

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/1



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Miguel Ferreira Martins

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Data: Agosto, 2017

Editorial

5-6 Nota do Diretor

Cátia Lopes Cardoso

7-17 Da desjurisdicionalização do processo de execução fiscal – breves considerações

David Duarte

19-34 Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo

Diana Grilo

35-73 A alimentação adequada como ‘paliativo’ para a saúde

José Duarte Nogueira

75-95 O património cultural. Evolução e perspectivas de protecção. Bens de natureza identitária exclusiva ou primordialmente nacional, fora da alçada do Estado português. Uma nova categoria jurídica?

Mafalda Serrasqueiro

97-132 O Tribunal de Schrödinger: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra

Miguel Paquete

133-148 Purchasing stolen information and the theory of the original sin

Miguel Teixeira de Sousa

149-175 Preclusão e caso julgado

Pedro Pais de Vasconcelos

177-187 Direito Civil e natureza das coisas

Sofia David

189-228 A aplicação de princípios pelo juiz administrativo

Preclusão e caso julgado*

Miguel Teixeira de Sousa¹

I. Introdução

1. Noção de preclusão

Numa exposição dedicada ao tema da preclusão e do caso julgado, torna-se indispensável procurar tornar claro do que se vai tratar de seguida. A primeira referência que importa fazer recai sobre a noção de preclusão, que era assim definida por CHIOVENDA: a preclusão é “a perda, a extinção ou a consumação de uma faculdade processual”². Esta definição não está longe daquela que pode ser construída com base no disposto no art. 139.º, n.º 3³ (que estabelece que o decurso do prazo peremptório extingue o direito de praticar o acto), mas talvez seja preferível uma definição que acentue, não o efeito que a preclusão produz sobre a faculdade ou o direito da parte omitente, mas o efeito que a preclusão realiza sobre o próprio acto omitido. Neste contexto, a preclusão pode ser definida como a inadmissibilidade da prática de um acto processual pela parte depois do prazo peremptório fixado, pela lei ou pelo juiz, para a sua realização⁴.

É possível reconduzir a preclusão a outras causas que não a omissão do acto no prazo devido, ou seja, é possível construir outras modalidades da preclusão além da preclusão temporal⁵. Por exemplo: pode dizer-se que a aceitação, tácita ou

* A convite da Revista. Por opção do Autor o presente trabalho não segue o novo Acordo Ortográfico.

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² CHIOVENDA, *in* Saggi di diritto processuale civile III (1993), 232 e 233; cf. também CHIOVENDA, *in* Saggi di diritto processuale civile II (1993), 414 ss.

³ Os artigos sem a indicação da sua fonte pertencem ao Código de Processo Civil, na versão da Lei 41/2013, de 26/6.

⁴ Cf. OTTO, *Die Präklusion* (1970), 17; identicamente, PASSO CABRAL, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* (2013), 124.

⁵ Cf. CHIOVENDA, *in* Saggi di diritto processuale civile III (1993), 236 s.; cf., por exemplo, ANDRIOLI, *NssDI* 13 (1966), 568 ss.; ATTARDI, *Jus* 10 (1959), 3; ATTARDI, *EncD* 34 (1985), 900 e 902; mais recentemente, PASSO CABRAL, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, 118 ss.; BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni nel processo civile* (2015), 11.

expressa, da decisão (cf. art. 632.º, n.º 2 e 3) preclui a interposição do recurso. Certo é que não vale a pena aprofundar esta questão, dado que toda a preclusão tem, qualquer que seja a respectiva causa, a mesma consequência: a inadmissibilidade da realização do acto precludido.

2. Funções da preclusão

A preclusão realiza duas funções primordiais⁶. Uma destas é a função ordenatória, dado que a preclusão garante que os actos só podem ser praticados no prazo fixado pela lei ou pelo juiz. Uma outra função da preclusão é a função de estabilização: uma vez inobservado o ónus de praticar o acto, estabiliza-se a situação processual decorrente da omissão do acto, não mais podendo esta situação ser alterada ou só podendo ser alterada com um fundamento específico⁷. Por exemplo: se o réu não contestar a acção, estabiliza-se a sua situação de revelia, que apenas justifica a revisão da sentença proferida pelo tribunal se a citação do réu tiver faltado ou for nula (cf. art. 696.º, al. e)).

3. Preclusão e ónus

3.1. Generalidades

A preclusão é correlativa de um ónus da parte: é porque a parte tem o ónus de praticar um acto que a omissão do acto é cominada com a preclusão da sua realização. A preclusão não decorre da omissão de um dever da parte, porque as partes não têm nenhum dever de praticar um acto em juízo e não cometem uma ilicitude se omitirem a realização de um acto processual⁸: não é mais possível falar de uma *poena praeclusi*⁹. Poder-se-ia então pensar que a preclusão recairia sobre um direito da

⁶ Para um quadro mais completo, cf. OTTO, *Die Präklusion*, 149 ss.

⁷ Discutindo as vantagens da substituição de um parâmetro de imutabilidade por um de “segurança-continuidade”, cf. PASSO CABRAL, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, 298 ss.; na sequência, PASSO CABRAL propõe a substituição da preclusão por “cadeias de vínculos” construídas a partir das interações decorrentes do contraditório: cf. PASSO CABRAL, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, 331 ss. e 338 ss.

⁸ Cf. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage* (1925), 76 ss.

⁹ Cf. WETZEL, *System des ordentlichen Civilprocesses*³ (1878), 626 ss.

parte. A verdade é que tal também não é correcto, não só porque a situação subjectiva relacionada com a prática de actos processuais é o ónus (e não o direito), mas também porque os efeitos do tempo sobre os direitos são a prescrição e a caducidade (e não a preclusão)¹⁰. A preclusão é um fenómeno processual que é correlativo da situação subjectiva processual típica: esta situação é o ónus processual.

A preclusão só pode referir-se a um ónus que deve ser observado num processo pendente¹¹. É por isso que a não propositura da acção ou a não interposição do recurso extraordinário de revisão dentro do prazo legalmente definido (quanto a este recurso, cf. art. 697.º, n.º 2 a 5) não implica a preclusão dessa propositura ou interposição, mas antes a caducidade do direito a propor a acção ou a interpor o recurso.

3.2. Ónus de concentração

a) Quando referida a factos, a preclusão é correlativa não só de um ónus de alegação, mas também de um ónus de concentração: de molde a evitar a preclusão da alegação do facto, a parte tem o ónus de alegar todos os factos relevantes no momento adequado. Por exemplo: no processo civil português, o réu tem o ónus de alegar na contestação toda a defesa que queira deduzir contra o pedido formulado pelo autor (cf. art. 573.º, n.º 1); logo, o réu tem o ónus de concentração da sua defesa na contestação, pelo que não pode alegar posteriormente nenhum meio de defesa que já pudesse ter alegado nesse articulado.

A correlatividade entre o ónus de concentração e a preclusão significa que, sempre que seja imposto um ónus de concentração, se verifica a preclusão de um facto não alegado, mas também exprime que a preclusão só pode ocorrer se e quando houver um ónus de concentração. Apenas a alegação do facto que a parte tem o ónus de cumular com outras alegações pode ficar precludida. Se não for imposto à parte nenhum ónus de concentração, então a parte pode escolher o facto que pretende alegar para obter um determinado efeito e, caso não o consiga obter, pode alegar posteriormente um facto distinto para procurar conseguir com base nele aquele efeito.

¹⁰ BÜLOW, AcP 62 (1879), 60, ainda identificava o “*Präclusionsprincip*” com o “*Rechtsverwirkungsprincip*”; cf. ATTARDI, EncD 34 (1985), 894 ss.

¹¹ Diferentemente, OTTO, Die Präklusion, 24, referindo-se a uma “preclusão pré-processual”; entendendo que a preclusão é um “*fenomeno di portata generale*”, cf. ATTARDI, Jus 10 (1959), 10.

b) No processo civil português, a imposição de um ónus de concentração constitui a exceção para o autor e a regra para o réu. Em princípio, o autor não fica impedido de propor uma outra acção se a primeira tiver terminado com uma absolvição da instância pela falta de um pressuposto processual (cf. art. 279.º, n.º 1) ou com uma decisão de improcedência. Em contrapartida, o réu não pode contestar fora da acção pendente o preenchimento de um pressuposto processual ou o pedido formulado pelo autor, ou seja, para o réu vale um ónus de concentração de toda a defesa na acção pendente (e, mais em concreto, na contestação: cf. art. 573.º, n.º 1).

Esta diferença mantém-se quanto aos factos supervenientes. Em princípio, o autor não tem o ónus de invocar um facto constitutivo do direito que alega em juízo, embora tenha o ónus de alegar a verificação superveniente de um facto alegado no processo. O réu tem o ónus de invocar tanto um facto extintivo superveniente, como a ocorrência superveniente de um facto extintivo já alegado no processo. Portanto, no âmbito da superveniência, vale, para o autor, um ónus de concentração mitigado e, para o réu, um ónus irrestrito.

4. Modalidades da preclusão

4.1. Temporal vs. espacial

Normalmente, a preclusão resulta da omissão da prática de um acto no momento legal ou judicialmente fixado, ou seja, normalmente a preclusão é temporal. Pensáveis são também situações em que a preclusão resulta da não realização do acto no processo adequado (ainda que respeitando o prazo para a sua prática). O processo civil português contém um exemplo – aliás significativo – desta preclusão espacial. Em matéria de efeitos da citação, o art. 564.º, al. c), determina que a citação do réu inibe esta parte de propor uma acção destinada à apreciação da questão jurídica colocada pelo autor. Quer dizer: a propositura de uma acção impõe ao demandado um ónus de concentração de toda a sua defesa na acção pendente, obstando, portanto, à admissibilidade de uma acção destinada a contrariar o efeito pretendido pelo autor. Por exemplo: se um demandante intentar uma acção de reivindicação, a citação do demandado nesta acção preclui a propositura por este réu de uma acção de apreciação negativa destinada a obter a declaração de que aquele autor não é o proprietário da coisa reivindicada.

4.2. Intra vs. extraprocessual

A preclusão obsta a que, num processo pendente, um acto possa ser praticado depois do momento definido pela lei ou pelo juiz: é a preclusão intraprocessual¹². Por exemplo: (i) na petição inicial, o autor tem o ónus de alegar os factos que constituem a causa de pedir (art. 552.º, n.º 1, al. d)); se o não fizer, não pode alegar esses factos em momento posterior da acção; (ii) no final da petição inicial, o autor tem o ónus de indicar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova (art. 552.º, n.º 2 1.ª parte); se não cumprir este ónus, esse demandante não pode entregar mais tarde o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova.

A preclusão intraprocessual torna-se uma preclusão extraprocessual¹³ quando o que não foi praticado num processo não pode ser realizado num outro processo¹⁴. Importa salientar um aspecto essencial: a preclusão intraprocessual e a preclusão extraprocessual não são duas modalidades alternativas da preclusão (no sentido de que a preclusão é intraprocessual ou extraprocessual), mas duas manifestações sucessivas de uma mesma preclusão: primeiro, verifica-se a preclusão da prática do acto num processo pendente; depois, exactamente porque a prática do acto está precludida nesse processo, torna-se inadmissível a prática do acto num outro processo. Portanto, a preclusão começa por ser intraprocessual e transforma-se em extraprocessual quando se pretende realizar o acto num outro processo.

Um exemplo simples mostra que assim é. Utilize-se, novamente, o ónus de concentração da defesa do réu na contestação (cf. art. 573.º, n.º 1): suponha-se que, na contestação, o réu não invoca uma possível causa de invalidade do negócio jurídico alegado pelo autor; o réu não pode alegar esta invalidade naquele mesmo processo e também não pode alegar essa mesma invalidade num processo posterior (designadamente, no processo executivo proposto contra ele pelo credor vencedor na anterior acção condenatória (cf. art. 729.º, al. g)). Isto confirma que a preclusão, antes de ser extraprocessual (ou seja, antes de operar no posterior processo executivo) é intraprocessual, porque já actuou no processo anterior (ou seja, na acção condenatória): a invalidade do negócio não pode ser alegada no processo posterior porque também já não podia ter sido alegada no processo anterior.

¹² Cf. OTTO, Die Präklusion, 33 (“*innerprozessuale Präklusion*”).

¹³ Cf. OTTO, Die Präklusion, 65 (“*außerprozessuale Präklusion*”).

¹⁴ Diferentemente, CHIOVENDA, Principii di diritto processuale civile⁴ (1928), 860: “*Per sè stessa [...] la preclusione non produce effetto se non nel processo in cui avviene*”; cf. também ATTARDI, EncD 34 (1985), 898.

II. Preclusão vs. caso julgado

1. Generalidades

Na análise das relações mútuas entre a preclusão e o caso julgado são duas as questões a que importa procurar dar resposta: a primeira é a de saber se a preclusão só pode actuar através do caso julgado e a segunda é a de determinar se o caso julgado produz algum efeito preclusivo. O que se procura determinar é se, sempre que se fala de preclusão, tem também de falar-se de caso julgado, e vice-versa.

2. Preclusão e efeito de caso julgado

2.1. Irrelevância do caso julgado

A preclusão intraprocessual é, naturalmente, autónoma de qualquer caso julgado, designadamente do caso julgado de qualquer decisão interlocutória ou da decisão de mérito proferida no processo em que o acto não foi praticado. Por exemplo: muito antes de haver qualquer decisão no processo pendente, já se verifica a preclusão nesse processo quanto à junção pelo autor do rol de testemunhas não apresentado com a petição inicial ou quanto ao fundamento de defesa não alegado pelo réu na contestação.

Poder-se-ia pretender concluir que, se a preclusão intraprocessual é independente de qualquer caso julgado, a preclusão extraprocessual – isto é, a preclusão da prática do acto omitido num outro processo – estaria dependente do caso julgado da decisão proferida na primeira acção. Noutros termos: poder-se-ia pensar que a preclusão extraprocessual necessitaria do caso julgado da decisão do primeiro processo para poder operar num outro processo.

No entanto, não é assim, como é possível comprovar através de um exemplo muito simples. Suponha-se que um credor intenta uma acção condenatória contra o devedor e obtém uma decisão de procedência; o réu condenado recorre, mas o credor vencedor instaura uma execução contra o devedor (isto é possível porque a apelação tem, em regra, efeito meramente devolutivo: cf. art. 647.º, n.º 1, e 704.º, n.º 1)); nesta execução provisória, o executado defende-se, por embargos, invocando a nulidade do contrato que constitui a fonte da obrigação; os embargos são inadmissíveis se esse fundamento de invalidade já podia ter sido alegado na anterior acção condenatória (cf. art. 729.º, al. g)). Quer dizer: apesar de a sentença

que constitui título executivo ainda não se encontrar transitada em julgado, não deixa de operar na execução a preclusão de um fundamento de defesa que podia ter sido invocado na anterior acção condenatória.

2.2. Primeira conclusão intermédia

O exposto terá demonstrado que a preclusão extraprocessual é independente do caso julgado, porque opera mesmo que o processo no qual se produziu a correspondente preclusão intraprocessual não esteja terminado com sentença transitada em julgado. Sendo assim, pode concluir-se que a preclusão não necessita do caso julgado para produzir efeitos num outro processo.

3. Caso julgado e efeito preclusivo

3.1. Generalidades

Na análise das relações mútuas entre a preclusão e o caso julgado importa verificar se – como constitui uma afirmação bastante comum – o caso julgado produz, em si mesmo, um efeito preclusivo¹⁵. Se se impuser uma resposta afirmativa a esta questão, então haverá que concluir que, apesar de, como já se demonstrou, a preclusão ser independente do caso julgado, este caso julgado também constitui uma fonte da preclusão. Se, em contrapartida, se impuser uma resposta negativa à questão de saber se o caso julgado produz um efeito preclusivo, então a *res iudicata* não pode ser vista como uma causa da preclusão, restando analisar, nessa hipótese, que relação pode ser estabelecida entre o caso julgado e a preclusão.

¹⁵ Cf. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*⁴, 911: “*La cosa giudicata contiene dunque in sè la preclusione di ogni futura questione: l’istituto della preclusione è la base pratica della efficacia del giudicato*”; na doutrina alemã, cf., por exemplo, BÖTTICHER, *Festgabe für Leo Rosenberg* (1949), 95; BÖTTICHER, *ZZP* 77 (1964), 465; HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß* (1961), 302; JAUERNIG, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand* (1967), 65 (“*Es gibt keine rechtskraftfremde (“allgemeine”) Präklusion, sondern grundsätzlich nur eine Präklusion durch Rechtskraft*”); GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*² (1974), 507; REISCHL, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß* (2002), 240; na doutrina portuguesa, cf. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado V* (1952), 174 s.; M. DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil* (1979), 324 s.; LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/R. PINTO, *Código de Processo Civil Anotado II*² (2008), 714; na jurisprudência, cf., por exemplo, RC 6/9/2011 (816/09.2TBAGD.C1); STJ 29/5/2014 (1722/12.9TBCL.G1.S1).

3.2. Análise jurídico-positiva

a) A demonstração de que o caso julgado não produz um efeito preclusivo pode ser realizada através da análise da sua referência temporal. No processo civil português, o caso julgado toma como referência o momento do encerramento da discussão em 1.^a instância, tal como decorre do disposto no art. 611.º, n.º 1: a sentença deve tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo autor que se produzam posteriormente à propositura da acção, de modo que a mesma corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.

Este regime é aplicável ao tribunal e às partes. Para o tribunal, o disposto no art. 611.º, n.º 1, impõe que este órgão considere na sentença final quer os novos factos constitutivos, modificativos ou extintivos que se verifiquem até ao encerramento da discussão em 1.^a instância e que sejam de conhecimento officioso (situação correspondente a uma superveniência “forte”), quer a verificação superveniente de factos constitutivos, modificativos ou extintivos alegados pelas partes nos seus articulados (hipótese respeitante a uma superveniência “fraca”). Para as partes, o estabelecido no art. 611.º, n.º 1, significa que elas têm o ónus de alegar os factos supervenientes ou a verificação superveniente de factos alegados que ocorram até ao encerramento da discussão em 1.^a instância. A consequência da omissão dos factos ou da superveniência até ao encerramento da discussão em 1.^a instância é, naturalmente, a preclusão da sua alegação posterior.

Neste contexto, importa esclarecer que o encerramento da discussão em 1.^a instância não é o único momento preclusivo, mas o último momento preclusivo: é até esse momento que a parte tem o ónus de invocar os factos constitutivos, modificativos ou extintivos que forem supervenientes ao articulado apresentado pela parte (art. 588.º, n.º 1). No entanto, se o facto superveniente ocorreu ou foi conhecido antes da audiência final, a preclusão da alegação do facto verifica-se igualmente antes do encerramento da discussão na 1.^a instância (que é o último acto daquela audiência). Por exemplo: se o facto extintivo ocorreu ou foi conhecido durante a audiência prévia, é nesta que esse facto deve ser alegado (art. 588.º, n.º 3, al. a)); se isso não acontecer, a alegação do facto encontra-se precludida após o encerramento da audiência prévia.

b) O regime descrito demonstra que os factos cuja alegação o caso julgado da decisão proferida na acção pode precluir não são outros que não aqueles cuja invocação se encontra precludida por força do disposto no art. 611.º, n.º 1. Tanto é assim que aquele caso julgado não pode considerar precludida a alegação de um

facto que seja posterior ao encerramento da discussão em 1.^a instância. Se, por exemplo, o pagamento da dívida tiver ocorrido depois deste momento, este facto extintivo não pode ser considerado na decisão do tribunal, mas não se encontra precluída a sua alegação numa acção posterior (nomeadamente, na execução na qual o credor pretenda obter a satisfação do seu crédito: cf. art. 729.º, al. g)).

Do exposto decorre que o pretense efeito preclusivo do caso julgado não é diferente do efeito preclusivo que, independentemente desse caso julgado, já se tinha produzido na acção pendente quanto a factos ou a ocorrências supervenientes anteriores ao encerramento da discussão em 1.^a instância. Não é o caso julgado que implica a preclusão de um facto ou de uma ocorrência superveniente verificada até ao encerramento da discussão; essa preclusão já se produzia antes de a sentença estar transitada em julgado, pois que a parte deixou de poder invocar o facto ou a ocorrência superveniente quando ocorreu o encerramento da discussão (e não quando se verificou o trânsito em julgado da decisão da acção)¹⁶. Fica assim demonstrado que o caso julgado não produz nenhum efeito preclusivo próprio¹⁷.

3.3. Preclusão e estabilização

a) A referência temporal do caso julgado coincide com um momento preclusivo: o encerramento da discussão em 1.^a instância (cf. art. 611.º, n.º 1). Isto é suficiente, como se verificou, para que se possa concluir que o caso julgado não produz nenhum efeito preclusivo: este efeito é anterior ao caso julgado. Avançando um pouco mais neste ponto, é possível afirmar que o caso julgado não produz nenhuma função estabilizadora: a função estabilizadora – isto é, a imutabilidade da decisão – que é normalmente atribuída ao caso julgado não é afinal outra que não a função de estabilização que decorre da preclusão. É o que se vai procurar demonstrar de seguida.

b) O encerramento da discussão em 1.^a instância é o momento até ao qual podem ser invocados no processo pendente os factos supervenientes (superveniência “forte”) ou a verificação superveniente de factos alegados (superveniência “fraca”). O encerramento da discussão em 1.^a instância é também o momento a partir do qual não podem ser invocados em juízo nem factos supervenientes, nem ocorrências

¹⁶ Cf. CASTRO MENDES, *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil* (1967), 186; cf. também OTTO, *Die Präklusion*, 68, embora apenas no âmbito da *rechtskraftfremde Präklusion*.

¹⁷ Identicamente, HABSCHIED, *AcP* 152 (1952/1953), 169 ss.

supervenientes de factos alegados. Isto significa que o encerramento da discussão estabiliza a matéria de facto que pode ser considerada na sentença final: esta matéria é toda aquela que tenha sido alegada até ao encerramento da discussão, mas nenhuma daquela que tenha ocorrido e, eventualmente, sido alegada após este momento. Por exemplo: a sentença final deve considerar o pagamento da dívida que tenha sido alegado até ao encerramento da discussão, mas não pode considerar nem o pagamento que tenha ocorrido antes deste encerramento e que só tenha sido alegado depois deste momento, nem o pagamento que se tenha verificado e alegado depois daquele momento. No primeiro caso, a alegação do pagamento encontra-se precluída pela circunstância de não ter sido realizada no momento adequado; no segundo caso, a alegação do pagamento não é admissível, não porque a parte tenha desrespeitado um prazo peremptório, mas porque o regime legal não permite a alegação de nenhuns factos depois do encerramento da discussão.

Poder-se-ia pensar que o que não pode contribuir para a sentença não pode afectar o caso julgado desta sentença ou, dito de outro modo, que o que é irrelevante para a sentença também é irrelevante para o seu caso julgado. A verdade é que não é totalmente assim: os factos precluídos são irrelevantes para a sentença e para o caso julgado, mas os factos posteriores ao encerramento da discussão em 1.^a instância são irrelevantes para a sentença, mas não o são para o caso julgado. Se, por exemplo, o réu pagar a dívida depois do encerramento da discussão em 1.^a instância, esse pagamento não pode ser alegado no processo pendente e não pode ser considerado na sentença final deste processo; no entanto, esse mesmo pagamento permite vir a modificar ou a destruir o caso julgado da decisão condenatória do devedor. Para que isto suceda, basta que o devedor condenado invoque numa acção posterior (por exemplo, nos embargos deduzidos em oposição à execução) esse pagamento. Quer dizer: o encerramento da discussão releva como um momento *ad quem* para a sentença (porque esta só pode considerar os factos alegados até esse encerramento), mas releva como um momento *a quo* para o caso julgado (porque este pode ser afectado com base em qualquer facto que seja posterior a esse encerramento).

Do exposto decorre que um mesmo momento – que é o encerramento da discussão em 1.^a instância – é perspectivado como um momento a partir do qual a sentença fica estabilizada e o caso julgado fica instabilizado. O facto que, por ser posterior ao encerramento da discussão, não pode ser alegado no processo e não pode ser considerado na sentença final é exactamente aquele que pode servir de fundamento para modificar ou destruir o caso julgado desta sentença.

c) O afirmado permite concluir que o que há de estabilização (ou de imutabilidade) no caso julgado é o que resulta da preclusão ou, mais em concreto, da preclusão dos factos ou das ocorrências supervenientes verificadas até ao encerramento da discussão em 1.^a instância, mas não alegadas em juízo até esse momento. A medida da estabilização oferecida pelo caso julgado coincide com a medida dos factos que estão precludidos e que, por isso, não podem atingir esse caso julgado. O facto que não está precludido por ser posterior ao encerramento da discussão é precisamente o facto que é susceptível de afectar o caso julgado. Sendo assim, o caso julgado não oferece nenhuma estabilização diversa daquela que resulta da preclusão. Quer dizer: na estabilização das situações processuais, a centralidade não pertence ao caso julgado, mas antes à preclusão¹⁸.

Impõe-se ainda uma última observação sobre este ponto. Se o que há de estável no caso julgado é o que se encontra precludido e se o caso julgado pode ser afectado por um facto não precludido, então há que concluir que a preclusão é um factor de estabilização mais forte do que o caso julgado. Enquanto a preclusão não é reversível e está adquirida para todo o sempre, o caso julgado pode vir a ser afectado por um facto não precludido: um facto precludido num processo nunca pode vir a ser alegado em nenhum outro processo, mas o caso julgado pode ser atingido por um facto não precludido. Neste contexto, é possível afirmar que nada é mais estável do que a preclusão e nada é mais instável do que o caso julgado.

d) Estas reflexões suscitam uma questão importante. Se a preclusão produz uma tão importante função estabilizadora, cabe perguntar se não há que instituir meios de defesa das partes contra preclusões injustificadas. No processo civil português, ocorre mencionar, como meios de reacção contra uma preclusão injustificada, a invocação do justo impedimento (cf. art. 140.º) e a apresentação de documento novo superveniente como fundamento do recurso de revisão (cf. art. 696.º, al. c)). O que se pode questionar é se não se deveria ir mais além na protecção da parte afectada por uma preclusão, introduzindo, designadamente, parâmetros de diligência na aferição da justificação para a não realização do acto no tempo devido¹⁹. Este aspecto – que constitui todo um programa para um novo paradigma de processo civil – não pode ser agora aprofundado.

¹⁸ Este é sentido programático da obra seminal de PASSO CABRAL: cf. PASSO CABRAL, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, 353 ss. e 562.

¹⁹ Sobre as várias hipóteses de “ultrapassagem argumentativa” que podem justificar a “alteração da posição estável”, cf. PASSO CABRAL, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, 526 ss.

3.4. Segunda conclusão intermédia

a) O caso julgado, em si mesmo, não produz nenhum efeito preclusivo da invocação de um facto num outro processo: essa preclusão é anterior ao trânsito em julgado da decisão final proferida na acção e pode operar mesmo antes deste trânsito em julgado. A preclusão emancipou-se do caso julgado e estabeleceu-se como um efeito processual autónomo e próprio: utilizando a terminologia alemã, pode dizer-se que toda a preclusão (*Präklusion*) é alheia ao caso julgado (*rechtskraftfremd*)²⁰. A preclusão da alegação de factos não invocados num processo não é efeito de mais nada do que da própria omissão dessa alegação.

A conclusão de que o caso julgado não realiza nenhum efeito preclusivo contraria a muito comum afirmação de que o caso julgado cobre (e, no entendimento comum, preclui) tanto o efectivamente deduzido, como o que nada impedia que tivesse sido deduzido no momento adequado (*tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*)²¹. A verdade é que, para além de não ser nada evidente que o caso julgado de uma decisão possa incidir sobre um *nullum*²², só por distração se pode fazer essa afirmação no contexto do ordenamento jurídico português (e, aliás, atendendo ao disposto no § 322 ZPO sobre o âmbito objectivo do caso julgado, também no do alemão). A razão é a seguinte: no processo civil português (e também no alemão), a decisão relativa às excepções peremptórias suscitadas pelo réu não obtém força de caso julgado material (cf. art. 91.º, n.º 2), isto é, a decisão sobre essas excepções (como, por exemplo, a nulidade do negócio) não é vinculativa num processo posterior; sendo assim, é indiscutivelmente bastante estranho que uma decisão sobre uma excepção alegada e discutida no processo não possa adquirir valor de caso julgado e que uma “não decisão” sobre uma excepção não alegada e não discutida no processo fique coberta com esse mesmo valor.

²⁰ A doutrina alemã contemporânea aceita, além da *rechtskraftfremde Präklusion*, uma *Rechtskraft-Präklusion* ou uma *Präklusion durch Rechtskraft*: cf., por exemplo, OTTO, *Die Präklusion*, 66 ss. e 80 ss.; em conclusão, ROSENBERG, SJZ 1950, 313 ss.; SCHWAB, ZZP 65 (1952), 101 ss.; SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess* (1954), 158 ss. e 170 s.; para uma visão de conjunto, cf. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*¹⁷ (2010), 885 s.

²¹ Cf. STJ 6/7/2006 (141/2006); RC 20/11/2012 (1747/11.1TBFIG-A.C1); STJ 29/5/2014 (1722/12.9TBCL.G1.S1); RC 30/6/2015 (89/14.5TBLRA.C1); RC 22/9/2015 (101/14.8TBMGL.C1).

²² Cf. HABSCHIED, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess* (1956), 291; diferentemente, CASTRO MENDES, *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil*, 185, argumentando com o caso julgado da decisão que é proferida na sequência de um efeito cominatório pleno.

b) Do acima exposto também é possível concluir que o caso julgado apenas impede a alteração da decisão transitada com base num fundamento precludido. Em contrapartida, em relação a um fundamento que não se encontra precludido, o caso julgado não realiza nenhuma função de estabilização. Muito pelo contrário: o caso julgado pode ser modificado ou até destruído por um fundamento não precludido.

4. Excepção de caso julgado e preclusão

4.1. Apontamento histórico-dogmático

a) Historicamente, há uma longa tradição de atribuir à litispendência e ao caso julgado um efeito preclusivo. Há que reconhecer que, em grande medida, estes conceitos foram construídos a partir do efeito consumptivo, conforme o tipo de *actio*, da *litis contestatio* ou da *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* do processo civil romano (cf. GAIUS, III, 180 e 181), dado que era essa consumpção que tornava inadmissível uma segunda acção *de eadem re*²³. Em 1827, KELLER afirmava que a sentença produzia uma segunda consumpção da acção (depois da produzida pela *litis contestatio*) e dava origem a uma segunda acção (*actio iudicati*) através da qual o autor podia obter o crédito reconhecido na sentença²⁴. Numa afirmação que vale mais pelo seu sentido do que pela sua indiscutibilidade, o mesmo KELLER concluía o seguinte: “a regra da consumpção através do processo pode ser realizada desde o momento da L[it]is. C[ontestatio]. até ao da sentença exclusivamente através da Exc[eptio]. rei in iudicium deductae, mas, depois, em

²³ Cf. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (1925), 167 ss.; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ² (1996), 301 ss.; SCHIEMANN, DNP 7, 355; note-se que a expressão *contestatio* tem origem na palavra *testes*, dado que, no processo das *leges actiones*, a *litis contestatio* era o momento no qual as partes declamavam, na presença das suas testemunhas (*testes*), as fórmulas rituais: cf. KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ², 76.

²⁴ Cf. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht* (1827), 199; cf. também PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil I* (1834), 133 s., que se refere “a huma espécie de novação necessária” como efeito da “litiscontestação”; sobre a consumpção decorrente da regra *bis de eadem re ne sit actio*, cf., em especial, BEKKER, *Die processualische consumption im classischen römischen Recht* (1853), 21 ss.; BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts I* (1871), 317 ss. e 334 ss.; na doutrina posterior, cf. LIEBS, ZRG (Rom. Abt.) 84 (1967), 104 ss.

parte ainda através desta, em parte através da Exc[eptio]. rei iudicatae; e ambas podem ser opostas, segundo a livre escolha do demandado, à repetição da *actio*²⁵.

No direito romano, a *actio* tinha uma dupla identidade material e processual. Esta perspectiva era concordante com a visão pragmática e com o pensamento tópico (isto é, orientado para o problema) dos juristas romanos²⁶. A evolução posterior não é linear, mas as sucessivas recepções do direito romano favoreceram um contínuo retorno ao classicismo romano. Na Idade Média, depois de alguma tendência para uma separação entre o direito material e o direito processual, a recepção do direito romano voltou a privilegiar a concepção unificada da *actio*²⁷. Este movimento pendular haveria de se repetir alguns séculos mais tarde: depois de o Humanismo, o *Usus modernus pandectarum* e a Escola do Direito Natural terem operado com uma separação entre o direito material e o direito processual²⁸ – e terem contribuído, de modo significativo, para a evolução do direito processual civil –, a Escola Histórica, muito como consequência da redescoberta em 1816 das *Institutiones* de GAIUS em Verona, voltou a defender uma concepção agregada da *actio*²⁹.

A mudança fundamental foi obra de WINDSCHEID³⁰. WINDSCHEID inverteu a relação entre a acção e o direito: “para a consciência jurídica actual, o direito (*Recht*) é o *prius*, a acção (*Klage*) o subsequente, o direito é o producente, a acção o produzido”³¹. Isto é: a *actio* clássica foi cindida numa parte processual e numa

²⁵ KELLER, Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht, 209; JAHR, Litis contestatio, Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren (1960), 124 ss., entende que a *litis contestatio* não era a causa do efeito consumptivo, mas apenas o momento em que este operava; sobre a temática, cf. também LIEBS, ZRG (Rom. Abt.) 86 (1969), 169 ss.

²⁶ KASER, Zur Methode der römischen Rechtsfindung (1962), 54 ss.

²⁷ Cf. KOLLMANN, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht (1996), 146 ss.

²⁸ Cf. KOLLMANN, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, 399 ss., 433 ss. e 459 ss.

²⁹ Cf., em especial, SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts V (1841), 1 ss., VI (1847), 1 ss.; cf. SIMSHÄUSER, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny (1965), 52 ss.; NÖRR, Festschrift für Werner Flume I (1978), 191 ss.; KOLLMANN, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, 500 ss.

³⁰ Cf. SIMSHÄUSER, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, 71 ss.; KOLLMANN, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, 576 ss.

³¹ WINDSCHEID, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856), 3.

parte material, originando na doutrina alemã uma distinção entre a acção e a pretensão e, num plano mais geral, uma diferenciação entre um meio de tutela e um objecto de tutela. Apesar de algumas tentativas de perspectivar de modo unitário o direito material e o direito processual (de que a pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) de WACH³² e o direito judiciário material (*materielles Justizrecht*) de GOLDSCHMIDT³³ constituem as mais eloquentes expressões), a verdade é que os direitos de base romano-germânica operam com uma distinção entre o direito processual e o direito material.

b) Este breve bosquejo histórico permite concluir que hoje já não se opera com a *actio* romana (embora ainda se utilize a *exceptio*), pelo que não tem sentido falar de uma consumpção da *actio* através da propositura ou da decisão da causa. Não quer dizer que a pendência de uma causa não possa produzir efeitos materiais: basta recordar que alguns dos efeitos da *litis contestatio* são agora produzidos pela citação do réu (cf. art. 564.º). Mas nenhum destes efeitos tem a ver com a definitivamente ultrapassada consumpção da acção, pelo que não se verificam actualmente as bases dogmáticas para atribuir às excepções de litispendência e de caso julgado um efeito preclusivo próprio, ou seja, um efeito preclusivo a somar aos eventuais efeitos preclusivos que se verificaram durante a pendência da causa.

A demonstração de que assim é encontra-se no quase unânime abandono da teoria material do caso julgado material (ligada a uma ideia de novação do direito reconhecido em juízo³⁴) e na sua substituição pela actualmente prevacente teoria processual (defensora de que – como, aliás, se dispõe expressamente no art. 580.º, n.º 2 – o caso julgado impõe uma proibição de contradição³⁵ ou uma proibição de repetição da decisão transitada³⁶). Em vez de uma concepção material e, num certo

³² Cf. WACH, Festgabe für Bernhard Windscheid (1888), 75 ss. = WACH, Der Feststellungsanspruch (1889), 3 ss.; WACH, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts I (1885), 19 ss.; WACH, ZZP 32 (1904), 1 ss.; cf. KOLLMANN, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, 589 ss.

³³ Cf. GOLDSCHMIDT, Festgabe für Bernhard Hübler (1905), 85 ss.; GOLDSCHMIDT, Festgabe für Heinrich Brunner (1914), 109 ss.

³⁴ Cf. KOHLER, Festschrift für Franz Klein (1914), 1 ss.; PAGENSTECHER, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (1905), 305 ss.

³⁵ Cf. STEIN, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilproceßordnung (1897), 19 ss.; HELLWIG, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901), 13 s.; HELLWIG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I (1903), 45 s.

³⁶ Cf. SCHWARTZ, Festgabe für Heinrich Dernburg (Berlin 1900), 311 ss.; BÖTTICHER, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß (1930), 128 ss.; cf. ZEUNER, BGH-Festgabe III (2000), 340 ss.

sentido, privada, prevalece hoje uma concepção processual e publicista do caso julgado, pelo que, como acentuava SCHWARTZ, a antiga fórmula romana *bis de eadem re ne sit actio* deve ser substituída pela expressão *bis de eadem quaestione ne judicetur*³⁷. No entendimento contemporâneo maioritário, a excepção de caso julgado não consome nada e, por isso, também não cria nada em sua substituição.

4.2. Terceira conclusão intermédia

Muito possivelmente por influência da longa tradição histórica antes referida, é costume falar-se, como já se salientou, de um efeito preclusivo produzido pelas excepções de litispendência e de caso julgado. A verdade é que, mesmo sendo assim, aquela orientação somente permite tirar a conclusão de que se identifica um efeito preclusivo com a inadmissibilidade de uma duplicação de acções, dado que, para a aludida orientação, as excepções dilatórias de litispendência e de caso julgado apenas tornam inadmissível uma segunda acção entre as mesmas partes com o mesmo objecto (cf. art. 580.º, n.º 1, 581.º, n.º 1, e 577.º, al. i)). Trata-se, por isso, de uma preclusão que se destina a obstar à repetição da alegação do mesmo facto e que procura evitar um *bis in idem*, não de uma preclusão que incide sobre um facto não alegado num processo e que tem por finalidade impedir uma pronúncia sobre um *aliud* num outro processo. Isto basta para que se possa concluir que a preclusão que muitos qualificam como um efeito das excepções de litispendência e do caso julgado não pode coincidir com a preclusão que é efeito da omissão de um acto: uma não permite a prática do mesmo acto duas vezes, a outra não permite a prática do acto omitido uma única vez.

Estes resultados são totalmente concordantes com a conclusão já acima enunciada de que o caso julgado não produz nenhuma preclusão de factos não alegados. Todavia, estando afastado que a excepção de caso julgado possa produzir a preclusão destes factos, não está excluído que essa excepção possa ser um meio de realização dessa preclusão. É o que agora importa analisar.

³⁷ SCHWARTZ, Festgabe für Heinrich Dernburg, 340 s.

III. Actuação da preclusão

1. Enquadramento do problema

Na orientação tradicional, a excepção de caso julgado serve para assegurar o *ne bis in idem* e obstar à repetição de uma causa (cf. art. 580.º, n.º 1, 581.º, n.º 1, e 577.º, al. i)). Dado que a preclusão incide sobre um facto diferente daqueles que foram alegados no primeiro processo, parece que a excepção de caso julgado nunca pode operar se, num segundo processo, for alegado um facto precludido, dado que o objecto deste segundo processo é distinto do objecto do primeiro processo. A tarefa subsequente é a de procurar verificar se assim é efectivamente.

2. Análise casuística

2.1. Oposição à execução

Em referência ao caso julgado da decisão proferida na oposição à execução, o art. 732.º, n.º 5, estabelece que a decisão proferida nos embargos à execução constitui, nos termos gerais, caso julgado quanto à existência, validade e exigibilidade da obrigação exequenda. Deste regime decorre que, se o executado invocar, por exemplo, que a obrigação exequenda se encontra prescrita (cf. art. 729.º, al. g)) e se o tribunal considerar os embargos improcedentes com este fundamento, o executado não pode invocar, nem na execução pendente, nem em qualquer outra acção, nenhum outro fundamento que demonstre que a obrigação não existe, é inválida ou é inexigível.

Atendendo ao que já se referiu, do disposto no art. 732.º, n.º 5, não decorre que é o caso julgado da decisão proferida nos embargos que preclui a invocação de um fundamento diverso daquele que o executado invocou nos embargos à execução. Na verdade, a preclusão da invocação de um outro fundamento de inexistência, de invalidade ou de inexigibilidade da pretensão exequenda não ocorre no momento do trânsito em julgado da decisão, mas no momento em que o executado apresenta a petição de embargos. É a partir deste momento que, ressalvada a admissibilidade da alteração da causa de pedir da oposição à execução (cf. art. 265.º, n.º 1), o executado não pode invocar nenhum outro fundamento de inexistência, invalidade ou inexigibilidade da obrigação exequenda. A referência temporal da preclusão que afecta o executado não é o trânsito em julgado da decisão de embargos, mas o anterior momento da entrega da petição inicial dos embargos à execução.

Posto isto, supõe-se que o sentido do estabelecido no art. 732.º, n.º 5, só pode ser este: a partir do momento em que se verifica o trânsito em julgado da decisão de improcedência da oposição à execução deduzida com um certo fundamento de inexistência, invalidade ou inexigibilidade da obrigação exequenda, a preclusão da invocação de um fundamento distinto daquele que foi alegado pelo executado passa a operar através da excepção de caso julgado. Quer dizer: a preclusão da alegação de um fundamento distinto que já se verificava a partir do momento da entrega da petição inicial dos embargos de executado passa a actuar através da excepção de caso julgado, se esse fundamento for indevidamente alegado numa acção posterior. Portanto, a excepção de caso julgado não origina a preclusão do fundamento não alegado nos embargos de executado, antes é um meio para impor a estabilização decorrente da preclusão desse fundamento num outro processo.

Fornecendo um exemplo: o executado embargou a execução com fundamento no pagamento do crédito exequendo; os embargos são considerados improcedentes; numa outra execução para obtenção de uma parcela restante do mesmo crédito, o mesmo executado opõe-se à execução com fundamento na invalidade do contrato que constitui a fonte desse crédito; contra esta invocação opera a excepção de caso julgado, dado que, nos primeiros embargos, ficou decidido com força de caso julgado que nada obstava à execução da obrigação exequenda. Como o exemplo demonstra, não é a excepção de caso julgado que produz a preclusão, mas a preclusão que se serve desta excepção para impor a sua função estabilizadora.

2.2. Providências cautelares

Algo de semelhante pode ser afirmado quanto ao estabelecido no art. 362.º, n.º 4: na pendência da mesma causa, não é admissível a repetição de providência cautelar que haja sido julgada injustificada. Também aqui se poderia procurar encontrar uma preclusão decorrente do caso julgado da decisão de improcedência do procedimento cautelar: quando a providência requerida não pode ser decretada com base no fundamento alegado pelo requerente, este mesmo requerente não pode voltar a requerer a mesma providência com um outro fundamento. Mas também aqui o que se verifica é que a preclusão da alegação de um fundamento distinto opera através da excepção de caso julgado após o trânsito em julgado da decisão que considerou improcedente o procedimento cautelar. Portanto, a preclusão verifica-se antes do trânsito em julgado da decisão de improcedência do procedimento cautelar, mas essa mesma preclusão actua através da excepção de caso julgado depois do trânsito daquela decisão.

2.3. Quarta conclusão intermédia

Na oposição à execução e nos procedimentos cautelares, o embargante e o requerente têm o ónus de concentrar na petição ou no requerimento inicial todos os fundamentos que podem justificar o pedido por eles formulado. A inobservância deste ónus de concentração implica a preclusão dos fundamentos não alegados naquela petição ou naquele requerimento. Após o trânsito em julgado da decisão proferida na oposição à execução ou no procedimento cautelar, aquela preclusão, em vez de operar *per se*, actua através da excepção de caso julgado, apesar de não existir entre a primeira e a segunda acção identidade de fundamentos e, portanto, identidade de objectos³⁸.

3. Enquadramento dogmático

3.1. Solução proposta

a) Da análise dos casos acima referidos resulta que a excepção de caso julgado também opera quando a diferença entre o objecto da primeira acção e o da segunda acção decorre da alegação nesta última de um fundamento não invocado naquela primeira³⁹. A questão que se coloca é a de saber como se compatibiliza esta conclusão com a afirmação comum de que a excepção de caso julgado pressupõe a repetição de uma causa quanto às partes e ao objecto (cf. art. 580.º, n.º 1, e 581.º, n.º 1).

A resposta a esta questão tem tanto de simples, como talvez de inesperado: a excepção de caso julgado através da qual opera a preclusão de um facto não se compatibiliza com a exigência da repetição de uma causa quanto ao objecto. A verdade é que aquela excepção de caso julgado nada tem a ver com a excepção de caso julgado que, desde o direito romano, pressupõe a repetição de um mesmo

³⁸ Aderindo expressamente a esta orientação, cf. STJ 16/12/2016 (1129/09.5TBVRL-H.G1.S2).

³⁹ A orientação defendida por ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts* ⁹ (1961), 756, não é muito clara, dado que entende que o “efeito preclusivo é [...] consequência do caso julgado, mas não é o [...] efeito de caso julgado relativo à inadmissibilidade da repetição da discussão e decisão sobre a consequência jurídica decidida”.

objecto em duas acções⁴⁰. A excepção de caso julgado através da qual opera a preclusão de um facto obsta à apreciação de um *aliud*; a excepção de caso julgado que impede a repetição de uma mesma causa obsta a reapreciação de um *idem*.

O que a solução mostra é que a excepção de caso julgado pode ter um âmbito de aplicação mais vasto do que habitualmente lhe é reconhecido. Normalmente, a excepção de caso julgado cumpre uma função negativa: esta excepção garante, como se estabelece no art. 580.º, n.º 2, a proibição de repetição de uma causa anterior. Basta atentar, no entanto, no disposto no art. 580.º, n.º 2, para se perceber que a excepção de caso julgado também pode realizar uma função positiva: não a função de excluir a repetição do mesmo, mas a função – também referida no art. 580.º, n.º 2 -- de obstar à contradição do decidido numa causa anterior. É precisamente isso o que sucede quando a excepção de caso julgado impede a apreciação de um *aliud* com base num facto precludido.

O afirmado pode ser testado em três exemplos: (i) um autor propõe uma acção de reivindicação com fundamento na sucessão por morte e obtém o reconhecimento da sua propriedade; depois do trânsito em julgado da decisão de procedência, o réu instaura uma acção de apreciação negativa contra o anterior reivindicante, procurando demonstrar a invalidade do testamento que constituiu o título de aquisição por sucessão; esta segunda acção é inadmissível, porque, como nela se invoca um facto precludido, opera a excepção de caso julgado; (ii) um credor propõe uma acção condenatória contra um devedor; a acção é julgada procedente; depois do trânsito em julgado da decisão, o devedor condenado propõe uma acção destinada a fazer valer um fundamento de extinção da dívida que já podia ter alegado na anterior acção condenatória; dado que a invocação deste fundamento se encontra precludida, a excepção de caso julgado obsta à admissibilidade da segunda acção; (iii) um credor obtém uma sentença de condenação contra um devedor e instaura um processo executivo; o executado deduz embargos contra a execução, alegando que o contrato do qual resulta o crédito é inválido; dado que a alegação desta invalidade se encontra precludida e, por isso, não pode ser realizada nos embargos (cf. art. 729.º, al. g)), contra estes pode ser oposta a excepção de caso julgado.

⁴⁰ Sobre o direito romano, cf. KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ², 301 ss.; SCHIEMANN, *DNP* 7, 355; sobre a evolução no século XIX, cf. GAUL, *Festschrift für Werner Flume I* (1978), 443 ss.

3.2. Justificação da solução

a) KELLER, num trabalho pioneiro sobre o tema, acrescentou uma função positiva à então genericamente aceite função negativa da *exceptio rei iudicatae*: enquanto esta função negativa se referia à consumpção da *actio* e visava impedir a repetição de uma acção, aquela função positiva respeitava à “imposição (*Geltendmachung*) do resultado positivo de um litígio anterior” e destinava-se a impor o “conteúdo positivo de uma sentença contra uma nova e com esta contraditória acção”⁴¹. KELLER fornecia, como exemplo desta função positiva da excepção de caso julgado, a seguinte situação: *A* propõe contra *B* uma *rei vindicatio*; o juiz reconhece *A* como proprietário e condena *B* a restituir; depois da restituição, *B* instaura contra *A* uma *rei vindicatio*; a função positiva da *exceptio rei iudicatae* impede esta segunda *rei vindicatio*⁴².

A evolução posterior foi interessante e significativa. A proibição de repetição e a proibição de contradição que KELLER atribuía à excepção de caso julgado foram repartidas por esta excepção e pela autoridade de caso julgado, de molde que a excepção de caso julgado passou a cumprir apenas uma função negativa (proibição de repetição) e esta autoridade de caso julgado apenas uma função positiva (proibição de contradição)⁴³. Curiosamente, a função positiva da excepção de caso julgado voltou a aparecer na doutrina e jurisprudência alemãs através da figura do “contrário contraditório”: o caso julgado de uma decisão pode ser oposto ao réu da acção, se este pretender obter, em acção autónoma posteriormente instaurada, um efeito contraditório ou incompatível com aquele que ficou protegido pelo caso julgado⁴⁴. O exemplo paradigmático deste “contrário contraditório” é muito próximo daquele que KELLER fornecia a propósito da função positiva da excepção de caso julgado: depois de o autor obter o reconhecimento da sua propriedade, o

⁴¹ KELLER, Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht, 222 e 230.

⁴² KELLER, Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht, 221; houve na doutrina alemã algumas tentativas de resolver o exemplo da contra-reivindicação através da função negativa do caso julgado, alegando que o caso julgado da decisão que reconhece que o autor é proprietário envolve que o réu não é proprietário: cf. BEKKER, Die processualische consumption im classischen römischen Recht, 128 ss.; BÖTTICHER, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 178 ss.

⁴³ Cf. GAUL, Festschrift für Werner Flume I, 447 ss. e 512 ss.

⁴⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht ¹⁷, 881.

réu instaura uma acção destinada a obter a declaração de que aquele autor não é proprietário (naturalmente, sem a invocação de nenhum facto superveniente)⁴⁵.

Verifica-se, assim, que a proibição de contradição não é estranha à excepção de caso julgado. Aliás, é isso mesmo que resulta do disposto no art. 580.º, n.º 2, que atribui à excepção de caso julgado a função de evitar quer a contradição de uma decisão anterior, quer a repetição dessa mesma decisão. É a proibição de contradição e a excepção de caso julgado que operam quando a segunda acção é inadmissível pela alegação de um facto que se encontra precludido. O que, nesta hipótese, a excepção de caso julgado impede é a contradição do caso julgado anterior com fundamento na alegação do facto precludido.

b) Em termos de direito positivo, há uma conclusão que se impõe: o âmbito da excepção de caso julgado é definido pelo disposto no art. 580.º, n.º 2 (e, portanto pela proibição de contradição e pela proibição de repetição), não pela repetição de acções a que se refere o art. 581.º, n.º 1. Esta repetição é apenas uma das situações em que opera a excepção de caso julgado, nada impedindo que essa excepção também possa relevar em situações em que o objecto das duas acções seja distinto⁴⁶.

No fundo, o que se impõe é um regresso à construção originária de KELLER: a excepção de caso julgado implica uma proibição de contradição e uma proibição de repetição⁴⁷. O equívoco de KELLER residiu em não se ter apercebido de que a proibição de contradição não se esgota na excepção de caso julgado, ou seja, não se resume a evitar o proferimento de uma decisão contraditória com a decisão transitada. Quando o caso julgado relativo a um objecto prejudicial (respeitante, por exemplo, à declaração da propriedade) é invocado numa acção posterior (relativa à indemnização pela ocupação ilícita dessa mesma propriedade), releva nesta segunda acção uma proibição de contradição daquele caso julgado; mas esta proibição, em vez de tornar inadmissível uma nova pronúncia do tribunal sobre o que lhe é pedido, antes vincula o tribunal a utilizar o caso julgado (por exemplo, sobre a propriedade) como base da apreciação sobre o que lhe é solicitado (por exemplo,

⁴⁵ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* 17, 881.

⁴⁶ Em sentido diferente – e influenciando até hoje a doutrina portuguesa –, cf. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado III* (1950), 93: “[...] o caso julgado exerce duas funções: a) uma função *positiva*; b) uma função *negativa*. [...]. Mas, quer se trate da função positiva, quer da função negativa, são sempre necessárias as três identidades exigidas pelo art. 502.º” [actual art. 581.º].

⁴⁷ Cf. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, 221 s. e 230.

a indemnização). KELLER não se apercebeu de que a proibição de contradição pode produzir não só a exclusão de uma pronúncia contraditória pelo tribunal da segunda acção, mas também a vinculação do tribunal desta acção ao decidido numa acção anterior. Neste aspecto, há que dar razão à doutrina que autonomizou a autoridade de caso julgado da excepção de caso julgado⁴⁸.

No entanto, esta doutrina também caiu no equívoco de entender que a proibição de contradição só pode operar quando numa acção posterior é invocado um caso julgado sobre uma questão prejudicial⁴⁹. Realmente, a proibição de contradição também pode actuar quando se trata de evitar que o caso julgado seja contrariado por uma decisão posterior, ou seja, quando o que importa é obstar a uma nova pronúncia do tribunal contraditória com a anterior. A realidade é mais multifacetada do que aquela que é compaginável com a redução da aplicação da proibição de contradição às situações de prejudicialidade de um objecto perante um outro objecto.

c) O que acima se disse demonstrou que a proibição de contradição pode justificar quer a autoridade de caso julgado, quer a excepção de caso julgado, tudo dependendo da relação do objecto da primeira acção com o objecto da segunda acção. Em concreto, numa visão de conjunto, há que considerar três hipóteses:

- O objecto da segunda acção é dependente do objecto (prejudicial) da primeira acção; nesta situação, importa vincular o tribunal da segunda acção à pronúncia prejudicial do tribunal da primeira acção, ou seja, há que evitar que o tribunal da segunda acção possa contrariar aquela pronúncia; este desiderato é atingido através da proibição de contradição da decisão anterior e da autoridade de caso julgado;
- O objecto da segunda acção é contraditório com o objecto da primeira; nesta hipótese, importa afastar uma pronúncia contraditória com a anterior; este efeito é conseguido através da proibição de contradição da decisão anterior e da excepção de caso julgado;
- O objecto da segunda acção é igual ao objecto da primeira acção; nesta situação, o que importa excluir é uma repetição da pronúncia do tribunal da primeira acção; para conseguir este desiderato há que impor a proibição de repetição da decisão anterior e a aplicação da excepção de caso julgado.

⁴⁸ Cf. GAUL, *Festschrift für Werner Flume I*, 513 ss.

⁴⁹ Cf., por exemplo, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*¹⁷, 871 e 881 s.

A diversidade das soluções encontra a sua justificação na finalidade primordial do caso julgado: este instituto destina-se a garantir que sobre uma questão há apenas uma decisão do tribunal. A proibição de contradição e a proibição de repetição são apenas soluções deônticas destinadas a assegurar que, como já referiam as fontes romanas⁵⁰, a uma única controvérsia corresponde uma única acção e, portanto, uma única decisão do tribunal. Até agora, a doutrina sobre o caso julgado tem sido construída a partir da igualdade ou diversidade dos objectos da primeira e da segunda acção; talvez devesse antes ser construída tomando como base a exclusão de uma nova pronúncia do tribunal sobre a mesma questão ou sobre uma questão diferente, acentuando, portanto, não tanto o carácter imutável da decisão proferida, mas mais o seu carácter único e exaustivo.

Esta metodologia é a única que consegue explicar todos os efeitos do caso julgado, porque é a única que mostra a verdadeira extensão da excepção de caso julgado: esta excepção opera através quer de uma proibição de contradição de uma decisão anterior, quer de uma proibição de repetição desta decisão. Além disso, aquela metodologia tem ainda uma outra vantagem: ela permite conceber a excepção de caso julgado como um meio de fazer valer a preclusão extraprocessual, ou seja, dispensa a necessidade de operar com qualquer outra excepção dilatória quando se trata de obstar à admissibilidade de uma acção na qual é alegado um facto que se encontra precludido.

3.3. Extensão do regime

O que se disse sobre a excepção de caso julgado vale igualmente para a excepção de litispendência (cf. art. 580.º, n.º 1, 581.º, n.º 1, e 577.º, al. i)). Esta excepção opera quando, encontrando-se ainda pendente um processo, alguma das partes intenta uma segunda acção na qual pretende obter um efeito incompatível ou invoca um facto precludido.

⁵⁰ PAULUS, D. 44.2.6: *Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est.*

3.4. Conhecimento officioso

A circunstância de a preclusão extraprocessual actuar através das excepções de litispendência e de caso julgado garante o seu conhecimento officioso pelo tribunal da segunda acção (cf. art. 577.º, al. i), e 578.º).

IV. Preclusão e parte activa

1. Preclusão factual

Como já houve oportunidade de afirmar, o autor não tem, no processo civil português, o ónus de alegar todas as possíveis causas de pedir do pedido que formula. Quer isto dizer que o ónus de concentração que vale para o réu quanto à matéria de defesa (cf. art. 573.º, n.º 1) não vale para o autor quanto às várias causas de pedir. É isso que justifica que, não tendo obtido a procedência da acção com base numa causa de pedir, o autor possa propor uma nova acção na qual venha a invocar uma diferente causa de pedir.

Deste regime não se pode retirar, contudo, que sobre o autor não recai nenhum ónus de concentração. É verdade que esse ónus não se verifica quanto às várias possíveis causas de pedir que podem fundamentar o pedido, mas também não deixa de ser verdade que o autor tem um ónus de alegação de todos os factos que se referem à causa de pedir invocada na acção. Assim, por exemplo, o autor de uma acção de indemnização tem o ónus de indicar todos os danos sofridos, não podendo vir a intentar uma nova acção destinada a obter a reparação dos danos não invocados (mas invocáveis) na acção anterior. Se esta preclusão não for respeitada, a excepção de caso julgado obsta à admissibilidade da segunda acção.

2. Preclusão jurídica

2.1. Generalidades

A preclusão também pode incidir sobre a alegação de uma qualificação jurídica: isso sucede quando um autor obtém um efeito jurídico com base numa certa factualidade e depois procura conseguir um efeito incompatível com base nessa

mesma facticidade⁵¹. Suponha-se, por exemplo, que um autor invoca um determinado título de aquisição de um direito real e pede com base nele o reconhecimento de que é usufrutuário de uma coisa; depois de obter uma decisão de procedência, o mesmo autor instaura uma outra acção, pedindo agora, com fundamento no mesmo título de aquisição, o reconhecimento de que é proprietário daquela mesma coisa; nesta hipótese, não pode deixar de se entender que o reconhecimento do autor como usufrutuário preclui o seu reconhecimento como proprietário. O mesmo há que entender se o autor, após ter obtido a condenação do réu na indemnização de um dano, pretender obter desse mesmo réu a restituição do *quantum* (mais elevado) do seu enriquecimento sem causa.

Também nestas situações opera, na segunda acção proposta pelo mesmo autor, a excepção de caso julgado: não a excepção de caso julgado que pressupõe a repetição de causas e obsta à reapreciação de um *idem*, mas a excepção de caso julgado que, com base na preclusão, obsta à apreciação de um *aliud*.

2.2. Dívidas dos cônjuges

No direito português, a preclusão da qualificação jurídica pode ser ilustrada com um exemplo retirado da execução das dívidas dos cônjuges. Estas dívidas podem ser comuns, mesmo que tenham sido contraídas por um único dos cônjuges (cf. art. 1691.º, n.º 1, al. b) a d), CC); esta circunstância possibilita que, apesar de se formar um título executivo apenas entre esse cônjuge e o respectivo credor, ainda assim a dívida seja comum. Nesta eventualidade, o art. 741.º, n.º 1, permite que o exequente, apesar de possuir título executivo apenas contra o cônjuge que contraiu a dívida, alegue na execução que a dívida é comum. Depois da citação do cônjuge do executado, o tribunal da execução decide se a dívida é da responsabilidade de ambos os cônjuges ou apenas da responsabilidade do cônjuge inicialmente executado (cf. art. 741.º, n.º 5 e 6): no primeiro caso, a execução prossegue também contra o cônjuge não (inicialmente) executado (art. 741.º, n.º 5).

O regime é distinto se o título executivo de que o credor dispõe for uma sentença condenatória obtida por aquele credor apenas contra o cônjuge que contraiu a dívida. Nesta situação, conforme resulta expressamente do disposto no art. 741.º, n.º 1, ao credor já não é reconhecida a faculdade de alegar o carácter comunicável da dívida. Isto é: a não demanda do cônjuge que não contraiu a dívida na anterior

⁵¹ Cf. STJ 16/2/2016 (53/14.4TBPTB-A.G1.S1).

acção declarativa preclui a alegação, numa posterior acção executiva, de que a dívida é comum.

Também nesta hipótese a preclusão (*in casu*, da alegação da comunicabilidade da dívida) é anterior ao trânsito em julgado de qualquer sentença: essa preclusão ocorre quando o credor demanda, na acção declarativa, apenas um dos cônjuges e, por isso, deixa de poder invocar o carácter comunicável da dívida nessa mesma acção. Ainda assim, a preclusão da qualificação da dívida como comum opera, depois do trânsito da decisão de mérito proferida na acção declarativa, através da excepção de caso julgado. Quer dizer: depois de o credor ter demandado apenas um dos cônjuges e ter obtido uma sentença condenatória somente contra este cônjuge, é a excepção de caso julgado que obsta à invocação do carácter comunicável da dívida na acção executiva.

V. Conclusão final

Das reflexões anteriores terá resultado que a preclusão extraprocessual pode operar num outro processo antes de se constituir qualquer caso julgado nesse processo: portanto, os efeitos da preclusão não estão dependentes do caso julgado. Dessas mesmas reflexões poderá também extrair-se que o caso julgado e a excepção de caso julgado não produzem nenhum efeito preclusivo distinto daquele que, quanto aos factos não alegados, se verifica no processo em que é proferida a decisão transitada em julgado. Supõe-se que também terá ficado demonstrado que, depois de haver no processo uma decisão transitada em julgado, a preclusão extraprocessual deixa de operar *per se*, passando a actuar através da excepção de caso julgado. Em suma: pode falar-se de “preclusão e caso julgado”, mas não de “caso julgado e preclusão”.