

Paulo Pimenta
Mestre em Direito
Professor do Departamento de Direito
da Universidade Portucalense
Advogado
Membro da Comissão da Reforma do
Processo Civil

OS TEMAS DA PROVA

Na iminência da aprovação do novo Código de Processo Civil, o presente texto debruça-se sobre uma das mais significativas alterações a introduzir no processo civil português. Trata-se da abolição de uma figura (questionário/base instrutória) que marcou e tolheu as acções cíveis ao longo de mais 70 anos. Esta alteração tem em vista pôr fim a limites artificiais na instrução da causa. Com esta alteração, a instrução será balizada somente pela causa de pedir pelas excepções deduzidas.

A) A selecção da matéria de facto no CPC de 1939 e no CPC de 1961

É consensual o entendimento de que o processo civil, em virtude de ter por objecto relações jurídicas privadas, está fortemente marcado pela ideia de dispositivo. Se a relação jurídica privada, por princípio e pela sua natureza, se encontra na disponibilidade das partes, essa disponibilidade tenderá a reflectir-se na relação processual correspondente.

Tradicionalmente, diz-se que a disponibilidade do processo pelas partes se manifesta em três planos: no impulso processual; na definição do objecto do processo; na definição dos limites da sentença.

Quanto ao impulso processual, a acção cível só começa mediante a iniciativa concreta de uma das partes e persiste enquanto essa for a vontade das partes, sendo que estas podem pôr-lhe termo, definindo mesmo as condições em que tal acontece (por desistência, por confissão ou por transacção).

Quanto ao objecto do processo, é direito e é encargo das partes aportar ao processo os factos que sustentam as respectivas pretensões, em termos tais que o tribunal, na decisão a proferir, só pode tomar em consideração os factos alegados (e provados) pelas partes.

Quanto aos limites da sentença, o pedido formulado pela parte define o conteúdo possível da sentença, não podendo o tribunal condenar em quantidade superior ou em coisa diversa da peticionada.

Consequentemente, num sistema processual civil pautado pelo princípio dispositivo, a actuação do juiz é essencialmente passiva, porquanto, na decisão a proferir, apenas deverá basear-se nos factos alegados pelas partes. Sobre estas recai, consequentemente, o ónus de alegação dos factos a considerar pelo juiz.

Mas a passividade do juiz não se fica por aí. Com efeito, às partes compete ainda a iniciativa da prova dos factos alegados, cabendo ao juiz um mero papel de fiscalização relativamente à actividade instrutória, finda a qual é, então, proferida decisão sobre os factos provados e não provados.

O processo civil português foi marcado, ao longo de décadas, por uma peça processual – o questionário –, a elaborar pelo juiz, depois de finda a fase dos articulados.

Tal como previsto no art. 515º do CPC de 1939¹ e no art. 511º do CPC de 1961, findos os articulados e quando o processo houvesse de prosseguir², o juiz deveria proceder ao saneamento fáctico da causa.

Assim, tomando por referência os factos articulados pelas partes, o juiz faria uma primeira triagem dos factos conforme interessassem ou não à decisão da causa. Depois, quanto aos que interessassem à decisão da causa, o juiz deveria agrupá-los em duas categorias, conforme pudessem já ter-se como demonstrados ou ainda carecessem de demonstração.

¹ Em rigor, diga-se que esta peça foi instituída no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 21:694, de 29/09/1932, mais exactamente pelo respectivo art. 15º. O Decreto nº 21:694 faz parte de um conjunto de diplomas promulgados a partir de 1926, que, já sob a batuta de ALBERTO DOS REIS, encetaram as diversas alterações na legislação processual civil que vieram a culminar no CPC de 1939.

² No CPC de 1961, era ainda suposto que a acção tivesse sido contestada.

A primeira categoria era a “especificação”, aí sendo vertidos os factos considerados confessados, admitidos por acordo das partes ou provados por documentos. A segunda categoria era o “questionário”, albergando os factos alegados que, por serem controvertidos, teriam de ser provados. Tais factos eram elencados sob a forma de quesitos, com subordinação a números³.

Nos termos do art. 514º do CPC de 1939, o questionário *“só compreenderá, de entre os factos articulados, controvertidos e pertinentes à causa, os que forem indispensáveis para a resolver”*.

De acordo com o art. 511º do CPC de 1961, o juiz *“seleccionará entre os factos articulados os que interessam à decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, (...) quesitando (...) os pontos de facto controvertidos”*.

Na economia da acção declarativa, realizada esta selecção da matéria de facto, toda a actividade processual subsequente (sobremaneira a instrução) era delimitada pelos termos do questionário. Com efeito, era por referência aos quesitos constantes daquela peça que as partes organizavam a sua estratégia probatória⁴, era por referência a esses quesitos que se realizava a produção de prova e era a esses quesitos que, finda a produção de prova, o tribunal iria responder⁵.

Nas palavras de ALBERTO DOS REIS, *“O questionário exerce uma dupla função de limite: limita o âmbito das diligências de produção de prova, limita o poder jurisdicional do tribunal colectivo”*⁶.

Concluído o julgamento da matéria de facto, seria proferida sentença, antecedida da possibilidade de alegações das partes sobre a vertente jurídica da causa. Na sentença, em sede de fundamentação de facto, o juiz haveria de levar em

³ Relativamente à especificação, embora a lei nada dissesse, seja em 1939, seja em 1961, a prática instituída era a de enunciar os factos provados por alíneas.

⁴ De resto, na sequência da organização do questionário que as partes eram notificadas para apresentarem os respectivos requerimentos probatórios (art. 516º do CPC de 1939 e art. 512º do CPC de 1961).

⁵ É o que resultava do art. 653º.f) do CPC de 1939 e do art. 653º.2. do CPC de 1961. O tribunal não se pronunciava, todavia, sobre os factos que, embora constantes do questionário, só pudessem provar-se documentalmente, nem sobre os que (entretanto) estivessem provados por confissão, por acordo das partes ou por documento.

⁶ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*⁴ (1984), Vol. III, 204.

conta os factos admitidos por acordo, provados por documento ou por confissão e ainda os que tivessem sido dados como provados na resposta aos quesitos⁷.

Um sistema processual deste género implicava um esquema rígido e fechado quanto ao acervo fáctico dos autos.

Por um lado, os factos considerados, a final, na sentença sempre seriam, no limite, todos os factos articulados pelas partes.

Por outro lado, havendo preclusões quanto à alegação de factos, só seriam considerados os factos que as partes tivessem originariamente vertidos nos respectivos articulados⁸, o que equivale a dizer que, cumprida a fase dos articulados, que era a primeira etapa do processo, ficava encerrada a possibilidade de o acervo fáctico dos autos sofrer qualquer evolução⁹. Este sistema era reforçado por um intenso regime de ónus e cominações ao nível da contestação, já que, sob pena de se considerarem admitidos por acordo, o réu deveria tomar posição definida sobre cada um dos factos articulados na petição¹⁰.

Nessa conformidade, atingida a segunda fase do processo, quando procedia à selecção da matéria de facto, a actividade do juiz consistia em analisar e confrontar as peças escritas oferecidas pelas partes, nos termos seguintes: desconsiderando os factos que, embora articulados, não tinham relevo para a decisão da causa, o juiz levaria à especificação os factos que logo aí podiam ser tidos como assentes, quer por terem sido confessados, quer por se mostrarem provados por documentos, quer por não terem sido impugnados; e levaria ao

⁷ Cfr. o art. 659º do CPC de 1939 e do CPC de 1961.

⁸ No CPC de 1939, cada uma das partes dispunha de dois articulados para expor os respectivos fundamentos de facto (petição inicial e réplica para o autor – arts. 480º e 507º; contestação e tréplica para o réu – arts. 490º e 509º), tendo o autor a possibilidade de apresentar uma última peça, verificadas certas circunstâncias (art. 510º). No CPC de 1961, na sua formulação inicial, também cada parte podia apresentar dois articulados (arts. 467º, 486º, 502º e 503º), podendo ainda o autor apresentar resposta à tréplica versando matéria reconventional (art. 504º). Todavia, após a chamada Reforma Intercalar, promovida pelo DL nº 242/85, de 9 de Julho, só a petição inicial e a contestação se mantiveram como “articulados normais”, passando a réplica e a tréplica a ser “articulados eventuais”, cuja dedução se limitava a proporcionar o exercício do contraditório.

⁹ Desconsiderando aqui, naturalmente, os factos supervenientes, mas estes tinham um regime próprio de arguição (§ único do art. 493º do CPC de 1939, quanto ao réu apenas, e art. 506º do CPC de 1961, para ambas as partes).

¹⁰ Só não seria assim, isto é, a cominação não operava se os factos não impugnados especificadamente estivessem em manifesta oposição com a defesa considerada no seu conjunto, ou se fossem inconfessáveis ou se só pudessem ser provados por documento. Era o que resultava do disposto no art. 494º do CPC de 1939 e no art. 490º do CPC de 1961.

questionário os factos que se mostrassem controvertidos, seja porque tivessem sido impugnados especificadamente, seja porque, embora não impugnados, fossem inconfessáveis, só pudessem provar-se por documento, ou estivessem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto¹¹.

Bem vistas as coisas, esta actividade do juiz tinha uma natureza essencialmente *burocrática*, pois a selecção fáctica radicava no cotejo das peças oferecidas pelas partes. Ainda assim, face ao (decisivo) relevo que tinha no devir processual, esta selecção sempre foi encarada com grande zelo pelas partes e pelo tribunal. A importância da selecção expressava-se, desde logo, na circunstância de as partes poderem reclamar para o próprio juiz e poderem recorrer do despacho que apreciasse as reclamações¹². Quanto às partes, visando ter o menor encargo probatório, cada uma delas procurava que fossem levados à especificação os factos a si favoráveis e ao questionário os factos favoráveis à parte contrária. Já o juiz, quanto melhor procedesse à selecção fáctica, menor era a hipótese de haver reclamações e, por inerência, menor era a hipótese de proceder eventual recurso contra o despacho que conhecesse das reclamações.

Uma vez elaborado, o questionário passava a funcionar como um guião para as fases processuais seguintes, por ele se orientando as partes e o tribunal.

Se atentarmos no CPC de 1939, vemos que as diligências destinadas à produção de prova só podiam recair sobre os factos “*constantes do questionário*” (art. 517º), sobre cada um dos factos “*especificados no questionário*” não podiam ser inquiridas mais de cinco testemunhas (art. 636º), as testemunhas eram interrogadas sobre os factos “*incluídos no questionário*” que tivessem sido articulados pela parte que a ofereceu (art. 641º) e, por fim, no julgamento da matéria de facto, o tribunal, de entre os “*factos mencionados no questionário*”, declarava quais julgava ou não provados (alínea g) do art. 653º)¹³.

¹¹ Tanto no CPC de 1939 como no de 1961, os desvios aos efeitos da inobservância ónus de impugnação, previstos nos respectivos arts. 494º e 490º, aplicavam-se aos articulados seguintes à contestação (cfr., respectivamente, os arts. 511º e 505º).

¹² Cfr. o prómio do art. 515º do CPC de 1939 e o respectivo § 3º; cfr. os nºs. 4 e 5 do art. 511º do CPC de 1961. Note-se que, no CPC de 1961, a hipótese de recurso era diferida para o momento do recurso da decisão final.

¹³ Esta alínea g) do art. 653º do CPC de 1939 admitia a possibilidade de, encerrada a discussão, o tribunal formular *quesitos novos*, cujo teor era limitado pelos factos alegados pelas partes.

No CPC de 1961, o regime era similar, pois as diligências destinadas à produção de prova só podiam recair sobre os factos “*constantemente do questionário*” (art. 513º), sobre cada um dos factos “*incluídos no questionário*” não podiam as partes produzir mais de cinco testemunhas (art. 633º), as testemunhas eram interrogadas sobre os factos “*incluídos no questionário*” que tivessem sido articulados pela parte que a ofereceu (art. 638º) e, no julgamento da matéria de facto, o tribunal, de entre os “*factos quesitados*”, declarava quais julgava ou não provados (art. 653º.2) ¹⁴¹⁵.

Deste modo, o que estava no questionário era para ser considerado, pois se aí tinha sido levado é porque tinha interesse para decisão da causa. O que não estava no questionário não era para ser considerado, pois se aí não estava é porque não tinha sido oportunamente alegado, logo era matéria excluída da cognição do tribunal.

Assim colocadas as coisas, o questionário entroncava plenamente em conhecidos brocardos como “*iudex judicare debet secundum allegata et probata partium*” ou “*quod non est in actis (partium) non est in mundo*” ou ainda “*da mihi facta, dabo tibi ius*”.

O sistema mostrava-se, pois, *perfeito*. Esta perfeição era, todavia, aparente. Na verdade, o processo funcionava em circuito fechado.

O mesmo é dizer que o “*descobrimento da verdade*” (art. 264º do CPC de 1939) ou o “*apuramento da verdade*” (art. 264º.3 do CPC de 1961) de que falava a lei correspondia a uma verdade formal, a uma *verdade processual*.

Tal como estava estruturado, o sistema processual civil português assentava na pressuposição (ou ficção) de que a realidade da vida a que se reportava cada concreta lide tinha sido suficiente e adequadamente vertida nos respectivos articulados.

¹⁴ Em sede de julgamento de facto, o CPC de 1961 marca uma importante evolução, na medida em que passou a impor-se ao tribunal o dever de fundamentação da decisão, sem bem que limitada aos factos provados.

¹⁵ Também aqui se previa a hipótese de formulação de *quesitos novos*, mas sempre com limitação aos factos articulados pelas partes, nos termos das disposições conjugadas do arts. 650º.2.f) e 664º do CPC de 1961.

Por isso, ainda que, na pendência da causa, houvesse a percepção de alguma desconformidade entre o alegado e a realidade das coisas, a resposta do sistema era de indiferença, vedando-se a *entrada* dessa realidade nos autos.

Tudo a pretexto de que ónus de alegação recaía sobre as partes e a pretexto de que o tribunal só podia “*servir-se dos factos articulados pelas partes*” (art. 664º do CPC de 1939 e de 1961).

A expressão máxima dessa *indiferença* do sistema face à realidade estava exactamente no questionário e no modo como era entendido.

Concluída a fase dos articulados e operado o saneamento fáctico dos autos, ficava definido o lastro fáctico da lide. Por muito *viva e rica*, por muito *reveladora* que fosse a instrução, o limite sempre seria o dos quesitos, isto é, ao tribunal apenas interessava saber se era provado aquilo que era perguntado. Caso fosse provado o que era perguntado, muito bem; caso não fosse, muito bem igualmente.

Isto era assim, mesmo que houvesse condições (em face das diligências instrutórias) para dar como provada factualidade que, não correspondendo em absoluto ao que estava quesitado, fosse apta a assegurar a conformidade da decisão da causa com a realidade das coisas, tal como revelada em juízo.

Fruto de toda uma concepção assente em ónus e preclusões, que tendia para a estabilização da matéria de facto relevante na fase do saneamento¹⁶, o questionário surgia como o repositório dos factos articulados que se mostrassem carecidos de prova.

Esta peça era integrada por quesitos (questões de facto), sendo por referência a eles que decorreria a actividade probatória e aos quais responderia o órgão incumbido do julgamento da matéria de facto, no estrito âmbito da sua intervenção. Tendo em conta a precisa função dos quesitos, o entendimento corrente e prevalecente ao longo de décadas era o de que os quesitos deveriam ser elaborados em termos simples e claros, para que as partes soubessem, concretamente, o que devia ser provado, e para que as respostas respectivas pudessem ser, igualmente, objectivas e concisas.

¹⁶ LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil² (2004), Vol. I, 444.

Nessa perspectiva, o aconselhável seria que a cada quesito correspondesse um facto, em termos de o órgão de julgamento lhe poder responder do seguinte modo: “*provado*” ou “*não provado*”.

Isto é, dever-se-ia evitar que o tribunal tivesse de responder fazendo distinções, reservas ou restrições¹⁷.

Estas recomendações acerca do modo de redigir os quesitos, se bem que não tivessem um carácter rígido e inflexível¹⁸, destinavam-se a alertar o juiz para o cuidado a ter na elaboração do questionário.

É que o julgamento da matéria de facto, em vez de ser feito “*em linguagem corrida, mediante a narração completa dos factos (...) que o tribunal considere provados*”, assumia “*o estilo analítico e desarticulado de meras respostas sucessivas aos diferentes quesitos do questionário*”¹⁹.

A realidade forense veio a mostrar que o modo como eram, habitualmente, redigidos os quesitos acabava por funcionar como um *elemento perturbador ou limitador*, tanto para os actos probatórios, como para o próprio acto do julgamento de facto.

Na verdade, era habitual e frequente o questionário ser reconduzido “*à minuciosa, rígida e formalística formulação de quesitos, reproduzindo cada uma das afirmações de facto atomisticamente feitas pelas partes nos articulados*”²⁰. Daí resultava, tantas e tantas vezes, um elenco desgarrado e fragmentário de factos probandos.

Também era frequente, perante duas versões diferentes constantes dos articulados, quesitar o mesmo ponto de facto em duplicado, uma vez na versão do autor, outra na versão do réu.

Consequentemente, acabava por ser *normal* que a leitura da resposta aos quesitos (conjugada com os factos especificados) não permitisse descortinar o quadro fáctico a que respeitavam.

¹⁷ Sobre este ponto, ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil Anotado⁴ (1985), Vol. III, 223-224, e MANUEL DE ANDRADE, Noções Elementares de Processo Civil (1979), 189.

¹⁸ ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil Anotado⁴ (1985), Vol. III, 224.

¹⁹ ANTUNES VARELA, Manual de Processo Civil² (1985), 651.

²⁰ LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil² (2004), Vol. I, 444.

Outras vezes, a exagerada *preocupação* de limitar a resposta às *sacramentais* fórmulas “provado” ou “não provado” era impeditiva de que se alcançasse uma decisão conforme à realidade das coisas, cuja dinâmica era inconciliável com a rigidez e inflexibilidade dos quesitos e das respostas correspondentes²¹.

Por outro lado, muitas vezes acontecia o juiz não permitir que a inquirição às testemunhas ultrapassasse o rígido e redutor teor dos quesitos, a pretexto de que era só a isso que tinha de *responder*. Mas também havia juízes que impediam a formulação de perguntas nos termos constantes do questionário, a pretexto de que assim se *induzia* a resposta da testemunha.

Com isso, por um lado ou por outro, deixavam-se de fora várias questões (laterais, circunstanciais ou instrumentais), em relação às quais a testemunha estaria em condições de depor, com rigor e verdade, e dos quais poderiam resultar importantes contributos para a justa composição do litígio.

A inquirição das testemunhas por mero deacalque do questionário (que alguns juízes impunham) retirava ao depoimento toda a sua espontaneidade e naturalidade, acabando por impedir que a testemunha contasse a sua história, aquilo que viu, que percepcionou ou sentiu, afinal, que transmitisse aquilo para cuja transmissão fora chamada a depor²².

Numa palavra, a prática forense, em vez do aproveitamento das virtualidades que o questionário poderia ter enquanto elemento disciplinador da actividade probatória, acabou, inadvertidamente, por transformar tal peça num *espartilho*, que amarrava as partes e o juiz²³. Ora, esta situação acabava por ter efeitos perversos e artificiais.

Por exemplo, numa acção de efectivação de responsabilidade civil emergente de acidente de viação, tendo o autor alegado que o veículo segurado na

²¹ Para além dos riscos de as respostas isoladas aos quesitos virem a ser contraditórias entre si, em termos de conduzir à anulação do julgamento de facto. A propósito, *LOPES DO REGO*, Comentários ao Código de Processo Civil² (2004), Vol. I, 446.

²² Dando nota disso, e criticando tal modo de proceder de certos juízes, como se o questionário fosse um *colete de forças*, *ABRANTES GERALDES*, Temas da Reforma do Processo Civil³ (2000), Vol. II, 213.

²³ Para isso contribuía diversos preceitos, já assinalados, que apontavam no sentido de que toda a instrução girava mesmo em torno do questionário, seja no CPC de 1939, seja no de 1961.

ré circulava à velocidade de 90 km/hora, ou conseguia mesmo provar esse facto, ou sujeitava-se a que o tribunal o desse como não provado, sem que houvesse decisão (de facto) acerca da velocidade a que circularia tal veículo, aspecto que poderia conduzir à improcedência da acção. Todavia, era insólito que não houvesse nenhuma declaração (decisão) relativa à velocidade, apesar de ser óbvio que a alguma velocidade haveria o veículo de circular. Ainda assim, a visão redutora do questionário argumentaria que o tribunal se limitava a responder à questão colocada, assim cumprindo a sua função.

Na mesma ordem de ideias, uma visão rígida do questionário impedia que se perguntasse simplesmente qual era a cor de uma coisa, sendo preciso formular tantos quesitos quantas as cores aventadas nos articulados, quando é certo que a coisa só haveria de ter uma cor, sendo essa que interessaria determinar nos autos.

Sendo perceptíveis e evidentes os constrangimentos a que conduzia o questionário, nos rígidos termos em que era entendido e praticado, por muito que se bradasse contra tal situação, a inércia instalada nos tribunais sempre se louvava na afirmação de que tudo ocorria nos termos da lei de processo²⁴.

B) A selecção da matéria de facto em face da Reforma de 1995/96

A designada Reforma de 1995/96 tem como suporte o DL n.º 329.º-A/95, de 12 de Dezembro, e o DL n.º 180/96, de 25 de Setembro, reportando-se os respectivos efeitos a 1 de Janeiro de 1997.

Convém começar por recordar que, relativamente à questão da selecção da matéria de facto, a Reforma de 1995/96 apresenta dois momentos.

Inicialmente, o DL n.º 329.º-A/95, na redacção atribuída ao art. 511.º do CPC, projectou a abolição da peça até então designada por “especificação”, já que se falava apenas em “*fixação da base instrutória*”, assim se seleccionando a “*matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da*

²⁴ Apesar do incontornável relevo que a lei atribuída ao questionário, a prática judiciária foi ainda mais longe, pois se instalou uma visão fundamentalista desta peça processual, elevada assim a um *estatuto* que, por certo, nem ALBERTO DOS REIS imaginara.

*questão de direito, que deva considerar-se controvertida*²⁵. Para além de ser possível surpreender aqui um intuito de maior flexibilidade e generalidade na enunciação das questões de facto a provar, registe-se que a projectada inexistência de uma peça com funções análogas à especificação não deixava de ser um sinal claro de corte com o passado.

Porém, o DL nº 180/96 determinou uma inflexão, já que, dando nova redacção ao art. 511º e ao art. 508º-A do CPC, acabou por estabelecer que, além da “base instrutória”, seria de enunciar a matéria de facto “considerada assente”, acabando, ao menos nesta parte, por induzir uma ideia de continuidade.

Antes de prosseguir na análise do regime instituído pela Reforma de 1995/96, importa referir que as alterações então introduzidas surgiram depois de terem ficado pelo caminho os trabalhos de revisão do código elaborados pela “Comissão Varela”, sendo que um dos pontos mais controversos nesse âmbito foi o da manutenção/supressão do questionário.

A “Comissão Varela” desenvolveu os seus trabalhos em três momentos essenciais. Primeiro, na preparação da chamada Reforma Intercalar, dada à estampa no DL nº 242/85, de 9 de Julho. Depois, apresentando o *Anteprojecto de 1988* e, mais tarde, o *Anteprojecto de 1990*.

Para o que aqui releva, se o documento de 1988 foi tido por *conservador*, pois mantinha o esquema da especificação e do questionário (art. 404º), o de 1990 foi tido por *radical*, já que, além de eliminar a figura da especificação, transferia para o início da audiência final “a indicação dos factos essenciais da causa que interessa averiguar”, indicação que competiria ao juiz presidente do colectivo e que podia ser feita “sob a forma de quesitos” (art. 507º.1 e 2).

Interessante é recordar, tal como foi em devido tempo relatado por ANTUNES VARELA²⁶, o dilema que se viveu no seio da Comissão Revisora acerca do destino a dar à especificação e ao questionário. Como ponto de partida, “reconheceu-se a

²⁵ Em harmonia, a alínea d) do nº 1 do art. 508º-A, na redacção introduzida pelo DL nº 329-A/95, previa que, havendo audiência preliminar e tendo a acção sido contestada, aí fosse seleccionada, após debate, a “matéria de facto relevante que constitui a base instrutória da causa”.

²⁶ ANTUNES VARELA, RLJ 3789 (1990), 358-362.

absoluta necessidade *de uma peça que, antes de a instrução principiar, indique a matéria de facto controvertida que interessa ao exame e decisão da causa*".

Apelando a que *"não se estranhe que a peça não exista noutros sistemas processuais"*, mas entendendo *"que se havia exagerado, em alguns aspectos, o papel importante do questionário, convertendo-o numa espécie de mito do processo português"*, intentou-se, nas palavras de ANTUNES VARELA, *"um processo de desmistificação do questionário"*, mantendo, todavia, a figura, tal como se vê no Anteprojecto de 1988.

Perante a constatação de que *"a manutenção do questionário continuou a suscitar vivas críticas, quer na judicatura, quer nos próprios meios forenses"*, a ponto de o parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados declarar que *"Só por si a manutenção do esquema actual da fase de condensação parece pôr em causa a necessidade de publicação de um novo Código de Processo Civil"*, a Comissão Revisora equacionou uma alternativa.

Continuando a Comissão Revisora convicta da necessidade de uma peça que *"sirva de guia útil a toda a actividade instrutória do tribunal"*, o Anteprojecto de 1990 propôs então uma solução que eliminava a especificação e substituí-a o questionário por uma *"simples indicação escrita dos factos que interessa averiguar"*, a fazer pelo juiz no início da audiência final.

Esta solução, logo apelidada de *questionário de bolso*²⁷, também foi muito mal recebida pelos profissionais forenses, seja pelo seu carácter unilateral e um tanto impositivo²⁸, seja por levar a que as partes só fossem confrontadas com a matéria a provar numa fase muito adiantada da lide.

Na sequência do que antecede, é possível dizer que, *em meados da década de 90 do século XX*, havia um consenso generalizado quanto à necessidade de abandonar as figuras da especificação e do questionário, havendo igualmente consenso sobre a inconveniência de a delimitação da instrução ocorrer apenas à entrada da audiência final.

²⁷ LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil² (2004), Vol. I, 428.

²⁸ Tratar-se-ia de um *"diktat unilateral do juiz"*, nas palavras de LEBRE DE FREITAS, ROA (1990), III, 774.

Ainda numa nota de enquadramento, cumpre ter presente que, em face do citado Anteprojecto de 1990, tecendo fortes críticas à solução aí proposta, LEBRE DE FREITAS sustentou que “a solução alternativa a um esquema rígido de especificação / questionário (como o que tem existido, desde o C.P.C. de 1939) pareceria dever ser a delimitação, participada entre o tribunal e as partes, dos grandes temas da prova no litígio concreto”²⁹.

Foi com este quadro que se confrontou o legislador de 1995/96, cujos trabalhos foram lançados a partir das “Linhas Orientadoras da nova legislação processual civil”³⁰, documento que, divulgado em finais de 1992, é o antecedente mais próximo do DL nº 329-A/95.

Após 1 de Janeiro de 1997, tendo entrado em vigor o regime instituído pela Reforma de 1995/96, mesmo independentemente da questão de saber como *materializar* a selecção da matéria de facto, é insofismável que tal selecção sempre teria de perder o significado que lhe era apontado no CPC de 1939 e no CPC de 1961, pela simples razão de que os parâmetros do sistema processual civil português sofreram uma importante alteração.

Na verdade, mantendo-se embora a matriz do dispositivo, que não foi arredada (nem tinha de ser), deixou de poder sustentar-se que, na decisão da causa, o juiz português continuava limitado aos factos originariamente alegados pelas partes, porquanto os seus poderes de cognição foram significativamente alargados.

Dito de outro modo, se é verdade que o ónus de alegação continuou a impender sobre as partes, cabendo a estas introduzir nos autos os factos que sustentam as respectivas pretensões, não é menos verdade que a decisão da causa passou a poder ser consubstanciada em mais factos do que os alegados pelas partes.

²⁹ LEBRE DE FREITAS, ROA (1990), III, 774.

³⁰ O texto das “Linhas orientadoras” foi tornado público numa edição, sem data, do Ministério da Justiça. Encontra-se também publicado no *Boletim da Ordem dos Advogados* 2 (1993), 51 ss., bem como na revista *Sub Judice - Justiça e Sociedade* 4 (1992), 37 ss..

Para isso contribuiu também a circunstância de as cominações tradicionalmente associadas ao ónus de alegação terem sido justamente restringidas.

Cumpra salientar que o verdadeiro suporte deste novo quadro conceptual não advém apenas da (re)ponderação entre dispositivo (atenuação) e oficiosidade (ampliação), outrossim da consagração de um novo princípio processual, o princípio da cooperação, que o Preâmbulo do DL n.º 329-A/95 qualifica como “*princípio angular e exponencial do processo civil*”.

A partir daqui, nada mais poderia ser igual no processo civil português. A partir daqui, não era mais suposto o juiz ter uma atitude passiva, inerte, distante ou expectante. A partir daqui, o juiz deveria empenhar-se em criar condições para vir a proferir uma decisão de mérito, sendo que uma *efectiva* decisão do mérito da causa não seria propriamente a que viesse a ser proferida no final de um processo que decorresse regularmente perante um terceiro judicante, isto é, uma decisão proferida estritamente *secundum allegata et probata partium*.

A efectiva decisão do mérito da causa seria aquela que assegurasse a *justa composição do litígio*, seria aquela que assegurasse a *adequação da sentença à realidade extraprocessual*.

Atentando na redacção do CPC decorrente da Reforma de 1995/96, em particular nos n.ºs. 1, 2 e 3 do art. 264.º, no n.º 2 do art. 265.º, no art. 266.º e na alínea b) do n.º 1 e nos n.ºs. 2 e 3 do art. 508.º, bem assim na alínea f) do n.º 2 do art. 650.º, é patente o *corte com o passado* intentado pelo legislador³¹.

Assim, em face do disposto no art. 264.º, e sem que isso possa corresponder à diminuição do rigor da alegação, desde que a matéria alegada assegure a identificação do tipo legal de que a parte pretende prevalecer-se, qualquer eventual insuficiência, incompletude, imprecisão ou inexactidão, enfim, qualquer imperfeição da alegação pode (e deve) ser sanada no normal decurso da instância.

Findos os articulados, se o juiz entender que está perante uma imperfeição fáctica que, a manter-se, é susceptível de pôr em risco a pretensão ou a excepção

³¹ Doravante, qualquer preceito legal mencionado sem indicação da fonte respeita ao CPC na versão vigente após 1/1/1997.

deduzidas, o caminho é o convite ao aperfeiçoamento fáctico previsto no n.º 3 do art. 508.º (e não mais, como era prática na vigência do CPC de 1939 e de 1961, a prolação de despacho saneador julgando improcedente a acção ou a excepção, com fundamento nessa mesma imperfeição da alegação) ³².

Se, por circunstâncias, o juiz não proferir esse despacho de convite ao aperfeiçoamento, o que sempre implicará o prosseguimento dos autos para as fases subsequentes ao saneamento, fica então aberta a possibilidade de eventuais insuficiências ou imprecisões da alegação (não detectadas ou, pelo menos, não consideradas pelo juiz) virem ainda a ser colmatas em face da prova produzida nessa acção.

É que, no regime decorrente da Reforma de 1995/96, e tal como prevêem os n.ºs 2 e 3 do art. 264.º, o juiz haverá de considerar na decisão quer factos *instrumentais* quer factos *essenciais* que complementem ou concretizem os inicialmente alegados, quando uns e outros resultem da instrução ou discussão da causa.

Em conjugação com este novo quadro, logo indiciando a necessária menor rigidez da selecção da matéria de facto operada na fase intermédia do processo, a alínea f) do n.º 2 do art. 650.º prevê a ampliação da base instrutória da causa.

Como se vê, há um *nexo lógico e funcional* entre a atenuação das preclusões associadas ao ónus de alegação e a consagração legal de um convite ao aperfeiçoamento fáctico dos articulados, de um lado, e a ampliação dos poderes de cognição do tribunal, por outro.

Tudo isso em perfeita sintonia com o redimensionar das relações entre as partes (e a sua iniciativa) e o tribunal (e os seus poderes de cognição), o que mais não é do que uma das decisivas consequências da nova concepção do processo civil trazida pela Reforma de 1995/96, isto é, o processo como uma *comunidade de trabalho*³³, o processo marcado pelo princípio da cooperação, em que as partes (e seus mandatários) e o juiz estão comprometidos com a realização do fim do

³² Cumpre referir que o despacho regulado no n.º 3 do art. 508.º do CPC não se destina apenas a casos limite, isto é, a casos em que a imperfeição da alegação possa, só por si, comprometer a pretensão ou a excepção deduzidas. Como resulta da previsão legal, o que está em causa é suprir quaisquer insuficiências ou imprecisões detectadas, independentemente do seu grau ou extensão.

³³ Sobre este ponto, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, Estudos Sobre o Novo Processo Civil² (1997), 62.

processo, que deixa de ser a (mera) resolução de um litígio, visando-se outrossim a *justa composição* do litígio, tal como prescreve o art. 266º.

Relativamente ao acto de selecção da matéria de facto a operar no final dos articulados, não era suposto, após a Reforma de 1995/96, que tal selecção se fizesse como até então, nem era suposto que a peça que veio a ser designada por base instrutória se reconduzisse ao *velho* questionário.

De todo o modo, a questão que logo se colocou foi a de saber se a passagem do “questionário” para a “base instrutória” era uma simples alteração de designação ou se, mais do que isso, representava uma nova perspectiva da selecção da matéria de facto. Isto é, após 1/1/1997, o sentido da selecção da matéria de facto, especialmente da matéria ainda por provar, seria distinto do tradicional?

Deve dizer-se que o aparecimento das já referidas “*Linhas orientadoras*” criou a expectativa de que o novo ordenamento jurídico-processual pudesse dar um passo em frente, nesta matéria³⁴. Tal não aconteceu, porém. Melhor dizendo, a evolução do regime não foi tão decisiva como se esperava.

Na realidade, o articulado do código após a Reforma de 1995/96 não permite a conclusão de que a base instrutória corresponde à enunciação dos grandes *temas de prova*³⁵. Em contrapartida, também não parece que se reconduza ao *velho* questionário³⁶.

Quanto a este ponto, pode dizer-se que o regime instituído pela Reforma de 1995/96 parece configurar um meio termo entre a quesitação minuciosa, pormenorizada e rígida do sistema antigo e a formulação de grandes temas probatórios.

³⁴ Assim esperava, por exemplo, *LEBRE DE FREITAS*, ROA (1995), II, 467-468.

³⁵ Neste sentido, *ABRANTES GERALDES*, *Temas da Reforma do Processo Civil*³ (2000), Vol. II, 145, e *LOPES DO REGO*, *Comentários ao Código de Processo Civil*² (2004), Vol. I, 444.

³⁶ Defendendo que não há diferença entre o questionário e a base instrutória, *PAIS DE SOUSA/CARDONA FERREIRA*, *Processo Civil* (1997), 26-28. No tom que caracterizou a apreciação que fez da Reforma de 1995/96, também *ANTUNES VARELA*, RLJ 3892 (1998), 196, não distingue as duas peças, referindo-se à base instrutória como “*a nova máscara nominal, com que a lei procura ocultar ou disfarçar o mau olhado do velho questionário*”. Note-se que, inicialmente, comentando o projecto de revisão, *LEBRE DE FREITAS*, ROA (1995), II, 419 e 468, sustentou que o questionário se manteria, embora “*crismado de base instrutória*”. No entanto, mais tarde, o mesmo autor reconhece que a substituição do questionário pela base instrutória não foi mera “*operação de cosmética*”, e visou conferir maior generalidade à formulação das questões de facto. Cfr. *LEBRE DE FREITAS*, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*² (2011), 176, nota 23, e 178, nota 34.

Daqui decorre que a elaboração da base instrutória deveria continuar a ser norteada pela preocupação de disciplinar a instrução, definindo a matéria carecida de prova, mas sem tolher a dinâmica própria da realidade factual subjacente ao processo, isto é, procurando contribuir para que, no julgamento da matéria de facto, o tribunal tivesse *margem* para explicar o efectivo e concreto quadro fáctico que lhe foi dado a observar pela prova produzida em juízo.

Nessa medida, respeitando sempre o quadro fáctico traçado pelas partes, as questões de facto a incluir na base instrutória teriam a minúcia e os contornos que o próprio litígio aconselhasse.

É sabido que, dentro de certos limites, a narração fáctica contida nos articulados pode ser mais ou menos pormenorizada, em função da estratégia processual da própria parte. No entanto, em sede de elaboração da base instrutória, o juiz não tem de *impressionar-se* com a eventual pormenorização daquela narração fáctica, acabando por reproduzir todas as alegações que se mostrassem controvertidas.

Perante aquele quadro fáctico, o juiz deve, isso sim, discernir quais são, verdadeiramente, os pontos de facto cuja indagação se justifica, para a boa decisão da causa. Serão esses os pontos de facto a integrar na base instrutória. As questões correspondentes devem ser formuladas com o enquadramento (mais ou menos pormenorizado, mais ou menos abrangente) que se afigure mais adequado, face à realidade que os autos pretendiam reproduzir.

Nessa conformidade, o juiz não deve limitar-se, como antigamente, a fazer um confronto dos articulados das partes, para daí extrair, um tanto acriticamente, os factos controvertidos.

O modo mais flexível, mas não menos rigoroso, de proceder à organização da base instrutória, deve ter implicações na actividade de produção de prova e bem assim em sede de julgamento da matéria de facto.

É certo que o teor do nº 1 do art. 511º, que manda seleccionar “*a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que devam considerar-se controvertidas*”, e da alínea e) do nº 1 do art. 508º-A, que manda seleccionar “*após debate, a matéria de facto relevante*

que se considera assente e a que constitui a base instrutória, nos termos do disposto no artigo 511.º”, poderia ser mais assertivo em termos de marcar bem a diferença entre a selecção antiga e a nova.

Mas, tal como antigamente, o significado da selecção fáctica não se mede apenas pelos preceitos que se lhe referem directamente, outrossim por um conjunto de outros dispositivos que, a jusante, tratam da instrução e do julgamento da matéria de facto.

Ora, a Reforma de 1995/96, embora, aqui e ali, tenha ficado um pouco aquém do que era expectável, deu sinais bens claros no sentido de que o quotidiano forense não deveria manter-se.

Desde logo, quanto ao objecto da prova, passou a dizer-se que a instrução da causa *“tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova”* (art. 513º), o que, não excluindo que a instrução possa tomar como referência a base instrutória, significa que o limite da instrução não é, apenas e só, aquela peça.

Depois, acerca do limite de depoimentos testemunhais, a lei passou a dizer que o número de testemunhas por parte se reporta a *“cada um dos factos que se propõe provar”* (art. 633º), e não, como antigamente, aos factos constantes do questionário.

Relativamente ao regime do depoimento, a lei estabelece que a testemunha é interrogada *“sobre os factos articulados ou impugnados pela parte que a ofereceu”* (art. 638º), e não, como anteriormente, sobre os factos constantes do questionário.

Em harmonia com isso, também a regulamentação do julgamento de facto é diferente. A um regime que mandava o tribunal declarar os factos, de entre os quesitados, que julgava provados e não provados, sucedeu o regime que prescreve a prolação de uma decisão que *“declarará quais os factos que o tribunal julga provados e quais o que julga não provados”* (art. 653º.2)³⁷.

³⁷ A propósito da decisão de facto, é importante salientar a evolução ocorrida ao nível da respectiva fundamentação. A um regime que não exigia fundamentação (art. 653º do CPC de 1939) seguiu-se um regime que exigia a especificação dos fundamentos da convicção só quanto aos factos julgados provados (art. 653º.3 do CPC de 1961), até termos, finalmente, a exigência de fundamentação quanto a factos provados e não provados (art. 653º.3 após a Reforma de 1995/96).

Nesta sede, o regime processual civil derivado da Reforma de 1995/96, por via da superação dos tradicionais quesitos, por via da distinção entre factos *essenciais* e factos *instrumentais* (art. 264º), bem assim por via do reforço das exigências na fundamentação da decisão de facto, implica que o próprio julgamento de facto se oriente por uma nova perspectiva.

Assim, “*em vez de um rol atomístico e inorgânico de factos e circunstâncias que o tribunal julgou provados, não provados ou provado apenas em parte, a descrição da matéria de facto deverá necessariamente ter em conta a funcionalidade própria de cada facto – a função essencial ou meramente probatória ou instrumental por ele desempenhada – e a conexão existente entre os diversos segmentos ou parcelas da matéria de facto relevante, carecendo ainda de revelar o modo de formação da convicção do tribunal*”³⁸.

Quer dizer, o novo esquema da selecção da matéria de facto conduz a que o julgamento de facto não tenha de se apresentar como um conjunto desgarrado de respostas. Agora, a decisão de facto constituirá uma descrição de uma determinada situação (de facto), tal como esta foi *dada a observar* ao tribunal pela prova produzida nos autos.

Ao modo mais flexível de definir o objecto da prova corresponde uma maneira mais flexível de o tribunal dar conta do quadro fáctico que emergiu dos autos. A apontada maleabilidade no julgamento da matéria de facto não pode significar falta de rigor e critério, pelo contrário. Mau seria que o tribunal *moldasse* a descrição fáctica por si realizada, desatendendo à prova, efectivamente, produzida. É indiscutível que o tribunal só pode basear-se nos elementos constantes do processo, estando-lhe, portanto, vedado descrever a realidade factual tal como (apenas) supõe ter esta acontecido.

Do que se trata, isso sim, é de assegurar que o julgamento de facto seja integrado e articulado, criando uma visão de conjunto dos factos apurados em juízo, mas sem qualquer inovação ou suposição fáctica. Como se vê, o novo regime, se confere esta maleabilidade ao julgamento de facto, exige do tribunal uma acção

³⁸ LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil² (2004), Vol. I, 546.

muito mais rigorosa, atenta e ponderada na apreciação da prova. Já não estará em causa a mera resposta facto por facto, de modo *descomprometido* ou *indiferente* em relação ao quadro fáctico a que essas respostas possam conduzir, sendo que, muitas vezes, como a experiência mostra, esse quadro acabava por ser lacunoso, confuso, truncado, inerte, enfim, incapaz de expressar a dinâmica que animava a realidade a que os autos se reportavam. Agora, o tribunal tem a possibilidade de expor a sua *versão integral* acerca do quadro fáctico litigioso apurado, de acordo com a convicção que tenha formado.

Daqui resulta que a decisão sobre a matéria de facto, não deixando de cumprir a função que lhe é própria, poderá e deverá apresentar o recorte que cada processo concreto justifique³⁹. Acresce que a circunstância de esta decisão poder conter a dita versão integral do quadro fáctico litigioso terá uma enorme vantagem. É que a simples leitura (ainda em privado) dessa decisão logo permitirá ao juiz a quem coube a apreciação da prova verificar se o quadro fáctico aí explanado é coerente e sustentado, se é verosímil, se é compatível com o que terá acontecido na realidade da vida. Quando assim não for, isto é, quando esse quadro fáctico suscitar dúvidas, tiver falhas ou incongruências, poderá ser sinal de que algo falta esclarecer ou de que algo terá escapado ao tribunal. Nessa situação, o aconselhável será voltar à sala da audiência, ordenando o que for adequado à descoberta da verdade, dentro dos limites legais, conforme prevê a segunda parte do n.º 1 do art. 653^o40.

Em conformidade com este novo regime, já ao nível da decisão final, persistindo embora a previsão do art. 664^o, a lei é clara ao não restringir os poderes cognitivos do tribunal em matéria de facto àquilo que foi originariamente alegado, já que é feita a ressalva do disposto no art. 264^o, o que tem conexão com a possibilidade de ampliação da base instrutória de que a alínea f) do n.º 2 do art. 650^o.

Cerca de 15 anos decorridos sobre o início dos efeitos da Reforma de 1995/96, apesar das significativas alterações introduzidas no código, o quotidiano forense pouco ou nada mudou.

³⁹ ABRANTES GERALDES, Temas da Reforma do Processo Civil Civil³ (2000), Vol. II, 225 ss..

A selecção da matéria de facto continua a ser realizada como sempre, continua a haver quesitos, o âmbito e os limites da produção de prova são os de sempre⁴¹, o uso dos poderes cognitivos pelo tribunal raramente se espraia pelos n.ºs. 2 e 3 do art. 264.º, e o julgamento da matéria de facto continua a ser uma réplica da velha “resposta aos quesitos”.

Por inerência, se a lei foi alterada em 1995/96 e se isso significava que a base instrutória não se reconduziria ao questionário, mas se tudo se mantém essencialmente igual, os defeitos e as perversões que se apontavam ao questionário não-de dirigir-se agora à base instrutória. Se o questionário era um espartilho, a base instrutória um espartilho é.

C) O regime proposto: a enunciação dos temas da prova como garantia de uma instrução balizada pela causa de pedir e pelas excepções deduzidas

A Proposta de Código de Processo Civil que foi apresentada na Assembleia da República em finais de Novembro de 2012 tem em vista, espera-se que em definitivo, operar um corte com o passado, um corte com a prática forense dos últimos 70 anos, em termos de assegurar que a instrução decorra sem limites artificiais, balizada apenas pelos limites que resultam da causa de pedir e das excepções deduzidas.

Para alcançar esse objectivo, a intervenção legislativa opera-se em duas vertentes. Por um lado, naquilo que pode designar-se por uma *clarificação do ónus de alegação* das partes e na *atenuação do dispositivo*. Por outro, na previsão de que, finda a etapa dos articulados e devendo a acção prosseguir, o juiz, após debate

⁴⁰ Trata-se de algo que é raro acontecer nos nossos tribunais.

⁴¹ Sintomática da persistência de uma certa *praxis* é a circunstância de nunca terem feito escola certas sugestões doutrinárias, tal como a de, em sede de prova testemunhal, o limite do número de depoimentos (art. 633.º) não ser necessariamente definido pelos pontos de facto constantes da base instrutória mas por factos naturalisticamente considerados. A este propósito, cfr. *LOPES DO REGO*, Comentários ao Código de Processo Civil² (2004), Vol. I, 525, e *TEIXEIRA DE SOUSA*, Estudos Sobre o Novo Processo Civil² (1997), 81-82.

entre os mandatários, profere despacho a *identificar o objecto do litígio* e a *enunciar os temas da prova*.

Assim, o nº 1 do art. 5º da Proposta estatui que o ónus de alegação que impende sobre as partes se restringe aos *factos essenciais* que constituem a *causa de pedir* e àqueles em que se baseiam as *excepções* invocadas.

O nº 2 do art. 5º da Proposta estabelece que os poderes de cognição do tribunal não se circunscrevem aos factos originariamente alegados pelas partes, já que também devem ser considerados pelo juiz os factos que resultem da *instrução da causa*, quer sejam *instrumentais*, quer sejam *complemento* ou *concretização* dos alegados, exigindo-se, quanto aos últimos, que as partes hajam tido oportunidade de pronúncia⁴².

No confronto com o actual art. 264º, a formulação do art. 5º da Proposta revela, desde logo, uma clarificação no sentido de circunscrever o ónus de alegação aos factos *essenciais* (isto é, àqueles de cuja verificação depende a procedência das pretensões deduzidas).

Além disso, tal formulação acentua que *não haverá preclusão quanto a factos* que, embora essenciais, sejam *complementares* ou *concretizadores* (isto é, factos que, embora necessários para a procedência das pretensões, não têm uma função individualizadora do tipo legal).

No âmbito dos factos *essenciais*, é possível distinguir dois planos, isto é, factos essenciais *nucleares* e factos essenciais *complementares* e *concretizadores*. Os “nucleares” constituem o núcleo primordial da causa de pedir ou da excepção, desempenhando uma função individualizadora ou identificadora, a ponto de a respectiva omissão implicar a ineptidão da petição inicial ou a nulidade da excepção. Já os “complementares” e os “concretizadores”, embora também integrem a causa de pedir ou a excepção, não têm já uma função individualizadora. Assim, os factos *complementares* são os completadores de uma causa de pedir (ou de uma excepção) complexa, ou seja, uma causa de pedir (ou uma excepção) aglutinadora de diversos elementos, uns constitutivos do seu núcleo primordial,

⁴² O nº 2 do art. 5º da Proposta também inclui neste poder de cognição do tribunal os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por força do exercício das suas funções.

outros complementando aquele⁴³. Por sua vez, os factos *concretizadores* têm por função pormenorizar a questão fáctica exposta sendo, exactamente, essa pormenorização dos factos anteriormente alegados que se torna fundamental para a procedência da acção (ou da excepção)⁴⁴.

Retomando a formulação do art. 5º da Proposta, vemos que é reiterada a *inexistência de qualquer preclusão* quanto a factos *instrumentais* (isto é, factos que permitem a prova indiciária dos factos essenciais).

Ainda no confronto com o actual 264º, o art. 5º da Proposta *restringe* o princípio dispositivo e *amplia* os poderes cognitivos do tribunal, na medida em que não faz depender da manifestação de vontade das partes a consideração de factos (essenciais) complementares ou concretizadores dos inicialmente alegados.

Ao contrário do que possa dizer-se, a redução das preclusões e a atenuação do dispositivo, bem assim o reforço dos poderes cognitivos do tribunal não significam qualquer aligeirar no rigor da alegação, servindo apenas para evitar que a decisão a proferir no processo seja condicionada por critérios formais injustificados.

A outra vertente respeita às previsões ao longo do código relativas ao objecto da instrução, ao modo de produzir prova e ao modo de apreciar a prova produzida. Cumprida a fase introdutória da acção, o juiz deverá verificar se, tendo

⁴³ Por exemplo, numa acção de impugnação pauliana, é “essencial nuclear” o facto relativo à alienação geradora da diminuição da garantia patrimonial, sendo “essenciais complementares” os factos respeitantes à natureza não pessoal do acto, à data da constituição do crédito, à impossibilidade de obter satisfação do crédito (ou o seu agravamento) e à má fé dos intervenientes, sendo onerosa a alienação. Numa acção de denúncia do arrendamento para habitação do senhorio, mostra-se “essencial nuclear” o facto relativo à necessidade do senhorio, sendo “essenciais complementares” os factos relativos à titularidade do direito há mais de cinco anos, salvo se a aquisição tiver sido por sucessão, e os relativos à não disposição, em certa área geográfica, de casa própria ou arrendada que satisfaça as necessidades de habitação própria. Numa excepção peremptória visando a anulação de negócio com fundamento em “erro sobre os motivos”, é facto “essencial nuclear” o relativo ao erro invocado, sendo “essencial complementar” o facto relativo à essencialidade do motivo, reconhecida por acordo.

⁴⁴ Pensemos em exemplos de factos “essenciais concretizadores”. Numa acção de impugnação pauliana, alegou-se que o crédito é anterior ao negócio impugnado, mas sem explicitação da data. Será “essencial concretizador” o facto relativo à indicação da data do negócio. Numa acção de responsabilidade civil automóvel, foi dito que a viatura alegadamente causadora do acidente circulava a velocidade superior à permitida no local, omitindo-se a referência ao limite legal de velocidade. Será “essencial concretizador” o facto relativo a esse limite legal. Numa acção de responsabilidade civil extracontratual com fundamento em ofensa à honra, carecerá de concretização a alegação de que o demandado dirigiu ao demandante “nomes ofensivos”. Serão “essenciais concretizadores” os factos relativos aos precisos “nomes” que o demandado terá dirigido ao visado.

em conta as posições assumidas pelas partes, os articulados oferecidos por estas apresentam insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que justifiquem a prolação de despacho pré-saneador de convite ao aperfeiçoamento fáctico das peças apresentadas, sendo certo que, pondo-se fim a certas dúvidas, fica claro que tal despacho tem carácter vinculado (art. 590º.4 da Proposta).

Devendo a acção prosseguir, será proferido, após debate, despacho a *identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas da prova* (art. 596º da Proposta)⁴⁵.

A instrução da causa terá por objecto os “*temas da prova enunciados*” (art. 410º da Proposta)⁴⁶. Em sede de actividade probatória, é estabelecido que a testemunha depõe sobre a “*matéria dos temas da prova*”, exigindo-se que o faça com precisão e com a indicação da razão da ciência e de quaisquer outras circunstâncias que justifiquem o conhecimento (art. 516º da Proposta)^{47,48}.

Finda a produção de prova em audiência e realizadas alegações orais pelos advogados das partes, alegações que versam em simultâneo matéria de facto e de direito (art. 604º.3 da Proposta), o processo é feito conclusivo para sentença (art. 606º da Proposta).

A sentença, além da solução jurídica do pleito, contém a fundamentação relativa ao *quadro fáctico dos autos*, devendo o juiz declarar quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção.

⁴⁵ Nos termos propostos, findos os articulados, deverá realizar-se a audiência prévia destinada a diversas finalidades (art. 591º da Proposta). Por regra, é nesta audiência que o juiz profere, após debate, despacho tendente à identificação do objecto do litígio e à enunciação dos temas da prova. Nos casos em que, excepcionalmente, não haja lugar à audiência prévia, o juiz proferirá tal despacho, que será notificado às partes (a propósito, cfr. os arts. 592º e 593º da Proposta). Para as acções cujo valor não exceda metade da alçada da Relação, cfr. o art. 597º da Proposta.

⁴⁶ Nos casos em que a enunciação dos temas da prova não ocorra, a instrução tem por objecto os factos necessitados de prova.

⁴⁷ O número de testemunhas por cada parte é de 10, havendo outras tantas em caso de reconvenção; nas acções de valor não superior à alçada da 1.ª instância, o limite de testemunhas é reduzido a metade (art. 511º da Proposta).

⁴⁸ Dado o sentido da alteração introduzida nesta sede, inexistirá qualquer norma semelhante ao actual art. 633º, apenas compatível com um quadro de pontos de facto considerados de modo atomístico e estanque.

Mais deve o juiz tomar em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência (art. 607º.4 da Proposta).

Este novo regime terá a virtualidade de ultrapassar os problemas que caracterizavam o sistema de pretérito. Todos temos presentes as restrições decorrentes de uma concepção assente num rígido esquema de ónus e preclusões. Também sabemos que tal concepção tinha por efeito condicionar a prova e limitar os poderes cognitivos do tribunal, assim se criando sérios obstáculos à desejada adequação da sentença à realidade extraprocessual.

Com o regime ora proposto, fica claro que na fase intermédia do processo do que se trata é de, primeiro, identificar o objeto do litígio e, segundo, de enunciar os temas da prova.

Quanto ao *objecto do litígio*, a sua identificação corresponde a antecipar para este momento dos autos aquilo que, até agora, só surgia na sentença, sendo salutar e proveitoso, quer para as partes, quer para o juiz, esta sinalização depois de finda a etapa dos articulados. Este acto terá a virtualidade de, em devido tempo, focar os intervenientes processuais no enquadramento jurídico da lide.

Relativamente aos *temas da prova* a enunciar, não se trata mais de uma quesitação atomística e sincopada de pontos de facto, outrossim de permitir que a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas excepções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa. Quando, mais adiante, o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, se revelou nos autos.

Estamos perante um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, seja na eliminação de preclusões quanto à alegação de factos, seja na eliminação de um nexos directo entre os depoimentos testemunhais e concretos pontos de facto pré-definidos, seja ainda na inexistência de uma decisão judicial

que, tratando a matéria de facto dos autos, se limite a “responder” a questões que não é suposto serem sequer formuladas.

Relativamente aos critérios que deverão nortear a enunciação dos temas da prova, cumpre dizer, desde já, que o método a empregar é fluído, não sendo susceptível de se submeter a “regras” tão precisas e formais quanto as relativas ao questionário e mesmo à base instrutória.

Como é sabido, anteriormente, a definição da matéria controvertida, posto que trabalhosa e minuciosa, era feita por um método formal e burocrático, que consistia no cotejo do teor dos articulados com vista a determinar as *zonas* de controvérsia, procedendo-se então, em bloco e acriticamente, à sua transposição para o questionário, primeiro, e para base instrutória, depois.

Além disso, havia a particular necessidade de distinguir meticulosamente matéria de facto de matéria de direito, pois o questionário tinha como destinatário o tribunal colectivo, incumbido apenas de apreciar questões de facto (daí o disposto no art. 646^o.4).

No regime proposto, o juiz do processo é o mesmo do início ao fim, sendo ele a intervir na enunciação dos temas da prova, sendo ele a presidir à audiência final (sempre em tribunal singular) e sendo ele a proferir a sentença, decidindo de facto e de direito.

Por via disso, sendo o mesmo o julgador, perderão sentido muitos dos preciosismos em que se enredavam os processos, para saber *se isto* ou *aquilo* podia ao não ser quesitado.

Agora, a enunciação dos temas da prova deverá ser balizada somente pelos limites que decorrem da causa de pedir e das excepções invocadas. Nessa conformidade, os *temas da prova* serão aqueles que os exactos termos da lide justifiquem⁴⁹.

No limite, pode dizer-se que haverá tantos temas da prova quantos os elementos integradores do tipo legal em causa, o que implica que o juiz e os mandatários das partes atentem nisso.

⁴⁹ Analisando de modo crítico a prática do foro e lançando pistas acerca das vantagens do novo regime, *ABRANTES GERALDES*, Julgar 16 (2000), 63 ss..

Para essa ponderação contribuirá também a circunstância de, nos termos propostos, a enunciação dos temas da prova ocorrer logo em seguida à identificação do objecto do litígio, já que esta identificação logo demandará uma adequada consciencialização daquilo que estará realmente em jogo em cada acção.

Por exemplo, numa acção de efectivação de responsabilidade civil extracontratual, cujo tipo legal integra os elementos *facto, dano, ilicitude, culpa e nexa de causalidade*, os temas da prova a enunciar haverão de assegurar tópicos sobre cada um desses elementos.

Assim, tratando-se de um acidente de viação, poderá ser tema da prova a velocidade a que circulava uma viatura, o estado do piso, o estado do tempo, a sinalização existente no local, o limite legal de velocidade no local, os estragos sofridos pela viatura sinistrada, as lesões corporais da vítima ou a perda de ganho desta, etc.

Tratando-se de acção destinada à resolução de contrato de arrendamento com fundamento em uso do locado para fim diverso daquele a que se destina, será tema da prova o uso que o locatário dá ao locado.

E se o fundamento da resolução for o não uso do locado por mais de um ano, serão temas da prova a falta de uso do locado e a duração dessa falta de uso.

Numa acção de impugnação pauliana, serão temas da prova a situação patrimonial do alienante após a alienação, a natureza (pessoal ou não) do acto, a data da constituição do crédito, as consequências da alienação quanto à possibilidade de o crédito vir a ser satisfeito e ainda, sendo o negócio oneroso, a consciência do alienante e do adquirente quanto ao prejuízo que o acto causou ao credor.

Numa acção de preferência instaurada a propósito de alienação de um prédio confinante, será tema da prova a natureza dos prédios, visto que o reconhecimento do direito de preferir depende da área do prédio no confronto com a área de cultura e esta varia em função da classificação do terreno como de sequeiro, de regadio arvense ou de regadio hortícola.

Perante a excepção de caducidade do direito de preferência, será tema a prova o momento em que o preferente teve conhecimento dos elementos do

negócio relativos, por exemplo, à data programada para a respectiva formalização, ao preço e às condições de pagamento.

Se for excepcionada prescrição do direito à indemnização, constituirá tema da prova a data em que o lesado teve conhecimento do direito ao ressarcimento.

E se for excepcionado o pagamento da quantia peticionada a título de preço numa compra e venda, poderá ser tema da prova a liquidação do valor titulado pela respectiva factura.

Colocadas as coisas nestes termos, logo se intui que, no regime proposto, a produção de prova decorrerá de modo muito mais fluído e flexível, sendo *bom* para o processo tudo aquilo que contribua para o tribunal formar a sua convicção acerca da verificação (ou não) dos elementos integradores do tipo legal em causa. Ponto fundamental é que não haja obstáculos a que, na instrução, seja abordado tudo quanto tenha atinência com o que se discute nos autos.

Como se sabe, no regime do questionário e da base instrutória, a formulação de quesitos equivalia a impedir a consideração de quaisquer pontos que não tivessem correspondência atomística ou naturalística com as questões previamente formuladas.

Deve notar-se que a flexibilidade ínsita no conceito de *temas da prova* garante, só por si, que a respectiva enunciação seja ora mais vaga ou difusa, ora mais concreta ou precisa, tudo dependendo daquilo que seja, realmente, adequado às necessidades de uma instrução apta a propiciar a justa composição do litígio. Por exemplo, é de antecipar que, numa acção que tenha por objecto vícios de construção numa empreitada, os temas da prova sejam enunciados com um grau de minúcia maior do que nos casos acima referidos. Assim, antevendo-se desaconselhável que o tema de prova que se reporte só aos “defeitos” que a obra apresenta, fará sentido segmentar tais defeitos (*v. g.*, infiltrações, rachadelas, soalho, pintura, portas, janelas, sistema eléctrico, sistema de exaustão). Tudo dependerá, afinal, daquilo que ao próprio processo convier para que, insiste-se, a instrução conduza à descoberta da verdade, isto é, ao apuramento da realidade da concreta obra a que os autos se reportam. Como tal, estando em causa vícios de construção em certa empreitada, perfeitamente definida nos autos, o novo regime

é absolutamente incompatível com o entendimento de que um certo e concreto defeito fica excluído da decisão só porque não foi expressa e concretamente referido nos articulados.

Importa referir que a maleabilidade ou plasticidade que a enunciação dos *temas da prova* confere à instrução não dispensa o juiz de, no momento em que proceder ao julgamento da matéria de facto – o que ocorrerá na sentença –, indicar com precisão os factos provados (e os factos não provados).

Nessa conformidade, a título meramente exemplificativo, o julgamento da matéria de facto implicará uma decisão concreta e precisa sobre a velocidade a que circulava certa viatura (70, 90 ou 140 km/hora), sobre o estado do piso (em paralelo ou asfalto, húmido ou seco, em bom estado ou esburacado), sobre o estado do tempo (a chover torrencialmente, a fazer sol, com vento), sobre a sinalização existente no local do acidente (traço contínuo, sinal de stop, sinal luminoso vermelho para certa viatura), sobre o limite de velocidade no local (50, 90 ou 120 km/h), sobre os estragos sofridos pela viatura sinistrada (amolgadela em toda parte lateral direita, vidro dianteiro partido), sobre lesões corporais da vítima (fractura da perna esquerda, traumatismo craniano), sobre a perda de ganho (deixou de auferir vencimento durante três meses, à razão de 1.000 euros líquidos por mês). Noutro caso, o julgamento de facto implicará a declaração de que o inquilino usa o locado como estabelecimento de café. Numa outra hipótese, o julgamento de facto pode implicar a afirmação de que o inquilino habitacional tem o locado fechado, abandonado e sem qualquer utilização há mais de 18 meses.

Na mesma linha, por referência a excepções deduzidas, o julgamento de facto pode passar pela declaração de que o preferente recebeu em certa data comunicação escrita da qual constavam informações acerca da ocasião prevista para a formalização do negócio, do preço e das condições de pagamento. Ou pode passar pela declaração de que, no âmbito da compra e venda ajuizada, o réu entregou ao autor quantia em dinheiro correspondente ao indicado na factura⁵⁰.

O que importa mesmo é que a decisão de direito a proferir tenha por base a realidade tal como esta se revelou nos autos por via da instrução. Esta realidade é

⁵⁰ Nesta linha, *RAMOS DE FARIA*, Rev. MP, Cadernos II (2012), 44, nota 5.

constituída por factos concretos. São esses os factos a expressar no julgamento de facto. Tais factos serão objecto de valoração jurídica, o que é feito de seguida, pelo mesmo juiz e na mesma peça processual (a sentença).

O regime proposto, no confronto com o precedente, tem ainda outra enorme vantagem. Como é sabido, no esquema que caracterizava o questionário e a base instrutória, em que eram seleccionadas as afirmações de facto vertidas pelas partes nos articulados, em que se esperava do tribunal uma resposta sobre a prova (ou não prova) de cada um desses pontos de facto e em que tudo era muito rígido e formal, assumia especial relevo o modo de formulação do quesito. Tendo presente que cada parte estava onerada com a prova dos factos que sustentavam a respectiva pretensão (art. 342^o do Código Civil), a boa prática ia no sentido de que *“Na formulação do quesito (relativo facto afirmado por uma das partes e negado pela outra), o juiz deve escolher sempre a versão adequada à repartição do respectivo ónus probandi”*⁵¹. É também sabido que, não poucas vezes, é decretada a anulação da decisão de 1.^a instância, com a inerente repetição do julgamento (ao menos em parte), a pretexto de que o quesito se mostra indevidamente formulado⁵². Com o sistema proposto, a enunciação dos temas da prova não implica qualquer compromisso quanto às regras da distribuição do ónus da prova. Quer dizer, nesse momento do processo apenas se trata de balizar a instrução. Só mais adiante, já na sentença, e já depois de ter declarado os factos provados e os factos não provados, é que o juiz irá tirar consequências sobre a falta de prova deste ou daquele facto e, em função da natureza do mesmo, declarar a improcedência da acção (tratando-se de facto constitutivo do direito) ou a improcedência da excepção (se o facto for impeditivo, por exemplo). E se, porventura, o tribunal de recurso qualificar de modo diverso o facto quanto à sua natureza, isso não constituirá problema porque o quadro factual é o que já se encontra definido, havendo apenas que fixar os efeitos desse quadro à luz do (novo) enquadramento jurídico adoptado⁵³.

⁵¹ Era esta a advertência de ANTUNES VARELA, Manual de Processo Civil² (1985), 413, nota.

⁵² Por exemplo, tido um facto como constitutivo do direito, o quesito foi formulado em função disso; no entanto, a Relação entende que o facto tem natureza impeditiva, pelo que a formulação do quesito tem de ser outra.

⁵³ Reflectindo neste sentido, LEBRE DE FREITAS, Julgar, 16 (2012), 71-73.

D) *Síntese*

O regime proposto implica a superação de um sistema que, durante muitas décadas, funcionou em circuito fechado, um sistema indelevelmente marcado pelo “*círculo de ferro com que a lei apertava a matéria de facto atendível na decisão*”, na insuspeita apreciação de ANTUNES VARELA⁵⁴.

O regime proposto cria efectivas e reais condições para que a sentença a proferir nas acções cíveis realize a justa composição do litígio, por via da adequação da decisão à realidade extraprocessual.

Está nas mãos dos advogados e juízes deste país uma actuação conforme ao novo paradigma, na certeza de que o processo não é um fim em si mesmo, devendo estar ao serviço dos cidadãos e das empresas, sempre com o mesmo fito: a realização da justiça material.

⁵⁴ ANTUNES VARELA, RLJ 3783 (1989), 162.