto a factos extintivos/modificativos da obrigação exequenda que, pela sua *própria natureza*, não sejam passíveis de ser documentados, ou seja, que naturalmente seja impossível que sejam reduzidos a escrito.

Todavia, se o facto estiver reduzido a escrito — ou se se alegar que o foi — deverá ser provado por documento, por estar afastada a razão em que a dispensa do documento estava alicerçada. Por exemplo, na situação do Ac. do STJ de 30.06.2020, processo n.º 392/14.4T8CHV-A.G1.S1, o facto, ainda que traduzindo um abuso de direito, tinha sido reduzido a escrito — decisão de expropriação.

2.5. POSIÇÃO

A restrição probatória vertida na alínea g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil circunscreve-se às execuções fundadas em sentença e encontra a sua razão de ser na segurança jurídica emprestada ao caso julgado, impondo especiais cautelas à permeabilidade de ser afetado. Daí que se exija cumulativamente um facto superveniente e a sua prova por documento. Note-se que embora o habitual seja a forma escrita, o conceito de documento é amplo, podendo, inclusive, observar a forma de vídeo, áudio ou outra que reproduza o facto (artigo 362.º do Código Civil). As partes, pretendendo afastar os efeitos da sentença transitada em julgado têm o ónus de verter o acordo em documento para que o possam opor à contraparte em execução.

Embora, na maioria das situações a redução do facto superveniente a documento será possível, poderá suceder que, pela natureza das coisas, seja ontologicamente impossível. Aqui urge destrinçar se se trata duma impossibilidade objetiva ou subjetiva. Somente na primeira é de fazer um paralelismo com o regime da execução de sentença para prestação de facto. Na segunda, por ser imputável à parte — à sua inércia —, não existe justificação para restringir a letra da lei. Salvaguardam-se, porém, eventuais situações de abuso de direito como se verá *infra* no ponto 5.

Na execução para prestação de facto a verificação do cumprimento, pela sua natureza, não se compadece com a exclusividade da prova documental. *Mutatis mutandis*,

se o facto superveniente não for ontologicamente passível de ser documentado, a prova testemunhal deve ser admitida, sob pena de se introduzir um desequilíbrio probatório não visado pelo legislador. É o que acontece com a usucapião em que o facto superveniente forçosamente se traduz numa soma de atos, que são diversos de declarações, e, conseqüentemente, objetivamente incapazes de ser corporizados num documento. É de notar que na escritura de justificação a prova não consiste no documento, mas no atestar das declarações das testemunhas dos factos que configuram a usucapião.

Afastamos a *normalidade* de o facto não ser reduzido a documento, para interpretar a restrição probatória legal como dirigida às situações em que a existência do documento seja objetivamente possível.

Sendo a pedra de toque da restrição probatória legal a certeza jurídica, a *ratio* normativa permite a produção de prova que ofereça segurança equivalente ou maior. Destarte, a confissão — que beneficia do valor de prova plena (artigo 364.º, n.º 2, do Código Civil), a prova pericial, a inspeção judicial, se adequadas a provar o facto superveniente, podem ter lugar. A restrição dirige-se a fixar um limiar mínimo de segurança, não a afastar prova que ofereça igual ou maior certeza de demonstrar a verdade material.

3. CONSTITUCIONALIDADE

A exigência do facto superveniente ser provado por documento não viola o princípio da proibição de indefesa.

Como se ponderou no Ac. do STJ de 02.12.2008, processo n.º 08A3355:

«Finalmente e ressaltando sempre melhor opinião, pensamos que a referida exigência de prova documental nada tem de inconstitucional, designadamente, não viola o Art.º 20º da C.R.P.»

Na verdade, o preceito não retira nem limita o direito de acesso ao direito e aos tribunais, apenas condiciona a prova do facto extintivo ou modificativo, que terá de ser feita documentalmente e só em sede de embargos opostos a execução fundada em sentença, tudo em ordem a evitar que o processo executivo seja utilizado para destruir o caso julgado formado na acção declarativa, no âmbito da qual o executado teve todas as possibilidades

de defesa, e obstar a que os embargos se transformem na renovação do litígio já decidido pela sentença que se executa (cf. Alb. dos Reis – obra cit.-28).

No fundo, o que acontece é que o preceito impõe prova vinculada para a demonstração do facto extintivo ou modificativo da obrigação exequenda, da mesma forma que em muitas outras situações a lei impõe tal espécie de prova para a demonstração de certos factos, mal se entendendo que possa ver-se na exigência da alínea g) do Art.º 814 do C.P.C. uma norma inconstitucional, por limitadora do direito de acesso à justiça e não se encontre a mesma inconstitucionalidade nos numerosos preceitos que impõem a prova vinculada ou que fixam a força probatória de determinada prova.

Designadamente, não se vê razão para imputar à limitação de prova prevista na alínea g) do Art.º 814, o vício da inconstitucionalidade, que ninguém aponta às limitações previstas nos Art.º 394 e 395 do C.C.

As limitações de prova impostos pela lei ordinária (seja lei substantiva ou lei processual), obedecem todas a razões perfeitamente pertinentes (e já se assinalou a razão de ser da limitação que ora se discute) que não contendem com a norma constitucional que a todos garante o acesso ao direito e aos tribunais.

De resto, a exigência de prova documental imposta pela alínea g) do Art.º 814º, impõe-se genericamente a todos os embargantes que se oponham à execução fundada em sentença, não estabelecendo, por isso, qualquer discriminação.

A igualdade entre todos, no que concerne ao acesso ao direito não é, pois, posta em causa pela norma em questão.

E esse acesso ao direito e aos tribunais, há-de, naturalmente ser exercitado de acordo com as regras processuais e substantivas que disciplinam o processo e conferem os direitos, todos originários do legislador ordinário e que a todos vinculam por igual.

Acresce que, se o embargante vier a dispor de documento com força probatória suficiente, que à data dos embargos desconhecia ou não pode, justificadamente utilizar, terá sempre direito a recurso de revisão conforme o disposto no Art.º 771 C) do CPC.

Por outro lado, em situação como a dos autos, se a embargante não invocou nem peticionou indemnização pelos concretos lucros cessantes que agora invoca, na acção declarativa, não estará precludido o direito de exigir, em nova acção declarativa, a referida

indemnização, visto que, então, a causa de pedir será diferente.

Não fica, pois, prejudicada a possibilidade de fazer valer em juízo o alegado direito à indemnização em nova acção, onde pode provar o direito a que se arroga por qualquer meio de prova admissível em direito, sem quaisquer restrições ou limitações.

Finalmente, não será de afastar a possibilidade de lançar mão da acção comum de restituição do indevido sempre que, por ex., por falta de documento que prove o facto extintivo ou modificativo, o executado não possa defender-se por oposição à execução fundada em sentença.

A este respeito e no sentido da admissibilidade de tal acção veja-se Anselmo de Castro, in A Acção Executiva Singular, Comum e Especial – 3ª ed. – pag. 296 e seg.

Tudo aponta, portanto, na nossa modesta opinião, no sentido de que a limitação de prova continuada no preceito em análise, não contende com a garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais.

Tal limitação justifica-se atentos os fins específicos do processo executivo, sem prejudicar, afinal, a defesa dos legítimos direitos que o executado possa ter, os quais poderá exercitar por outros meios postos ao seu alcance.»

Observe-se que o caso em análise não é único, havendo outras situações, inclusive com efeitos graves para a preterição da junção do documento, que fazem depender de documento a prova da prática de ato para a parte lograr aproveitar-se desse ato.

Assim, para que o prazo em curso se interrompa com a apresentação de requerimento de apoio judiciário na modalidade de nomeação de patrono, tem de ser junto aos autos comprovativo dessa apresentação, que poderá resultar de outros documentos — mas ainda assim trata-se da prova documental pela certeza que encerra — como seja a junção da decisão de concessão do apoio judiciário ou a nomeação pela Ordem dos Advogados do Patrono.

O Tribunal Constitucional tem vindo a entender que não viola o princípio da proibição da indefesa essa interpretação, dado que não se afigura desproporcional o ónus de juntar esse documento antes de decorrido o prazo em curso — cf., entre tantos, os Acs. n.ºs 98/2004, 285/2005, 57/2006, 117/2010, 350/2016 e 585/2016, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

A exigência da prova documental para provar o facto superveniente não viola, pois, o princípio constitucional da proibição da indefesa, enquanto corolário do processo equitativo previsto no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que o executado tem ao seu alcance outros meios processuais para fazer valer a sua pretensão. À uma, logra obter posteriormente documento demonstrativo do facto — v.g., pagamento — e interpõe recurso de revisão, ou, se ainda for possível, apresenta-o na própria execução; à duas, instaura ação declarativa de condenação do exequente por responsabilidade civil e/ou de restituição do indevido com fundamento no facto superveniente que, nessa sede, poderá ser provado por qualquer meio de prova.

Esta constatação encontra-se em consonância com o corrente entendimento de que, contrariamente ao que acontece na ação declarativa, a falta de dedução de embargos à execução ou a omissão de fundamentos que poderiam ter sido esgrimidos nos embargos não surtir qualquer efeito preclusivo.

Assim, diz José Lebre de FREITAS, *op. cit.*, págs. 226-227:

«Constituindo petição dum ação declarativa e não contestação dum ação executiva, a dedução da oposição à execução não representa a observância de qualquer dos ónus cominatórios (ónus da contestação, ónus da impugnação especificada) a cargo do réu na ação declarativa: nem a omissão de oposição produz a situação de revelia nem a omissão de impugnação dum facto constitutivo da causa de pedir da execução produz qualquer efeito probatório, não fazendo sentido falar, a propósito, de prova de factos alegados pelo exequente ou de definição do direito decorrente do título executivo, o qual continua, após o decurso do prazo para a oposição como até aí, a incorporar a obrigação exequenda, com dispensa, em princípio, de qualquer indagação prévia sobre a sua real existência.

Mas, na medida em que a oposição à execução é o meio idóneo à alegação dos factos que em processo declarativo constituiriam matéria de exceção, o termo do prazo para a sua dedução faz precluir o direito de os invocar no processo executivo, a exemplo do que acontece no processo declarativo. A não observância do ónus de excecionar, diversamente da não observância do ónus de contestar ou do de impugnação especificada, não acarreta uma cominação, mas tão-só a preclusão dum direito processual cujo exercício se poderia revelar vantajoso. Com uma diferença, porém, relativamente ao processo declarativo:

enquanto neste o efeito preclusivo se dissolve, com a sentença, no efeito geral do caso julgado (...), tal não acontece no processo executivo, em que não há caso julgado (...), pelo que nada impede a invocação duma exceção não deduzida (que não respeite à configuração da relação processual executiva) em outro processo. A decisão neste subsequentemente proferida não tem eficácia no processo executivo, mas pode conduzir à restituição ao executado da quantia conseguida na execução, pelo mecanismo da restituição do indevido.».

Donde, caso o executado não deduza oposição à execução e o crédito exequendo vier a ser satisfeito, poderá, ainda assim, propor uma ação declarativa para restituição do indevido, com fundamento na existência de uma causa extintiva da obrigação exequenda que poderia ter alegado em oposição à execução, não podendo o caso julgado servir de fundamento à defesa do réu (exequente) na ação declarativa.

Este é o entendimento que tem vindo a ser subscrito pela jurisprudência dos nossos tribunais superiores, mormente, do STJ — o executado não está submetido a um ónus de concentrar nos embargos à execução toda e qualquer defesa, podendo discutir em ação posterior um fundamento que podia ter suscitado na oposição à execução, quer tenha deduzido oposição por outro fundamento, quer não tenha deduzido em absoluto qualquer oposição.

A título de exemplo, *vide* os Acs. do TRL de 07.02.2013, processo n.º 4279/10.1TBVFX.L1-6; de 24.09.2015, processo n.º 253/14.7YXLSB.L1-2; de 15.12.2020, processo n.º 20509/19.1T8LSB.L1-7 (estes dois últimos sublinham que os efeitos da ação declarativa não se repercutem na ação executiva, antes podendo ter como escopo a restituição do indevido); de 05.12.2024, processo n.º 6307/23.1T8LSB.L1-8; do TRC de 21.01.2014, processo n.º 1117/09.1T2AVR.C1 (em que salvaguarda os efeitos do caso julgado material se a falta de causa da deslocação patrimonial produzida na execução, invocada na ação de restituição do indevido, tiver a ver com a mesma situação jurídica que foi invocada na oposição deduzida à execução, que aí foi alvo de decisão de mérito de improcedência); do STJ de 04.04.2017, processo n.º 1329/15.9T8VCT.G1.S1; de 19.03.2019, processo n.º 751/16.8T8LSB.L2.S1; de 24.05.2022, processo n.º 327/20.5T8CBT.G1.S1 (que revogou o Ac. do TRG de 16.12.2021, dissentindo da jurisprudência das relações aí citada,

que se encontra publicado na dgsi sem qualquer menção à sua revogação), de 03.05.2023, processo n.º 1704/21.oT8GRD.C1.S1; de 10.04.2024, processo n.º 2861/23.6T8BRG.S1 (que cita vária jurisprudência no mesmo sentido).

Atente-se que o princípio da “proibição de indefesa” tem sido entendido pelo Tribunal Constitucional como uma proibição da *limitação intolerável* do direito de defesa perante o tribunal. O que vale a dizer que pode haver limitações à defesa, desde que não sejam intoleráveis.

O direito à prova não implica a total postergação de determinadas limitações legais aos meios de prova utilizáveis, desde que essas limitações se mostrem materialmente justificadas e respeitadoras do princípio da proporcionalidade. Dentro desta linha de entendimento, o Tribunal Constitucional não se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade no tocante a diversas disposições legais que em relação a certos procedimentos jurisdicionalizados, apenas admitem um específico tipo de prova (assim, os Acs. n.ºs 395/89, 209/95, 452/2003 e, com uma recensão da jurisprudência constitucional, com sucinta referência à argumentação em cada caso aduzida, Ac. n.º 157/2008, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

De forma ilustrativa, no Ac. n.º 350/2012, ponto 3¹⁶, o Tribunal Constitucional refere:

«(...) no âmbito de proteção normativa do artigo 20.º da CRP se integrarão, além de um geral direito de ação, ainda o direito a prazos razoáveis de ação e de recurso e o direito a um processo justo, no qual se incluirá, naturalmente, o direito de cada um a não ser privado da possibilidade de defesa perante os órgãos judiciais na discussão de questões que lhe digam respeito. Integrando, assim, a “proibição da indefesa” o núcleo essencial do “processo devido em Direito”, constitucionalmente imposto, qualquer regime processual que o legislador ordinário venha a conformar — seja ele de natureza civil ou penal — estará desde logo vinculado a não obstaculizar, de forma desrazoável, o exercício do direito de cada um a ser ouvido em juízo».

Raciocínio retomado no Ac. n.º 251/2017¹⁷, onde se acrescenta:

«Uma tal restrição não implica, porém, necessariamente uma violação do artigo 20.º

¹⁶ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁷ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

da Constituição. O legislador dispõe de ampla margem de liberdade na concreta modelação do processo a tramitar nos tribunais, judiciais ou arbitrais, cabendo-lhe ponderar os diversos direitos e interesses constitucionalmente relevantes. O Tribunal Constitucional já sublinhou que “(...) o legislador dispõe de ampla margem de conformação no que respeita à modelação do regime de acesso à via jurisdicional, podendo disciplinar o modo como se processa esse acesso, (...) posto que não crie obstáculos ou condicionamentos substanciais” (Acórdão n.º 373/2015, ponto 2 da Fundamentação; cfr. também o Acórdão n.º 674/2016, ponto 14). O princípio do processo equitativo impõe que os regimes adjetivos devem revelar-se funcionalmente adequados aos fins do processo e conformar-se com o princípio da proporcionalidade, não sendo legítimo ao legislador criar obstáculos que dificultam ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e uma tutela jurisdicional efetiva (cfr. Lopes de Rego, “Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e combinações e o regime da citação em processo civil”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra 2003, p. 839)».

E se a restrição de defesa não traduzir uma total ablação por a poder invocar noutro processo que a parte afetada possa instaurar?

Aqui o Tribunal Constitucional indica como critério — saber se as condições normativamente estabelecidas para a inadmissibilidade de determinada defesa importam a criação de dificuldades excessivas e materialmente injustificadas ao direito de defesa, ponderadas as vias procedimentais *alternativas* que são disponibilizadas ao requerido para obter a tutela jurisdicional efetiva do seu direito. Concluindo-se que existe uma justificação, constitucionalmente fundada, para a restrição do direito de defesa, é necessário aferir se a compressão deste direito respeita o princípio da proporcionalidade. Para tal é essencial aferir se a solução é adequada, necessária excessiva ou desrazoável. Terá de se analisar se a interpretação da norma proibitiva ou restritiva da defesa conduz ao aniquilamento, por completo, do direito de defesa numa parte ou se uma tal solução acautela também os interesses dessa parte, o que implica ponderar as possibilidades de atuação processual que por via dela são consentidas àquele sujeito¹⁸.

¹⁸ Cf. Ac. do TC n.º 251/2017, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

O princípio da proporcionalidade vertido no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição desdobra-se em três subprincípios: (i) idoneidade (ou adequação), (ii) necessidade (ou indispensabilidade) e (iii) justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito).

A análise de cada uma destas dimensões do princípio depende da identificação do interesse público prosseguido pela norma sindicada¹⁹.

Hodiernamente parece constituir dado assente que somente os factos extintivos ou modificativos da obrigação exequenda fundada em sentença é que estão sujeitos à exigência de estarem provados por documento. Se o título executivo for diverso da sentença, esses factos podem ser provados por qualquer meio de prova no âmbito dum incidente de embargos à execução.

A particularidade da sentença justifica a restrição que surge edificada no interesse público, no valor da segurança jurídica, na tutela dos efeitos do caso julgado que somente podem ser postos em causa em situações particulares reclamadas pela justiça material previstas na lei. Interesse próprio dum Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa).

Esta ideia surge sintetizada pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 408/2010²⁰:

«Fundamentalmente, tem dito o tribunal que o princípio da intangibilidade tendencial do caso julgado, se bem que admita, como qualquer outro, limitações ou compressões, detém uma inquestionável tutela constitucional, por razões decorrentes do princípio do Estado de direito (artigo 2º da CRP).

Como se recordou no já citado Acórdão nº 310/2005:

“Sem o caso julgado material estaríamos caídos numa situação de instabilidade jurídica (instabilidade das relações jurídicas) verdadeiramente desastrosa – fonte perene de injustiças e paralisadora de todas as iniciativas. Seria intolerável que cada um nem ao menos pudesse confiar nos direitos que uma sentença lhe reconheceu; que nem sequer a estes bens pudesse chamar seus, nesta base organizando os seus planos de vida; que tivesse constantemente que defendê-los em juízo contra reiteradas investidas da outra parte, e para mais com a possibilidade de nalguns dos novos processos eles lhe serem negados pela nova

¹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

sentença.” (Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil, nova edição revista e actualizada pelo Dr. Herculano Esteves, Coimbra, 1979, p. 306*).».

Identificado o interesse subjacente à limitação normativa, com dignidade constitucional, é de verificar se esta se acomoda às três dimensões identificadas do princípio da proporcionalidade.

O subprincípio da idoneidade determina que as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem constituir um meio idóneo para a prossecução dos fins visados tendo em vista a salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

A restrição em causa é marcadamente idónea a atingir o fim visado, na medida em que é adequada a salvaguardar a referida segurança jurídica, circunscrevendo, deste modo, as situações em que a tramitação do processo executivo possa ser atrasada. Observe-se que ainda que a mera dedução de embargos à execução não determine forçosamente a suspensão da execução, não poderá o exequente nem qualquer outro credor obter pagamento, sem prestar caução, enquanto os embargos estiverem pendentes, ou seja, até que a decisão sobre os mesmos transite em julgado (artigo 733.º, n.º 4, do Código de Processo Civil). Havendo um título executivo judicial, o direito que se executa está reconhecido judicialmente, tendo passado pelo crivo dum juiz. Goza mais do que uma presunção da existência do direito, como sucede com os títulos extrajudiciais, dado que um Tribunal se debruçou sobre a causa e reconheceu existir o direito, legitimando que as vicissitudes, incidentes e eventuais atrasos na execução do direito sejam delimitadas a situações que gozem dum mínimo de certeza. No caso de alteração do caso julgado, a especial cautela plasmada na lei de que tanto a superveniência como o próprio facto superveniente estejam vertidos num documento, conferindo um mínimo de credibilidade à verificação da superveniência e ao facto, surgem, por conseguinte, como idónea e adequada à proteção da segurança jurídica.

A necessidade assume foros de a restrição se apresentar como necessária ao prosseguimento dos objetivos delineados para satisfazer o fim constitucionalmente prosseguido, afigurando-se como indispensável para o alcançar, não se descortinando outros meios menos restritivos — menos lesivos — para alcançar o mesmo fim.

A limitação dos fundamentos de embargos à execução assenta na existência dum título executivo. Quanto maiores garantias o título executivo fornecer de que a obrigação exequenda existe e é devida, mais restritos serão os fundamentos de oposição à execução. O processo executivo visa a cobrança rápida e eficaz de créditos — cf. artigo 750.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que indica o prazo de três meses para se procurar bens penhoráveis. É, pois, de evitar situações em que essa cobrança fique entorpecida ou inviabilizada, introduzindo incidentes que a possam retardar.

Numa execução para pagamento de quantia certa, a satisfação da pretensão do credor somente se vê satisfeita com o pagamento e não com a penhora e/ou a venda executiva de bens. Enquanto a decisão de embargos de executado não transitar em julgado, o exequente não logrará obter pagamento, salvo se ficar onerado com a prestação de caução — artigo 733.º, n.º 4, do Código de Processo Civil. Não se descortina a existência de alternativa menos lesiva do direito de defesa de modo a que o processo executivo dum sentença — com a segurança jurídica que lhe é inerente — não sofra atrasos intoleráveis sem haver um mínimo indício da existência do facto que visa alterar o caso julgado.

O princípio da proporcionalidade *stricto sensu* veda a adoção de medidas que se apresentem como excessivas (desproporcionadas) para atingir os fins visados. Não decorrendo do regime processual uma privação absoluta de meios processuais idóneos para fazer valer em juízo o direito ou interesse da parte, na medida em que exista a possibilidade de essa parte propor uma ação em que argua justamente a defesa proibida naquela específica forma de processo, a imposição do recurso a essa ação constitui meio eficaz para obter tutela da posição da parte ou corporiza um ónus excessivo? A resposta a essa pergunta traduz o critério operativo do apontado terceiro subprincípio.

Numa execução de quantia certa executa-se uma obrigação pecuniária. Por norma, os factos extintivos ou modificativos supervenientes à sentença serão passíveis de ser reduzidos a documento na medida em que encerrarão declarações. Não invocando o embargante que a ausência de documento se deveu a culpa única e exclusiva do exequente, a restrição de não poder invocar esses factos em sede de embargos de executado, sem que se veja privado de o fazer em ação declarativa autónoma, não se mostra concretamente excessivo.

E se o facto não for passível de ser vertido em documento? Note-se que embora o habitual seja a forma escrita, o conceito de documento é amplo, podendo, inclusive, observar a forma de vídeo, áudio ou outra que reproduza o facto (artigo 362.º do Código Civil).

Aqui há que destrinçar a que se deve a impossibilidade, se é objetiva ou subjetiva.

Esta última traduz-se na inexistência de documento por culpa das partes. Se a culpa não for única e exclusiva do exequente, o executado não poderá valer-se da sua inércia ou outra circunstância que estava ao seu alcance ultrapassar para contornar a obrigação legal do facto em questão ter de ser vertido em documento para ser passível de ser esgrimido em sede de embargos.

Porém, se a impossibilidade for objetiva por força da natureza das coisas e não por ser incomum que o facto seja plasmado em documento, já se afigura ser excessivo impor ao executado que instaure uma ação autónoma para fazer valer a sua defesa contra a cobrança do crédito. Ser *incomum* não equivale a *impossibilidade*. Havendo uma sentença, as partes não podem ser alheias à solenidade desse ato judicial que as vincula. Pretender alterar a obrigação que beneficia do efeito do caso julgado, onera-as com a produção do documento se tal for *materialmente possível*. Pugar que a restrição da prova documental seria de afastar estando em causa uma situação em que não fosse normal o facto ser documentado seria introduzir brechas num regime que se pretendeu salvaguardar a segurança jurídica atribuída a uma sentença. Pense-se nas situações em que o pagamento da obrigação exequenda normalmente é efetuado em dinheiro, sem emissão de recibo, como acontece em algumas atividades agrícolas, de prestação de serviços, seja pelo seu montante, seja pela sua natureza, seja por o prestador do serviço ficar afastado temporadas de centros onde haja balcão do seu banco.

A desnecessidade da prova documental ocorrerá se o facto for notório, ou se for passível de ser provado por inspeção judicial requerida, ou por peritagem requerida (estando em causa conhecimentos especiais técnico-científicos), ou se estiver confessado, podendo servir os embargos para obter tal confissão, desde que seja feita expressa referência a tal. No fundo, a restrição em causa impõe um duplo ónus cumulativo de alegação: (i) a invocação do facto extintivo/modificativo superveniente e (ii) da existência

de documento comprovativo ou da sua desnecessidade ou impossibilidade ontológica (se não for evidente por si só).

Não se pode olvidar que se o exequente, sabendo da existência do facto extintivo/modificativo passível de extinguir a execução, instaurar a execução, mormente sem o mencionar, poderá incorrer em responsabilidade civil pelos prejuízos que a execução causar ao executado.

Poder-se-á equacionar se a interpretação em causa não será inconstitucional por assentar num dado que não é seguro, na medida em que o tribunal perante o qual o executado instaure a referida ação autónoma para apreciar a existência do facto extintivo/modificativo autónomo poder considerar que não o pode fazer por força do caso julgado material, na medida em que interpreta restritivamente a restrição em causa no sentido de somente abranger os factos em que o direito substantivo exige a prova por documento, como o faz Teixeira de Sousa nos moldes enunciados.

Ora, se tal suceder, não é a interpretação do juiz da execução de indeferir os embargos por falta do documento que é inconstitucional, mas sim a do juiz da ação declarativa autónoma posterior à sentença que se executa. A indefesa que daí resultará será imputável, não à solução sufragada decorrente da alínea g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil, mas, em primeira linha, às normas ou interpretações normativas que sustentem tal denegação efetuadas no processo declarativo póstumo. Este argumento foi usado pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 51/2021 (ponto 15)²¹ para sustentar que não se mostra excessivo nem arbitrário impor aos requerentes de AIM a instauração duma autónoma ação no TPI para conhecer da invalidade da patente cuja existência obste à sua pretensão, ao invés de tal questão ser conhecida no próprio processo da AIM.

Mas, ainda que estivesse vedado ao executado instaurar a referida ação autónoma, não invocando o embargante não haver documento por circunstância diversa da sua inação, o princípio da proibição de indefesa não imporia, sem mais, o conhecimento dos embargos.

Subjacente ao princípio da proporcionalidade, quando esteja em causa a colisão de dois direitos fundamentais, está que o núcleo essencial do direito comprimido não poderá

²¹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

ser suprimido. Se a inexistência de documento ou ausência de junção aos autos se deve a facto imputável ao executado, não se verifica qualquer indefesa. Não se pode concluir, nessa particular situação, que a interpretação da norma em causa determine que o interessado se veja constrito à impossibilidade de uma real defesa dos seus direitos ou interesses em conflito por força dessa inviabilidade se dever a si próprio, tendo estado ao seu alcance evitá-lo.

O Tribunal Constitucional já foi chamado a decidir se a exigência de prova documental num determinado procedimento, quando a obtenção dessa prova estava ao alcance do requerente e este prescindiu de a apresentar — por não a ter apresentado —, violaria o princípio da proibição da indefesa. Tratava-se dum procedimento que decidia a questão de *forma definitiva*, não contemplando a lei qualquer outro meio para se fazer valer a pretensão do requerente. Também aí a opção legislativa teve por base a consideração de que os meios de prova documentais são os que se apresentam como possuindo maior *eficácia e fiabilidade* de que quaisquer outros e que são também os que melhor se compadecem com a *natureza instrumental* do processo em causa e *celeridade* reclamada no procedimento em questão.

Assim, nos Acs. n.ºs 530/2008, 592/2008, 47/2009 e 48/2009²², considerando que a prova documental em causa se encontrava ao dispor do requerente de apoio judiciário e que era suscetível de provar os factos relevantes para a decisão, não julgou inconstitucional, por violação do artigo 20.º da Constituição da República, a norma do artigo 27.º, n.º 2, da Lei n.º 34/04, de 29 de julho, na sua redação originária, na parte em que estatuiu que era apenas admissível, para efeito da dedução do pedido de impugnação judicial, prova documental.

Aí salvaguardaram-se as situações, sem que fosse concretamente analisado por o caso não o reclamar, em que a perda ou diminuição dos meios de fortuna do interessado não se encontrasse ainda patenteada nas declarações tributárias, que apenas se referem aos anos fiscais transatos; ou em que tivesse havido despesas que devessem ser ponderadas para efeito da apreciação do pedido de apoio judiciário e que não fossem suscetíveis de prova documental. No fundo, uma *impossibilidade objetiva* de os factos

²² Todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

pertinentes à apreciação da pretensão serem provados por documento, sendo passíveis de ser provados por testemunhas.

Essa situação — impossibilidade objetiva de o facto ser demonstrado por prova documental, apresentando-se a prova testemunhal como o *único* meio de prova adequado para conhecer o facto em questão ou afastar determinada presunção — foi apreciada nos Acs. n.ºs 853/2014 e 444/2024²³, tendo-se concluído julgar inconstitucional a norma constante do artigo 27.º, n.º 2, da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na medida em que exclui *em absoluto* a produção de prova testemunhal. Aí ressaltou-se que, ao invés da recusa absoluta, dever ser concedida a possibilidade de o juiz valorar o interesse e a necessidade de produção de outros meios probatórios, designadamente, a inquirição de testemunhas, de modo a evitar diligências dilatatórias ou abusivas do requerente.

Daí que o Tribunal Constitucional tenha considerado não ser desproporcional a exigência de prova de determinado facto por certo documento em concreto, por não se verificar *especial dificuldade na obtenção do documento exigido* (cf. Ac. n.º 395/89); a prova testemunhal ser admitida *somente* quando tal fosse considerado indispensável pelo juiz de 1.ª instância, estando à disposição outros meios de prova mais fiáveis para a matéria em causa, como a perícia e os documentos (cf. Acs. n.ºs 209/95, 604/95, 744/95, 606/96, 607/96, 1112/96 e 131/97); os meios de prova admissíveis serem suficientemente amplos ao ponto de não converter uma presunção *iuris tantum* numa presunção *iuris et de iure* (cf. Ac. n.º 452/2003)²⁴.

Em síntese, o crivo da compatibilidade com o Texto Fundamental mostra-se mais exigente nas situações em que a produção de outra prova para além da documental se mostra *absolutamente vedado, não havendo outro mecanismo processual* para fazer valer a pretensão da parte afetada ou o facto em questão *não ser objetivamente passível* de ser provado por documento por estar em causa a própria compressão do núcleo essencial do direito de defesa.

Assim, considerou-se violador do princípio da proporcionalidade normas interpretadas no sentido de restringir aos de natureza documental os meios de prova

²³ Ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁴ Todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

utilizáveis para demonstrar determinado facto quando se verifique concretamente (i) a *absoluta indisponibilidade* desse meio de prova por *facto não imputável* à parte (Ac. n.º 157/2008); ou (ii) a *insusceptibilidade* desse meio de prova demonstrar o(s) facto(s), carecendo-se, nessa medida, de prova testemunhal, nos casos em que esta seja admissível nos termos gerais de direito, por se afigurar ser o *único* meio de conhecer e/ou de comprovar tais factos (Acs. n.ºs 646/2006, 681/2006, 24/2008, 22/2013, 759/2013, 853/2014 e 444/2024)²⁵.

Por fim, é de trazer novamente à colação a lição vertida no citado Ac. n.º 310/2005, na qual se espelhou os especiais cuidados a ter com a possibilidade de o caso julgado ser posto em causa, alterando-se os efeitos consolidados pelo mesmo na definição daquela situação jurídica. Daí que no Ac. n.º 408/2010²⁶ se tenha afirmado:

«Por através deles se estabelecer um equilíbrio entre valores constitucionais igualmente dignos de tutela, os concretos pressupostos de que a lei faz depender a admissibilidade do recurso de revisão só podem ser sindicados pelo Tribunal Constitucional segundo um critério de evidência ou de desrazoabilidade manifesta.

Não se afigura manifestamente desrazoável não se prever o depoimento testemunhal como fundamento de admissão do recurso de revisão de sentença.».

O bloqueio duma execução de sentença por dedução de embargos encontra, pois, limites, não sendo de censurar que o legislador tenha rodeado de especiais cautelas a defesa permitida pelo executado, mormente que o facto superveniente ultrapasse o limiar da mera alegação, que pode ou não ser verídica, para gozar dum suporte mais fiável e que indicie que a defesa corresponda à realidade, como sucede vir alicerçada em prova documental. Suporte que somente é de afastar por (i) *desnecessidade* por haver outro suporte probatório que confira igual fiabilidade, como seja a confissão, e, se for possível, a inspeção judicial, a perícia ou se tratar de factos notórios; ou por (ii) *impossibilidade objetiva* do facto ser provado por documento.

4. A SITUAÇÃO PARTICULAR DO ABUSO DE DIREITO

²⁵ Todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁶ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Será legalmente admissível a invocação do abuso de direito em sede de embargos à execução fundada em sentença?

«O abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem», (CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil*, vol. V, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015, pág. 401).

«Dizer que, no exercício dos direitos, se deve respeitar a boa-fé, equivale a exprimir a ideia de que, nesse exercício, se devem observar os vetores fundamentais do próprio sistema que atribui os direitos em causa» (*Idem*, págs. 402-403).

O critério operativo de conformação duma determinada atuação reconhecida por norma à boa-fé vem concretizado nos princípios da “tutela da confiança” e da “primazia da materialidade subjacente” enquadrados em grupos típicos de atuações abusivas, como o *venire*, a *supressio*, o *tuo quoque* e o desequilíbrio no exercício²⁷.

As consequências da verificação do abuso de direito «podem ser variadas:

— a supressão do direito: é a hipótese comum designadamente na *supressio*;

— a cessação do concreto exercício abusivo, mantendo-se, todavia, o direito;

— um dever de restituir, em espécie ou em equivalente pecuniário;

— um dever de indemnizar, quando se verificarem os pressupostos de responsabilidade civil, com relevo para a culpa» (*Idem*, pág. 405).

É de destacar que «Não tem de haver qualquer “direito subjetivo”: trata-se, simplesmente, do exercício de posições jurídicas» (*Idem*, pág. 405).

Atualmente, parece ser genericamente aceite que o abuso de direito não se restringe ao direito substantivo, sendo passível de ser aplicado na esfera processual, mormente no próprio processo judicial — o chamado *uso abusivo da ação* —, reconhecido na lei adjetiva portuguesa no artigo 8.º do Código de Processo Civil, sintetizado pelo exercício inadmissível de posições jurídicas manifestado, por exemplo, (i) na proibição de concretizar dolosamente posições processuais; (ii) na proibição de *venire contra factum proprium*; (iii) na proibição de abuso de poderes ou meios processuais; e (iv) na

²⁷ António Menezes CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 403.

*supressio*²⁸.

O abuso de direito de ação não se confunde com a litigância de má-fé, embora possa dar origem a situações que também o sejam²⁹. Tem natureza objetiva e «*é independente da consciência de quem comete o apelidado acto abusivo, bastando o comportamento em si mesmo. Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência de culpa do agente nem de qualquer outro elemento subjectivo, embora a presença ou ausência desses elementos possa contribuir para a definição das consequências do abuso*» (*Idem*, pág. 92).

O STJ já teve oportunidade de se debruçar sobre a questão pendendo para a resposta negativa. Assentando o seu entendimento na radicalidade da lei de vedar a discussão da obrigação exequenda reconhecida por sentença, a menos que a extinção ou modificação da prestação se prove por documento, ou por confissão, o abuso de direito não poderia ser provado por prova diversa³⁰.

É certo que, no Ac. do STJ de 30.06.2020, processo n.º 392/14.4T8CHV-A.G1.S1, admitiu-se que a expropriação do prédio constituísse facto extintivo superveniente da obrigação reconhecida em sentença, em que os executados tinham sido condenados a pagar uma indemnização correspondente ao custo de reparação de prédio. Aí considerou-se que estaríamos perante uma impossibilidade objetiva da obrigação exequenda por força de ato de terceiro que conduziria a que os exequentes não fossem ter qualquer custo com a reconstrução do prédio por não a poderem efetuar. Igualmente se concluiu que ainda estaríamos no âmbito dessa alínea por aplicação do instituto do abuso de direito. Contudo, nesta hipótese, o facto superveniente vinha provado por documento, discutindo-se, pois, se o mesmo seria apto ou não a extinguir a obrigação exequenda.

Diversamente, admitindo que o abuso de direito pudesse resultar da prova testemunhal e das declarações de parte produzidas para concluir que, *in casu*, não resultaram provados factos reconduzíveis àquele instituto, *vide* o Ac. do TRL de

²⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo: a responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, Coimbra: Almedina, 2006, págs. 75-76.

²⁹ *Idem*, pág. 94.

³⁰ Ac. do STJ de 04.07.2019, processo n.º 5762/13.2TBVFX-A.L1.S1.

22.10.2020, processo n.º 791/14.1T8SXL-B.L1-2.

A situação subjacente à prolação desse aresto, todavia, assentava, por um lado, em defesa reconduzível à exceção perentória da compensação [alínea h) do artigo 729.º do Código de Processo Civil], que o embargante não quantificou; e, por outro, o facto extintivo consistia na celebração dum acordo posterior à sentença que se executava, sem que tivessem sido invocados factos suficientes para acionar o abuso de direito.

De forma mais pormenorizada atente-se que nesse aresto estava em causa a execução duma sentença homologatória de transação em matéria de alimentos a filhos menores.

O executado invocou, em sede de embargos à execução, que, posteriormente à prolação da sentença homologatória, tinha acordado com a exequente que a pensão de alimentos e demais despesas com os filhos seriam pagas através: (i) das rendas mensais cobradas aos arrendatários do imóvel do qual são proprietários; (ii) da doação desse imóvel aos seus três filhos; (iii) bem como por prestações mensais em dinheiro (nunca inferiores a 500 €) e em espécie efetuadas por si, através de sua mãe, as quais foram prestadas até ao falecimento desta. Concluiu, pois, que a obrigação exequenda se encontrava cumprida.

Mais alegou que a exequente tem vindo a beneficiar de outras vantagens patrimoniais, como seja a utilização, a título gratuito, de um imóvel pertencente à herança deixada pelo seu pai, no qual a mesma instalou um ATL e pelo qual, ao contrário do acordado, não pagou as rendas devidas, após o falecimento de sua mãe.

Esta última argumentação reconduz-se a um direito à compensação, que sempre careceria de ter sido quantificado pelo embargante e se reconduz à alínea h) e não g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil.

Já no que concerne ao primeiro facto, trata-se dum facto extintivo da obrigação exequenda reconhecida em sentença posterior à prolação da mesma. Engloba a extinção tanto pelo pagamento como por dação *pro solvendo*. Tudo resultante dum acordo celebrado entre as partes.

Por se tratar dum acordo, poderia, à partida — sem que resulte no caso tal impossibilidade objetiva — ter sido documentado. A efetivação do acordo, com exceção

das prestações em espécie, se arredarmos a possibilidade de as mesmas serem acompanhadas de documento de quitação, também poderiam ter sido documentadas, por exemplo, exigindo à exequente um contra-recibo (de a exequente emitir documento a atestar tais prestações e valores pecuniários atribuídos). A doação foi reduzida a escritura pública, não contendo qualquer menção à dação, e os pagamentos, à semelhança do que foi *supra* referido, inclusive por Lebre de Freitas e defendido em diversa jurisprudência citada, têm de ser provados por documento em sede de embargos à execução fundada em sentença, sem prejuízo de ulterior ação de restituição do indevido.

Assim, é louvável que o aresto tenha expressamente admitido que a figura do abuso de direito possa, pela sua própria natureza, ser provada por prova diversa da documental. Contudo, do teor da defesa sintetizada no texto do acórdão, não se retira que tivessem sido invocados factos suficientes para acionar o abuso de direito. A existência dum acordo posterior à sentença não se confunde com o abuso de direito, sob pena de qualquer facto posterior à sentença que modificasse/extinguísse a obrigação exequenda se reconduzisse a essa válvula de escape do sistema, contornando-se a restrição probatória legal. Estaria, deste modo, encontrada a forma de deixar entrar pela janela aquilo que a lei perentoriamente veda que entre pela porta.

Aqui urge a proceder a algumas precisões.

O abuso de direito de ação constitui um facto impeditivo. A invocada alínea g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil somente abrange factos extintivos ou modificativos da obrigação exequenda pelo que a restrição probatória não se faz sentir por, simplesmente, não operar.

Mais, havendo um acordo que foi pontualmente executado na versão da defesa do embargante, o direito da exequente não persiste, encontrando-se extinto. Logo, não é passível de a execução constituir um abuso de direito, mas antes o exercício dum direito que simplesmente já não perdura. No fundo, o facto invocado reconduziu-se a uma extinção da obrigação, situação passível de ser documentada e, por conseguinte, carecida de prova documental constituindo, na senda da jurisprudência supracitada, as declarações de parte — não houve depoimento de parte — e prova testemunhal um ato inútil por este não ser adequado a provar o facto extintivo da obrigação, nada tendo sido

invocado, para além da boa-fé — não aplicável nos termos mencionados — para sustentar o aproveitamento dessa prova produzida à revelia da limitação legal.

A *latere*, é de ter em atenção que numa execução por alimentos a existência de qualquer acordo que tenha como efeito a renúncia a alimentos futuros — prestações vincendas — não é legalmente válido nos termos do disposto no artigo 2008.º, n.º 1, do Código Civil, como é sublinhado no Ac. do TRL de 02.07.2015, processo n.º 477/11.9TMLS-A.L1-2, proferido igualmente no âmbito duma execução de sentença de alimentos, no qual expressamente se concluiu que o acordo póstumo à sentença sempre teria de ser vertido em documento.

A exigência de prova por documento do facto extintivo/modificativo superveniente, nos moldes mencionados, não se mostra arbitrária, nem desproporcional, face às considerações já tecidas que estão na origem da restrição dos fundamentos de oposição à execução fundada em sentença. A celeridade e segurança do caso julgado justificam a opção do facto somente poder ser provado por documento no âmbito da execução de sentença em que objetivamente é possível que seja documentado, não sendo única e exclusivamente imputável ao credor e/ou a terceiro a ausência dessa documentação. Esse facto, a provar-se, conduz à extinção (parcial) da instância executiva, nos termos do disposto no artigo 732.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, supondo, como efeito *prejudicial*, a *revogação incidental* da (aparente) *força executiva* do título executivo por reabertura do contraditório, por admissão de factos supervenientes³¹. No fundo, como sucede com a exigência de documento escrito para provar um acordo de alteração dum contrato, quando este tenha de obedecer à forma escrita — artigo 394.º, n.º 1, do Código Civil³².

Dada a solenidade da sentença, as partes, pretendendo alterar as obrigações daí advenientes por acordo, têm o ónus de o verter em documento para se poderem fazer valer no âmbito da execução dessa sentença. Um acordo, enquanto confluência de vontades exteriorizadas em declarações, naturalmente que pode ser vertido em documento, incluindo correio eletrónico e mensagens de telemóvel.

³¹ Rui PINTO, *op. cit.*, pág. 372.

³² Ac. do STJ de 18.04.2024, processo n.º 2118/21.7T8BRG.G1.S1.

Em síntese, a situação de extinção da obrigação *per se* não se confunde com o abuso de direito. Este, enquanto válvula de escape do sistema, alicerçado no comando de as pessoas deverem atuar nas suas relações de boa-fé, assenta em pressupostos próprios como o princípio da confiança ou a primazia da materialidade subjacente. Na verdade, repugnaria ao Direito que uma pessoa que atuou de má-fé, beneficiasse dessa atuação em detrimento da contraparte que agiu de boa-fé.

Se, posteriormente, à prolação da sentença, as partes acordam em modificar o conteúdo da obrigação reconhecida judicialmente, não sendo o acordo documentado por o credor afiançar ao devedor não haver disso necessidade, consubstanciaria uma situação gritante de violação da boa-fé, o credor vir executar a sentença, não obstante o cumprimento pelo executado da obrigação modificada. É de notar que aqui a defesa não assenta na extinção da obrigação, mas antes no exercício abusivo do direito executivo. Este é que constitui o facto impeditivo e, por conseguinte, não reconduzível à restrição probatória legal.

Outro exemplo consiste no credor inculcar no devedor a fundada expectativa de que não executaria a obrigação.

Afastado o instituto do âmbito de aplicação da citada alínea g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil, perante o elenco taxativo dos fundamentos de embargos à execução, poderá o executado, ainda assim, o invocar nessa sede?

Poder-se-ia defender que no âmbito de oposição à execução não seria admissível, mas já o seria na própria execução, dado o âmbito genérico da figura. Não atuando o princípio da preclusão, não existiria justificação para afastar o abuso de direito na execução de sentença por factos ocorridos, ou cuja execução somente se completou (=conclusão do seu *iter* formativo), após a discussão da causa na ação declarativa. Factos que não foram alegados e, cumulativamente, não poderiam ter sido alegados no processo declarativo. O princípio do aproveitamento dos atos vertido no regime do erro na forma de processo, desde que daí não resulte uma diminuição das garantias de defesa/ação do exequente (artigo 193.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil), impõe, no mínimo, que o juiz, oficiosamente, determine que o conhecimento desta exceção perentória siga os seus trâmites na ação executiva. Mas não repugna, na medida em que o pedido deduzido nos

embargos à execução seja a extinção da execução quanto ao embargante, que seja conhecido nos embargos, concentrando-se aí toda a defesa do embargante e contraditório do exequente por razões de adequação formal e gestão processual, após audição das partes [artigos 6.º, n.ºs 1 e 2, 547.º, 591.º, alínea e). 593.º, n.º 2, alínea b). 597.º, alínea d), 630.º, n.º 2, do Código de Processo Civil]³³. Ou por reconhecimento de que o abuso de direito constitui uma válvula de escape do sistema, daí ser passível de ser conhecido oficiosamente, e, nessa medida, ser passível de ser arvorado no âmbito de embargos à execução enquanto instituto transversal a todo o processo.

Todavia, a invocação pelo embargante de que o exequente age com abuso de direito, ao instaurar a execução, não vincula o Tribunal.

Primeiro, por força do princípio da preclusão e força do caso julgado, os factos em que suporta o abuso de direito não podem ser anteriores ao encerramento da discussão da causa declarativa.

Segundo, o julgador não está vinculado à qualificação jurídica dos factos como abuso de direito, podendo, como se referiu, se tratar tão-só duma extinção ou modificação superveniente da obrigação exequenda, não reconduzível ao abuso de direito, mas antes encerrando tão-só uma causa de extinção ou modificação da obrigação exequenda. A destriça passa, pois, por aferir se o facto paralisa a obrigação exequenda, sem que a modifique ou extinga, ou seja necessário entrar nesta última dimensão. Nessa medida, pode verificar-se a invocação dum facto extintivo/modificativo da obrigação, mas, simultaneamente, paralisante do prosseguimento da execução se reunidos os demais pressupostos do abuso de direito. Nessa situação, aquilo que vinga não é a extinção/modificação da obrigação, mas a impossibilidade de a execução prosseguir por ser contrária à boa-fé revelada nos princípios enunciados. O conteúdo da obrigação exequenda reconhecida em sentença mantém-se, não é posto em causa na execução, respeitando-se o efeito do caso julgado com a sua inerente segurança.

Em suma, se o embargante invocar o abuso de direito apoiado, *sem mais*, num facto

³³ Em sentido similar, no que concerne em afastar o abuso do direito do âmbito da mencionada alínea, mas aceitando que seja passível de ser invocado no âmbito duma execução, cf. FREITAS, José Lebre de *et alii*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pág. 461.

extintivo ou modificativo da obrigação exequenda, por força da alínea g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil, terá tal facto de estar provado por documento. Isso sucederá, por exemplo, com a celebração de acordo posterior à sentença, em que pela sua própria natureza, encerrando declarações, é passível de ser reduzido a documento, ficando as partes oneradas por zelar por essa redução, à semelhança do que sucede, com as alterações contatuais acordadas entre as partes contratantes em relação às quais a lei exige que sejam efetuadas por escrito — artigo 394.º, n.º 1, do Código Civil³⁴. Somente assim não sucederá se for materialmente impossível a documentação do facto superveniente, ou se o abuso de direito assentar noutros factos que não única e exclusivamente no mencionado facto extintivo/modificativo.

5. CONCLUSÕES

O legislador previu um elenco taxativo de fundamentos de embargos à execução baseada em sentença.

Fê-lo, no que concerne à execução para pagamento de quantia certa, para evitar atrasos na cobrança duma dívida reconhecida em sentença que possam pôr em causa o respeito pelo aí decidido e consequentemente a imagem da Justiça — que as sentenças são para cumprir —, mormente quando a defesa vise pôr em causa o efeito do caso julgado pretendendo modifica-lo.

Daí que a defesa admissível, neste aspeto, se circunscreva, *cumulativamente*:

(i) a factos *extintivos* ou *modificativos* da obrigação exequenda e não impeditivos;

(ii) a factos *supervenientes*, ou seja, ocorridos após o encerramento da discussão da causa;

(iii) a factos com suporte *documental*, seja escrito, seja vídeo, seja áudio, que indiquem não se tratar de um expediente dilatatório para retardar o pagamento ao credor, mas em relação aos quais haja um mínimo de indício da sua existência.

A exigência da prova documental poderá ser dispensada se for passível de ser substituída por outro meio de prova que goze de igual força ou credibilidade, conforme o facto que estiver em causa no caso concreto, como seja a confissão, a inspeção judicial, a

³⁴ Vide Ac. do STJ de 18.04.2024, processo n.º 2118/21.7T8BRG.G1.S1.

perícia.

Igualmente, se o facto extintivo/modificativo não for *objetivamente* passível de ser provado por documento, por facto não imputável única e exclusivamente ao exequente ou outrem que não o executado.

Esta restrição — nos moldes *estritamente delimitados* — não se mostra inconstitucional, mormente por não violar o princípio da proibição de indefesa previsto no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que:

(i) prossegue o interesse público na preservação do efeito do caso julgado próprio dum Estado de Direito Democrático (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa), cuja tutela impõe que se reúna de especiais cautelas a possibilidade de ser comprimido;

(ii) se mostra idónea a alcançar o referido desiderato de proteção do efeito do caso julgado;

(iii) surge como necessária, por não se descortinar a existência de alternativa menos lesiva do direito de defesa do executado de modo a que o processo executivo dum sentença — com a segurança jurídica que lhe é inerente — não sofra atrasos intoleráveis sem haver um mínimo indício da existência do facto que visa alterar o caso julgado, não se podendo olvidar a natureza incidental dos embargos em relação à execução;

(iv) não se apresenta como intolerável nem excessiva (desproporcionada) para atingir os fins visados.

Mormente quando estejam em causa a emissão de declarações, como é o caso dum acordo firmado entre as partes póstumo à sentença. Sabendo as partes da existência da sentença, não podem deixar de reunir qualquer alteração dos seus efeitos de especiais cautelas e formalismos, como seja verter o acordo em documento.

A par disto, se o facto não estiver documentado, podendo objetivamente o estar, o executado não está impedido de instaurar ação declarativa autónoma de restituição do indevido ou de condenação do exequente a reconhecer, por exemplo, o acordo póstumo à sentença, sem que tal corporize um ónus excessivo.

Por outras palavras, a improcedência ou indeferimento dos embargos à execução fundados em facto extintivo/modificativo da obrigação que se executa em sentença por não estar demonstrado por documento *não constitui uma decisão definitiva*, constituindo

somente caso julgado formal na execução; não se concluindo, neste contexto, que a exigência da prova documental do facto extintivo/modificativo superveniente que é suscetível de ser documentado, determine que o interessado se veja constrito à impossibilidade de uma real defesa dos seus direitos ou interesses em conflito.

O Tribunal Constitucional já se posicionou no sentido de ser conforme com o Texto Fundamental a restrição à prova documental se esta não tiver sido apresentada por facto imputável à parte que se pretende fazer valer da mesma, inclusive estando em causa uma decisão definitiva sobre a matéria.

A figura do abuso de direito não está sujeita à restrição probatória vertida na alínea g) do artigo 729.º do Código de Processo Civil dado este preceito não contemplar os factos *impeditivos* da obrigação exequenda. O abuso de direito, à partida, enquanto causa própria e autónoma, não configura nenhum facto extintivo ou modificativo duma obrigação, mas uma limitação do seu alcance prático, ainda que reduzido a nada. O direito do exequente que é exercido continua a existir, mas por força desta cláusula travão ou de escape, imposta pela boa-fé objetiva, os seus efeitos não se fazem valer contra o executado. Não o extingue, não o modifica, não sendo posta em causa a segurança do caso julgado, somente se impede a produção dos seus efeitos no caso concreto, podendo verificar-se, inclusive, em relação a um dos executados e não relativamente a outro. A norma *sub judice* não contempla, pois, o abuso de direito e, conseqüentemente, este não se encontra sujeito à restrição probatória.

O abuso de direito não constitui fundamento específico de embargos à execução, mas enquanto instituto geral invocável na execução não conhece limites adjetivos de ser arvorado naquela sede.

Em síntese, respondendo à questão inicialmente suscitada, no âmbito duma execução de sentença, um executado pode defender-se invocando que o exequente, ao instaurar a execução contra si, atua em abuso de direito, não estando a prova *dessa defesa* — que não outra — restringida a qualquer prova.