



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

LÍLIA SOFIA MARQUES DE OLIVEIRA

**A CONDENSAÇÃO DO PROCESSO:
DO QUESTIONÁRIO AOS TEMAS DA PROVA**

**SHORTENING CIVIL PROCEDURE:
FROM JUDGE'S OPENING REMARKS TO ITEMS OF EVIDENCE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.

Coimbra, 2016

“Tenho a certeza de que hoje somos senhores do nosso destino, que a tarefa que temos perante nós não está acima das nossas forças; que as dores e dificuldades que ela acarreta não estão para lá das nossas capacidades de resistência física. Enquanto tivermos fé na nossa própria causa e uma indomável vontade de ganhar, a vitória não nos será negada.”

Winston Churchill

AGRADECIMENTOS

“ Se ainda há inocentes a defender, se ainda há abusos a reprimir, se há ainda dores causadas pela injustiça e leis promulgadas para as sarar, o Pretório continua jovem e a juventude nunca é melancólica, porque tem o futuro diante dela.”

Pierro Calamandrei

in Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados

Eis um dos maiores processualistas do século XX que me fora dado a conhecer no terceiro ano da licenciatura pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, orientador desta dissertação, por quem nutro grande admiração, pela sapiência que transmite quando leciona e escreve, mas também imensa gratidão, pela preocupação e compreensão que demonstrou numa fase tão difícil da minha vida e ao logo da elaboração de toda a dissertação, pela disponibilidade e simpatia, mas também pela motivação para a prossecução do tema eleito.

Aos meus pais, Paula e Bráulio, por todo o amor que sempre me ofereceram, por acreditarem que juntos iríamos superar este mundo e o outro. Muito obrigada pelos valores que sempre me transmitiram, pela confiança que sempre depositaram em mim e, acima de tudo, por me proporcionarem prosseguir os meus objetivos pessoais e académicos. Sem vocês, nada disto seria possível!

Ao Pedro, por ser um irmão adorável, por todo o carinho que sempre me oferece, mas também por me permitir, tantas vezes, ver o lado melhor da vida e fazer com que juntos, nos sintamos duas crianças.

Ao Daniel, por todo o companheirismo, pelo carinho e conforto que me transmite. Agradeço toda a motivação e encorajamento que sempre me deu e também todo o auxílio que nunca hesita em prestar. Coimbra, sem ele não teria o mesmo significado!

Aos meus amigos, aos de sempre e aos que Coimbra me trouxe que, como eu, sabem o quão difícil é chegar aqui. Mas não posso esquecer o apoio que prestaram à minha família na tragédia, agradeço a todos e a cada um de vós, pela perseverança e pelo otimismo, mas também por toda a amizade. Afinal, os amigos são a família que escolhemos e eu, apesar de

tudo o que isso possa ter implicado na minha vida, tive a oportunidade de verificar que escolhi os melhores.

Muito obrigada a todos os restantes – familiares, amigos e profissionais de saúde que me acompanharam – que de alguma forma marcaram a minha vida e possibilitaram que chegasse aqui.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. - Alínea

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. - Conferir

CPC – Código de Processo Civil

CPT – Código de Processo do Trabalho

CPR – *Civil Procedure Rules*

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSM – Conselho Superior da Magistratura

DL – Decreto-Lei

D.R. – Diário da República

Ed. – Edição

Ibid. – Ibidem (mesma obra)

Id. – Idem (mesmo autor)

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

N.º - Número

Ob. cit. – Obra citada

P. / PP. – Página / Páginas

Proc. - Processo

RDP – Rivista di Diritto Processuale

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. - Volume

ZPO – *Zivilprozessordnung*

RESUMO

A presente dissertação prende-se com a fase intermédia do processo de saneamento e condensação. Pretende estudar as figuras que marcaram a condensação do processo civil ao longo do século XX no ordenamento jurídico português (o questionário e a base instrutória), para depois se debruçar sobre a análise dos temas da prova, introduzidos em 2013 pelo novo Código de Processo Civil. Trata-se de uma tarefa a levar a cabo pelo juiz gestor, no intuito de limitar o litígio às questões essenciais e orientar a produção da prova. Por fim, procura-se apurar a influência que os temas da prova poderão exercer sobre o princípio do dispositivo, procurando flexibilizá-lo.

Palavras-chave: Matéria de direito. Matéria de facto. Questionário. Base Instrutória. Temas da prova. Princípio do dispositivo. Flexibilização.

ABSTRACT

This dissertation relates to the intermediate stage of winding up and shortening procedures. The aim is to study the techniques that have influenced the shortening of civil proceedings throughout the twentieth century within the Portuguese legal system (the judge's opening remarks and finding of facts), and then to analyze the items of evidence introduced in 2013 by the new Civil Procedure Code. This task is to be undertaken by the presiding judge, in order to limit the action to the key issues and to guide the production of evidence. Finally, we seek to determine the influence that the items of evidence may have on the duty of the parties to present evidence, and to make it more flexible.

Keywords: Law. Facts. Judge's opening remarks. Finding of facts. Items of evidence. Principle of party disposition. Flexibility.

Índice

Introdução	10
I. A seleção da matéria de facto: do questionário aos temas da prova.....	14
1. Questão prévia: matéria de facto <i>versus</i> matéria de direito (breve alusão)	15
2. O Código de 39 e a figura do questionário	19
3. O Código de 1961 e a Comissão Varela	28
4. A Reforma de 1995/1996 e a base instrutória.....	35
4.1. A opção pela reforma: algumas novidades.....	35
4.2. A seleção da matéria assente e a base instrutória	40
5. O Código de 2013 e os novíssimos temas da prova	51
5.1. Trabalhos preparatórios e principais alterações	51
5.2. A fase intermédia do processo no CPC de 2013	56
5.2.1. Os temas da prova	61
II. Apreciação crítica: questionário, base instrutória ou temas da prova?	71
III. O princípio do dispositivo: a flexibilização e os temas da prova	76
1. Princípio do dispositivo (breve alusão)	77
1.1. Sentido(s) do princípio	78
1.2. Os factos – espécies	82
1.3. Desvios ao princípio do dispositivo	87
1.4. A causa de pedir: teorias e noção	89
2. Reflexão: a flexibilização do princípio do dispositivo e os temas da prova.....	91
Conclusão.....	97
Bibliografia	100
Jurisprudência	109

Introdução

Não se adivinha tarefa fácil a que nos propomos desempenhar ora em diante: a de elaborar uma dissertação sobre uma matéria de direito processual civil que tanto entusiasmo nos provoca. E embora cientes do árduo caminho que temos pela frente, é com enorme vontade que o encaramos e desejamos trilhar.

Podemos afirmar, de uma forma algo redundante, que o direito processual civil é o conjunto das normas reguladoras dos tipos, formas e requisitos da ação civil bem como das formalidades a observar em juízo na propositura e desenvolvimento da ação, revestindo natureza instrumental face ao direito substantivo que, este sim, facultará a solução a aplicar ao conflito de interesses suscitado entre as partes¹.

Porém, no século XIX, o processo civil era encarado como um conjunto de regras que o juiz, como mero árbitro do duelo que o autor e réu pretendiam travar, devia fazer cumprir. Assim, o processo, segundo uma conceção privatística, era considerado como “coisa” de interesse estritamente particular, manejado pelas partes segundo a sua vontade, porque só a elas competia, por força do princípio da livre disponibilidade da relação material, a tarefa de impulsionar a atividade dos tribunais, bem como levar para o processo todo o material probatório que ao juiz era lícito conhecer².

Já no século XX, por impulso do austríaco FRANZ KLEIN e fruto da combinação de uma visão social da ordem jurídica com uma ideia intervencionista do estado, surge uma conceção publicística do processo, ainda caracterizada pela disponibilidade privada no que ao impulso processual diz respeito mas permitindo ao juiz, agora com amplos poderes, *jogar o jogo* das partes³.

¹ Acerca do direito processual civil, noção e características, CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa, Vol. I, Lisboa, Associação Académica, 1980, pp. 33-34 e 124-125, também LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 11-14.

² Era esta a conceção vertida no nosso Código de Processo Civil de 1876, afirmando-se como um código de normas, sustentado no dispositivo e no contraditório. Em Espanha, já a LEC de 1855 concebia o processo civil como meio para solucionar conflitos privados, no qual o juiz cumpria a função de pacífico mediador sendo as partes investidas de várias faculdades, ideias mantidas pela LEC de 1881. Veja-se MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, texto da conferência pronunciada nas XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em San José, Costa Rica, 2000, pp. 595-599, disponível *online* em <www.revistas.pucp.edu.pe>.

³ Esta visão do direito processual civil é, cremos, a perfilhada por MIGUEL MESQUITA, *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil: anotação ao acórdão de 8 de Julho de 2010 do Tribunal da Relação do Porto*, in RLJ, N.º 3983, Ano 143, 2014, p. 134, para quem o processo, sendo uma «coisa das partes» é também uma «coisa» da justiça cível.

Na primeira conceção que em traços muito gerais caracterizamos, o direito de ação era tido como um direito subjetivo material, contudo, nos tempos que correm o direito de ação é reconhecido como um direito autónomo, uma vez que o seu exercício consubstancia-se na mera alegação da existência de um direito subjetivo material, independentemente de se concluir que ele realmente existe (ou não) na esfera jurídica do autor. Nas sábias palavras de ANTUNES VARELA o “direito de ação gera uma relação jurídica de carácter duradouro em cuja moldura se incrusta sucessivamente, como numa espécie de caleidoscópio comandado pela vontade das partes ou por determinação da lei, uma série variável de poderes, faculdades, direitos subjetivos, deveres jurídicos, ónus, exceções ou estados de sujeição”⁴. Entre nós, o artigo 20º da CRP dispõe que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”, consagrando assim o direito de ação enquanto garantia constitucional, permanente e irrenunciável⁵.

Em manifesta oposição ao reforço dos poderes do juiz, tendência que se tem verificado em vários países nos últimos anos, contamos hoje com alguns cultores da corrente a que tem sido atribuída a denominação de neoprivatismo ou garantismo, caracterizada pelo retrocesso à ideia do processo como “coisa” das partes para tutela dos direitos e interesses dos particulares, que se afirmam iguais mas em contradição, a cargo de um terceiro imparcial, o juiz⁶.

Conscientes do referido carácter instrumental que caracteriza o direito processual civil, não se pense que no seu seio jamais poderão emergir questões que revistam particular interesse. Assim, debruçar-nos-emos neste excuro sobre a seleção da matéria de facto pelo

⁴ Vide ANTUNES VARELA, *O Direito de acção e a sua natureza jurídica*, in RLJ, N.º 3826, Ano 126º, p. 16.

⁵ GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 408, referem que se trata de um direito fundamental inerente à ideia de Estado de Direito, carecendo no entanto de conformação legal, implicando que os indivíduos tenham à sua disposição uma organização judiciária e vários processos garantidores de tutela jurisdicional efetiva. Avançam ainda que o direito à via judicial é apenas uma das dimensões do direito de acesso ao direito, sendo outra delas o direito de acesso ao direito através das vias não-jurisdicionais.

⁶ Como defensores desta doutrina, entre nós, CORREIA DE MENDONÇA, *Vírus Autoritário e Processo Civil*, in Julgar, N.º 1, 2007, pp. 67-98, apontando as falhas do modelo publicista e enaltecendo as virtudes do modelo garantista. Também neste sentido, em Espanha, MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, *ob. cit.*, p. 688, reclama que é tempo de pôr termo ao fenómeno do processo publicístico do século XX, afirmando-se adepto de uma ideologia liberal. Em manifesta oposição a esta neo-corrente encontra-se BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no processo civil*, in Cadernos de Direito Privado, N.º 10, Abril/Junho, 2005, pp. 7 e ss., que aqui procura derrubar os argumentos avançados pelos defensores do neo-positivismo.

juiz, procurando demonstrar e compreender a evolução sofrida por tal tarefa no nosso ordenamento jurídico.

Todavia, afigura-se-nos necessário preliminarmente um breve trecho sobre a clássica distinção entre matéria de direito e matéria de facto, uma passagem histórica pelas pretéritas figuras do questionário e da base instrutória, refletindo sobre as suas virtudes e os motivos que levaram ao seu abandono. Rumando-se, de seguida, à aventura da descoberta dos novos temas da prova, procurando perceber em que medida poderão revolucionar a visão tradicional do princípio do dispositivo.

Note-se que o nosso processo declarativo encontra-se tradicionalmente estruturado em três fases sucessivas. A primeira delas, a *fase dos articulados*, que sendo a fase inicial é aquela em que as partes trocam as peças escritas que contêm as suas pretensões: a petição inicial na qual o autor formula o pedido e apresenta os fundamentos da sua pretensão e a contestação na qual o réu se defende⁷. Segue-se a *fase intermédia* na qual o juiz vai verificar a regularidade do processo, convidando as partes a suprir as deficiências encontradas, quer ao nível dos pressupostos processuais, quer as constantes dos articulados, vai também decidir das questões que possam ser já solucionadas, quer sejam de índole processual ou material e, no caso da ação prosseguir, procederá à identificação da questão de direito e à seleção da matéria de facto relevante, bem como à preparação da tramitação subsequente. Daqui facilmente depreendemos a sua importância e o vasto leque de atos que contempla; são eles no novo CPC o despacho pré-saneador (artigo 590.º, n.º 2), a audiência prévia (artigo 591.º), o despacho saneador (artigo 595.º), o despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova (artigo 596.º) e, por fim, o despacho a programar a audiência final (artigo 593.º, n.º 2, alínea *d*). A doutrina tende a denominar esta fase como a fase de saneamento e condensação⁸. Por último, a *fase final* do processo desdobrar-se-á na audiência

⁷ Nas palavras de ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, 3.ª Ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 330, é a fase de apresentação do litígio ao tribunal. Note-se no entanto que eventualmente pode haver lugar a outros articulados, como a réplica e a tréplica.

⁸ PAULO CUNHA (*apud* ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 164) falava somente em fase de “condensação”, abrangendo um conjunto de formalidades, um complexo de trâmites, todos superiormente inspirados na ideia de se procurar reduzir o processo a algo mais simples, tendo subjacente uma ideia de economia processual. Nos nossos dias, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 152, parece-nos deter semelhante entendimento, ao afirmar que “A denominação desta fase processual como fase da condensação é suficiente”. Já ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 333 e Vol. III, p. 165, deu sinais de entender a palavra “condensação” como muito redutora para abarcar todas as atividades que podem ser exercidas nesta fase, limitando-se a distinguir os casos em que há lugar ao julgamento imediato da questão, findando o processo com o despacho saneador, daqueles em que devendo o processo prosseguir, se procederá ao saneamento ou à depuração do processo, de modo a expurgá-lo de questões que possam perturbá-

final e na sentença. No primeiro desses momentos terão lugar os atos de produção de prova que ainda não se tenham realizado⁹ e as alegações orais dos advogados das partes, expondo as conclusões de facto e de direito extraídas da prova produzida (artigo 604.º). No segundo momento, após o encerramento da audiência final, o processo é concluso ao juiz para que este possa proferir a sentença (artigo 607.º).

Porém, no trabalho que pretendemos desflorar interessa-nos sobretudo, esta *fase intermédia* na qual o juiz assumirá as *rédeas* do processo.

lo e reduzi-lo aos pontos essenciais, residindo nesta última tarefa a verdadeira condensação. Também MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil, ob. cit.*, p. 172, via na tarefa de reduzir o litígio aos aspetos essenciais a verdadeira condensação, mas preferia a expressão “saneamento e condensação” para se referir àquela fase processual. Já ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil, 2.ª Ed.*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 368-370, mostram-se-nos como partidários de uma designação mais extensa e abrangente – “julgamento antecipado da ação ou saneamento e condensação” –, aludindo assim à possibilidade da ação findar nesta fase processual. Porém, discordam igualmente da opção legal de “audiência preparatória e despacho saneador”. Referem ainda que o saneamento traduz-se “na expurgação do processo de todas as questões inúteis [...] e na decisão de todas as questões úteis”, ao passo que a condensação consiste na “concretização dos factos alegados pelas partes que interessam realmente à decisão da causa”. MIGUEL MESQUITA, *A revelia no processo ordinário, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1106, distingue claramente entre saneamento e condensação, consistindo a primeira expressão na tarefa de afastamento do processo de falhas processuais que possam impedir a pronúncia do tribunal sobre o pedido e a segunda significa “reunir ou conglomerar, em duas listas, os factos pertinentes para a causa”.

⁹ A instrução não é já uma fase estanque e autónoma do processo, pois embora a audiência final seja por excelência o momento da produção da prova, poderá tal atividade ocorrer em momentos anteriores, como por exemplo as provas periciais. Diferentemente do esquema que apresentámos, LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, p. 31, parece entender a instrução como uma fase autónoma da ação declarativa.

I. A seleção da matéria de facto: do questionário aos temas da prova

A tarefa a desenvolver pelo juiz sobre a qual nos debateremos terá lugar num determinado momento integrado na fase de saneamento e condensação, quando em princípio já estarão ultrapassados todos os problemas processuais ou de fundo que possam obstar ao prosseguimento da ação. Nesta fase processual, o juiz desempenha um papel bastante ativo e assume a incumbência de levar a cabo duas tarefas distintas: primeiramente vai proceder ao saneamento do processo, providenciando pela sanação de exceções dilatórias e nulidades, para depois se dedicar à condensação, isto é, ao apuramento das questões – fácticas e de direito – essenciais da causa.

Partindo dos articulados das partes, procurará fazer-se um balanço dos factos por elas relatados ou conhecidos por outras vias, para depois se apurar quais os que já não necessitam de mais provas e aqueles relativamente aos quais as partes estão em desacordo e, por isso, serão alvo de diligências probatórias e discussão na fase seguinte, sendo que a seleção das circunstâncias a considerar dependerá de se lhes atribuir ou não significado para a apreciação. Quer isto significar que ao julgador é, na maioria das vezes, fornecida uma situação de facto em bruto, que contempla ocorrências singulares mas também circunstâncias que são irrelevantes para a apreciação jurídica, cabendo-lhe no decurso das suas ponderações separar as circunstâncias de facto relevantes daquelas que não se revelem pertinentes.

A importância deste momento é fulcral para o julgamento de facto, pois se não se conseguir descobrir e descrever o que na realidade se passou e que decerto alguns saberão, jamais se alcançará uma aplicação justa do direito e não se adquirirá a tão desejada verdade material e, conseqüentemente, ficará abalada a confiança da comunidade no acerto da decisão judicial.

Parece-nos seguro avançar desde já que a seleção da matéria de facto começou por centrar-se, entre nós, ao longo do século XX, nas figuras do questionário e da especificação, tentando no final da centúria a transmutação (sem o êxito esperado, adiante-se) por meio da base instrutória e da simples seleção da matéria assente, experimentando já no novo século a derradeira transformação. Como sabemos, o novo Código de Processo Civil de 2013 introduziu várias alterações no processo civil português, sendo precisamente uma das mais

significativas a abolição da base instrutória e a introdução da enunciação dos temas da prova, que deverá ser feita por despacho do juiz, nos termos do artigo 596.º.

1. Questão prévia: matéria de facto *versus* matéria de direito (breve alusão)

Todo o litígio apresentado em tribunal pressupõe um conflito entre as partes que se relacionam num plano de paridade (e não de supra-infra-ordenação), do qual cada uma delas apresenta a sua visão divergente em relação aos factos e ao direito a eles aplicável. Estão pois em causa diferentes posições assumidas por dois ou mais sujeitos que na sua autonomia-diferença partilham uma situação histórico-concreta e que, embora baseando-se na mesma ordem jurídica, afirmam a sua autonomia e detêm perspetivas diferentes em relação a um problema que se assume como a controvérsia juridicamente relevante e constituirá um problema de *quid iuris*, arrogando-se o direito como critério de solução, a requerer a convocação de um terceiro imparcial que oferecerá a solução (autoritária mas não arbitrária).

Sucedem que a primeira tarefa a levar a cabo quer pelos juízes quer pelos advogados, antes mesmo de selecionar a matéria de facto que se assumirá ou não como relevante, será naturalmente a demarcação daquilo que constitui matéria de direito e matéria de facto¹⁰, porém trata-se de uma das mais complexas questões de todo o processo civil, relativamente à qual já vários critérios foram adiantados ao longo dos tempos.

Assim, entre nós, já BARBOSA DE MAGALHÃES¹¹ fazia esta distinção reconhecendo um alcance mais restrito à matéria de facto, que na sua ótica respeitaria apenas à “verificação da existência de um facto e das demais circunstâncias em que se tenha produzido”, enquanto a matéria de direito, mais ampla, envolveria “tudo o que dependa do raciocínio, de um juízo de valor”.

¹⁰ Para além da importância que esta questão assume no âmbito da seleção da matéria de facto, é igualmente relevante no que concerne ao conteúdo dos poderes do Supremo Tribunal de Justiça no âmbito dos recursos de revista, pois que este em princípio apenas conhecerá de matéria de direito.

¹¹ Cfr. *A distinção entre matéria de facto e de direito em processo civil, a interpretação dos negócios jurídicos e a competência do Supremo Tribunal de Justiça*, in *Jornal do Foro*, Lisboa, 1958, p. 19.

Sobre a mesma problemática, afiançou o ilustre professor ALBERTO DOS REIS¹² que seria questão de facto aquilo que tendia a “apurar quaisquer ocorrências da vida real, quaisquer eventos materiais e concretos, quaisquer mudanças operadas no mundo exterior”, ao passo que a questão de direito respeitava unicamente à interpretação da lei, à busca do sentido da norma e à determinação das consequências da sua aplicação. Porém, pressupõe-se que previamente o legislador já ficcionou determinada situação de facto e ditou o regime que, numa lógica dedutiva, há de aplicar-se a essa situação.

Já CASTRO MENDES¹³ partia da matéria de direito, aquela que entendia relacionar-se com a existência, validade ou interpretação de normas jurídicas, para demarcar *a contrario* a matéria de facto.

Também o civilista MANUEL DE ANDRADE afirmou de forma cristalina que do questionário apenas devia constar matéria de facto, permanecendo alheio a tudo o que envolvesse noções jurídicas, sendo relevante para este efeito apenas os factos materiais que pudessem depois interessar às noções jurídicas¹⁴.

Para ANTUNES VARELA esta distinção deveria fazer-se na ótica de cada problema e não com a preocupação de alcançar um conceito geral e unitário de cada uma das matérias. Portanto, na ótica da elaboração do questionário, o Professor delimitava a matéria de facto como a respeitante às ocorrências concretas da vida real, cabendo aqui quer os acontecimentos do mundo exterior (realidade empírico-sensível captada pelos sentidos), quer os eventos do foro interno (psico-emocional) e ainda as ocorrências virtuais ou juízos hipotéticos¹⁵.

CASTANHEIRA NEVES, reconhecendo a tradicional distinção entre questão de facto e questão de direito, identifica aquela como a referente à “realidade empiricamente verificada, a realidade espaço-temporalmente existente, que aconteceu ou acontece, que foi ou é” e esta como “a normatividade jurídica na sua objetivação específica, a interpretação normativa,... todos os juízos e valores normativos que tivessem o seu fundamento naquela

¹² Cfr. *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, pp. 206 e ss. O mesmo autor no seu *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1945, pp. 114-115, esclarece ainda que “a questão de facto consiste essencialmente em saber o que se passou, quais foram, na realidade, as ocorrências materiais que se produziram ” e seria a primeira a tratar-se, ao passo que “a questão de direito consiste em saber qual é o tratamento jurídico a que devem ser submetidos os factos apurados, isto é, qual a lei a aplicar”, e geralmente as partes estão, na lide, em desacordo relativamente a estas duas questões.

¹³ Cfr. *Direito Processual Civil*, Vol. II, Lisboa, Associação Académica, 1986, pp. 645-646.

¹⁴ Cfr. *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, p. 186.

¹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 406 e ss.

normatividade”¹⁶, sustentada quer pelo normativismo, quer pelo legalismo e ainda pelo cientismo. O arauto professor acaba por deixar transparecer o seu desagrado em relação a esta cisão feita *a priori* de modo abstrato, afirmando mesmo, bem a nosso ver, que “a judicativa decisão jurídica concreta não pode considerar assim «o direito» e «os factos», separados e independentes entre si, já que o seu ponto de partida e o seu objeto decisório são antes dados pelo caso jurídico”¹⁷.

No plano internacional, o alemão KARL LARENZ, grande cultor da ciência do direito, admitindo desde logo a complexidade da distinção, identificou a questão de facto¹⁸ como a relativa ao que aconteceu (tudo aquilo que tem localização no tempo), por contraposição à da qualificação do ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica, esta última configurando a questão de direito. O autor exemplifica do seguinte modo a distinção: saber se um acidente de viação foi causado por derrapagem do veículo numa curva em que a estrada estava molhada será questão de facto; será questão de direito compreender se o sujeito conduzia ou não de modo negligente¹⁹. LARENZ identificou também a sofisticação agravada do problema reconheceu os casos em que a linguagem comum e a linguagem legislativa usam a mesma palavra, assumindo nesta última aceção um significado mais preciso. Mas na verdade, esse termo não vai assumir qualquer apreciação jurídica quando colocado na questão de facto e é precisamente essa tarefa de cisão mental que poderá tornar ainda mais hermética a diferenciação.

Cientes de que a operação de seleção da matéria de facto pressupõe esta distinção e a reconhece como limite, sabemos que apenas os factos podem ser objeto de valoração jurídica. Cremos pois que a questão de facto relacionar-se-á com a reconstituição histórica do sucedido, a averiguação dos factos, a situação real das coisas e das pessoas envolvidas, mas também as ocorrências do foro interno suscetíveis de localização temporal, sem que

¹⁶ Cfr. *Matéria de Facto-Matéria de Direito*, in RLJ, N.º 3866, Ano 129, pp. 130-131.

¹⁷ *Ibid.*, N.º 3867, Ano 129, p. 162.

¹⁸ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7.ª Ed., trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 433 adverte também para a necessidade de inclusão dos “processos psíquicos e das ações, com abrangência do seu lado interior” na categoria dos factos.

Também, na doutrina alemã, OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, trad. Silveira Ramos, Coimbra, Almedina, 2002, p. 212, refere que a matéria de facto é “o conjunto histórico do naturalmente ocorrido”.

¹⁹ Tomando como ponto de partida o mesmo circunstancialismo (acidente de viação), já o STJ no Ac. datado de 04/07/1997, Proc. 088286 (Sampaio da Nóvoa), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, entendeu que “a determinação da culpa e respetiva graduação constitui matéria de direito quando resulta da inobservância de preceitos legais e regulamentares; constitui matéria de facto quando decorra de inconsideração ou falta de atenção ou destreza, ou seja, inobservância dos deveres gerais de diligência”.

contudo possam ser identificados com afirmações conclusivas²⁰. Por contraposição, afigurem-se-nos dizer respeito à questão de direito determinar as consequências que a lei atribui a esse circunstancialismo apurado, definindo os direitos e obrigações dos envolvidos. Contudo, na maioria dos casos são as próprias partes que misturam estas duas questões nos seus articulados, dificultando a tarefa do julgador, que só casuisticamente alcançará uma resposta para este problema²¹. Na prática, e seguindo o brocardo *ex factu oritur jus*, o juiz terá primeiramente que resolver a questão de facto para depois determinar a questão de direito, isto é, proceder ao enquadramento jurídico da situação fáctica apurada²².

Se, todavia, é verdade que a dicotomia em causa perdeu relevância no julgamento em primeira instância, no qual havia lugar a “dois julgamentos”, atribuídos a órgãos jurisdicionais diversos, com competências funcionais distintas – o julgamento de facto pelo coletivo no qual se declaravam os factos que estavam ou não provados, aos quais, no julgamento por juiz singular, era aplicado o direito –, é ainda inequívoca a sua pertinência em matéria de recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, pois funcionando estruturalmente como um tribunal de revista, aprecia, em princípio, matéria de direito, cabendo-lhe aplicar definitivamente à factualidade fixada pelas instâncias o regime jurídico que entenda adequado.

Saber se fará sentido, nos dias de hoje, manter esta distinção de modo tão firme, à luz dos novos temas da prova, é uma das respostas que tentaremos alcançar.

²⁰ A nossa jurisprudência suprema manifestou, no Ac. do STJ, datado de 30/01/2003, Proc. 03P133 (Pereira Madeira), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, sobre esta problemática, deter o entendimento segundo o qual “Questão-de-direito, em abstrato, é a que tem por objeto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar, e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso *decidendo*; em concreto, é o problema do próprio juízo concreto que há de decidir o caso. Na questão-de-facto, do que se trata é de delimitar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática.” Também o Ac. do STJ, datado de 11/12/2003, Proc. 03B2992 (Ferreira de Almeida) ditou que será “questão de facto a reconstituição de uma situação concreta, de um evento do mundo real (ainda que com relevância jurídica) e de questão de direito a operação do correspondente juízo de subsunção ou de qualificação jurídica (o chamado silogismo judiciário)”.

²¹ A propósito deste problema, avança HENRIQUE ARAÚJO, *A matéria de facto no processo civil (da petição ao julgamento)*, Porto, 2009, disponível online <www.trp.pt>, p. 1, que “Num ser humano o corpo funciona como o sistema de sustentação da vida. Quando o corpo soçobra, resta a imaterialidade, o espírito, a alma. Num processo a matéria de facto é o corpo e o Direito é a alma. Ambos são essenciais ao conjunto, em planos diferentes”.

²² PIERRO CALAMANDREI, *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, 7.^a Ed., trad. de Ary dos Santos, Clássica Editora, p. 135.

2. O Código de 39 e a figura do questionário

O Código de Processo Civil de 1876²³ não fazia qualquer referência à fase do saneamento e condensação e tinha subjacente uma conceção individualista da relação processual caracterizada pelo papel passivo do juiz, já as partes poderiam dispor do processo como coisa sua²⁴.

Ainda antes do Código de 1939 foram publicados vários decretos que mostravam a superação desse modelo clássico. Entre eles, o Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907 que para além de estabelecer o processo sumário, introduziu o despacho regulador do processo²⁵ a proferir terminada a fase dos articulados, para julgamento das nulidades processuais.

Em 1926, foi publicado o Decreto n.º 12:353, de 22 de Setembro, cujo relatório foi da autoria do ilustre Professor ALBERTO DOS REIS, assinalando o início da reforma do processo civil de 1926-1932. Tratava-se de um diploma orientado essencialmente por três princípios: a oralidade, a concentração e a atividade do juiz. O próprio relatório do decreto era bastante elucidativo quanto aos motivos que estiveram por detrás da sua publicação. Desde logo, reconhecia que “nos processos em que dominava a forma escrita, o juiz só toma conhecimento dos factos através de fastidiosas e longas assentadas”, pois “o processo (...) chega às mãos do juiz (...) anos depois de ter sido iniciado (...) constituindo uma montanha de papel, de que o magistrado se aproxima com repugnância e pavor”. Dava igualmente conta de diversas críticas relativas ao papel do juiz afirmando mesmo que “o magistrado, longe de ser inerte e de assistir de braços cruzados ao desenrolar da luta, deve ocupar no processo uma posição tal que lhe permita dirigir a instrução, intervir eficazmente na preparação da causa, em ordem a assegurar um julgamento ao mesmo tempo rápido e justo”. O próprio diploma estabelecia como um dos seus objetivos “desembaraçar o processo, o mais cedo possível, de tudo quanto possa impedir a apreciação do mérito da causa”; como concretização instituía no artigo 24.º um despacho do juiz destinado a conhecer das nulidades processuais e resolver quaisquer outras questões que pudessem obstar à apreciação do mérito

²³ Aprovado por Carta de Lei de 8 de Novembro de 1876.

²⁴ Recorremos aqui às sábias palavras de ALBERTO DOS REIS, *O novo Código de processo civil*, in RLJ, N.º 2649, Ano 72, 1939, p. 161.

²⁵ Assim designado por ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1929, p. 149. Este viria a ser a raiz do despacho saneador, como esclarece o Ac. STJ, Uniformizador de Jurisprudência de 01-02-1963 (Bravo Serra), Proc. n.º 058248, disponível para consulta em <www.dgsi.pt>.

da causa. Remetendo-nos agora somente ao aspeto que interessa à epígrafe do presente excuro, o diploma dava já conta de que “em regra os articulados dizem mais do que é indispensável para o conhecimento e resolução da questão”, daí que “o trabalho principal do juiz consistirá em depurar e seleccionar a matéria articulada, em a reduzir ao essencial”²⁶. Somos levados a concluir que o diploma lançava as bases daquela que, mais tarde, viria a ser a fase do saneamento e condensação.

Em 1930 e 1932, respetivamente, o Decreto n.º 18:552, de 3 de Julho, no que concerne ao processo sumário e o Decreto n.º 21:287, de 26 de Maio, relativo ao processo ordinário, confiaram ao despacho saneador a possibilidade de valer como sentença de mérito quando o processo estivesse já dotado de todos os elementos necessários à decisão²⁷.

De salutar importância para o objeto do presente excuro é o Decreto n.º 21:694²⁸, de 29 de Setembro de 1932. O diploma começa por extinguir a jurisdição comercial, alertando depois para a importância da concentração e oralidade²⁹ no processo civil, ideias essas já lançadas anteriormente. Contudo, a sua colossal marca é a instituição do questionário, a elaborar pelo juiz, que residia na fixação dos pontos de facto que, de entre os articulados e pertinentes à causa, se afigurassem indispensáveis para a sua resolução³⁰.

O momento-chave seguinte foi a entrada em vigor do CPC de 1939³¹, que reuniu e sistematizou as inovações da reforma do processo civil iniciada em 1926. Passaremos a restringir o nosso estudo, tanto quanto possível, ao Capítulo II do Título II do Livro III, pois após o término da fase dos articulados o processo era concluso ao juiz para realização da

²⁶ Podemos encontrar o referido diploma *online* em <www.legislacao.org/diario-primeira-serie/1926-09-22>.

²⁷ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil* Anotado, Vol. III, *ob. cit.*, p. 165 e PAULO PIMENTA, *A fase do saneamento antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 23-25.

²⁸ O diploma encontra-se disponível *online* <<https://dre.pt/application/file/598238>>.

²⁹ O artigo 11.º do diploma impõe a discussão oral em primeira instância às causas civis e comerciais, rompendo definitivamente com a discussão escrita. Note-se que anteriormente já o Decreto n.º 12:353 previa, no seu artigo 37.º, a possibilidade de discussão oral se as partes nisso estivessem de acordo ou se o juiz entendesse conveniente em face da simplicidade do pleito.

³⁰ Assim artigo 15.º do diploma circunscrevia a formulação de quesitos a factos articulados pelas partes, e de entre estes àqueles que fossem pertinentes à causa. ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, *ob. cit.*, p. 426.

³¹ Em 1933, o Ministro da Justiça de então encarregou o professor Alberto dos Reis de redigir um projeto de Código de Processo Civil, que o ilustre professor concluiu no final de 1936 e publicou num relatório em edição oficial da Imprensa Nacional. Por portaria de 5 de Novembro de 1935 foi nomeada uma Comissão Revisora, presidida pelo Ministro da Justiça, da qual faziam parte o autor do projeto, magistrados e outras figuras de reconhecido mérito do mundo jurídico-processualista. Os trabalhos da Comissão estenderam-se até meados de 1938 e deles resultou a introdução de algumas alterações no Projeto. Porém em 1939, finalmente, o Decreto-Lei n.º 29.637, de 28 de Maio, aprova o Código de Processo Civil, fixando o dia 1 de Outubro para a sua entrada em vigor.

audiência preparatória³² nos casos em que tivesse sido deduzida alguma exceção, excetuando a nulidade processual ou quando o juiz entendesse que estaria em condições de conhecer o pedido (artigo 512.º); nas restantes situações passar-se-ia de imediato para o despacho saneador³³, destinado a conhecer as nulidades processuais, apreciar as exceções dilatórias, decidir sobre as exceções perentórias e mesmo decidir do mérito da causa, no caso de o juiz considerar já possuir os elementos necessários à decisão. Na hipótese (mais frequente) deste despacho não pôr termo ao processo e este houvesse que prosseguir, o juiz dispunha do prazo de oito dias³⁴ para organizar e sistematizar a matéria de facto em duas peças distintas – a especificação³⁵ e o questionário.

No cumprimento do então artigo 515.º do Código de 1939 o juiz deveria, num primeiro momento, seleccionar de entre a matéria de facto alegada pelas partes, aquela que se lhe afigurasse relevante para a decisão e posteriormente proceder ao seu reagrupamento em duas “listas” distintas.

A primeira destas destinava-se a individualizar a matéria factual pelo juiz considerada como provada no processo. Essa prova poderia advir de confissão de qualquer das partes, de acordo expresso ou tácito destas (decorrente da falta de impugnação especificada) ou ainda de documentos oferecidos ao processo³⁶. Reportava-se assim, aos

³² A audiência preparatória resultou de proposta do ilustre professor Barbosa de Magalhães no seio da Comissão Revisora, com o intuito de assegurar que os articulados permaneceriam, como tradicionalmente, peças destinadas à “exposição concisa e singela dos fundamentos da ação e da defesa” e ainda possibilitar às partes um debate oral das questões que o juiz iria apreciar no despacho saneador, ao qual iriam mais facilmente aderir. Tal doutrina foi desde logo merecedora do aplauso do autor do Projeto, que via nesta diligência um corolário do princípio da oralidade, já por si anteriormente defendido. cfr. ALBERTO DOS REIS, *O novo Código de processo civil, ob. cit.*, p. 165 e *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 167. Nas palavras de JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O saneamento e a condensação no processo civil*, in *O Direito*, Ano 130, 1998, p. 227, a audiência detinha uma dupla função de conciliação-discussão, no entanto a primeira função não nos merece grandes considerações na medida em que, para além do seu carácter facultativo, pode ter lugar noutros momentos processuais.

³³ Assim, na hipótese de realização de audiência preparatória, finda a discussão oral, o processo seria concluso ao juiz para, no prazo de 10 dias, proferir despacho saneador. Na situação contrária, de não realização da audiência, o prazo de 10 dias para lavrar o despacho contar-se-ia, uma vez findos os articulados, a partir do momento em que processo fosse concluso ao juiz. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 183.

³⁴ A contar da data do despacho saneador proferido na primeira instância ou da data do despacho saneador que o juiz de primeira instância teve de proferir após recurso do despacho que erradamente pôs termo à causa, entenda-se. *Ibid.*, p. 202.

³⁵ Novidade introduzida no nosso processo civil pelo Código 1939.

³⁶ Naturalmente, não se tratava aqui de todo e qualquer documento mas tão-somente de documentos autênticos, autenticados ou documentos particulares de que falava o artigo 542.º do Código de 1939.

O Projeto de Alberto dos Reis previa apenas a especificação dos factos que se considerassem admitidos por acordo. Posteriormente, foi a Comissão que propôs a inclusão dos factos confessados e, por fim, na última revisão ministerial acabou por se estender aos provados por documento. Cfr. ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil, ob. cit.*, pp. 399 e 400.

factos articulados, pertinentes e indispensáveis à solução da causa que fossem tidos por assentes em definitivo, relativamente aos quais não seria desenvolvida qualquer atividade instrutória e muito menos dariam lugar a qualquer pronúncia do coletivo no julgamento da matéria de facto. Poderia organizar-se a especificação, quer por remissão para os articulados, quer mediante reprodução do próprio facto, desde que feita a arrumação dos factos por categorias consoante houvessem sido confessados pelo réu ou pelo autor, admitidos por acordo ou provados pelos documentos de folhas x ou y³⁷.

A outra dessas listas seria o questionário com o desígnio de enumerar os pontos de facto articulados e relevantes que fossem controvertidos, entenda-se carecidos de prova.

No que respeita à forma, seguindo o preceituado no mencionado artigo 515.º, esta peça³⁸ deveria ser redigida mediante a subordinação a números, de orações interrogativas (os designados quesitos), através dos quais se questionava ao tribunal coletivo se determinado facto estava ou não provado.

Considerando agora o conteúdo do questionário e atento o §1 do artigo 515.º, em primeira linha, importa eleger apenas as questões de facto, e de entre estas unicamente os factos materiais da vida, os acontecimentos concretos, humanos ou naturais, deixando à margem as expressões, figuras, conceitos e factos jurídicos³⁹. Impõe-se, todavia, que tais factos hajam sido alegados pelas partes nos articulados⁴⁰, entenda-se na petição inicial pelo

³⁷ Não fazendo a lei qualquer menção ao modo concreto de apresentação da especificação, a prática instituiu que esta fosse feita por alíneas, cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 203 e PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Porto, Almedina, 2015, p. 263, nota 605.

³⁸ Não se trata aqui de uma nova peça processual, pois que ela havia sido introduzida já pelo Decreto n.º 21:694, de 29 de Setembro de 1932, como vimos. Não obstante, a novidade reside na sua organização: se até então o questionário detinha a versão do autor e a do réu separadamente, ou melhor, havia uma separação dos quesitos relativos aos factos alegados por cada uma das partes, agora haveria uma única versão, um questionário único, atendendo às regras de distribuição do ónus da prova, por forma a evitar embaraços e confusões. *Vide*, DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação no Processo Declarativo (à luz da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho): os temas da prova*, 2.ª Ed., Quid Juris, 2015, p. 44.

³⁹ Quanto ao conceito de facto jurídico, aderimos pela sua argúcia, àquele que nos foi ensinado nas nossas aulas pelo ilustre Professor Capelo de Sousa. Assim, entenda-se todo o facto da vida real (acontecimento humano ou natural) produtor de efeitos jurídicos.

⁴⁰ Segundo ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 413, a circunstância de somente compreender o questionário factos articulados traduz uma limitação fundada no princípio do dispositivo.

Também a este propósito vimos já que havia um único questionário, sem qualquer divisão no tocante aos factos articulados por cada uma das partes. Mas diferente é a questão de saber se, tendo o mesmo facto sido afirmado pelo autor e contrariado pelo réu, deveriam ser formulados dois quesitos relativamente ao mesmo facto, tratava-se do fenómeno denominado de dupla quesitação. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, pp. 217-219 e Vol. IV, p. 410 sustentava que deveria optar-se por formular um único quesito sob a forma positiva, perguntando se está provado ter ocorrido determinado facto, sendo que ambos poderiam oferecer cinco testemunhas sobre o facto quesitado. Já ANTUNES VARELA/MIGUEL

autor, na contestação pelo réu ou ainda na réplica e na tréplica⁴¹. Exige-se que sejam também controvertidos, isto é, controversos, por oposição aos factos relativamente aos quais as partes não alcançaram consenso, que seguiam para a especificação. O preceito referido apela igualmente à pertinência do facto para a causa, assim serão pertinentes à causa os factos que digam respeito à relação jurídica substancial, excluindo-se os que por falta de engenho o advogado deselegantemente incluiu nos articulados. Por último, determina-se ainda que tais factos se revelem indispensáveis para a solução da causa. No seio da doutrina parecia acolher unanimidade o entendimento de exclusão do questionário daqueles factos que, independentemente da solução a adotar para o pleito, não desempenhariam qualquer papel de apreço. Mas o que deveria então entender-se por indispensável? A dúvida era tanto mais acentuada em face do disposto no final da primeira frase do referido artigo 515.º, que falava em “pontos de facto controvertidos que *interessam*⁴² à solução da causa”. Ora, um facto pode deter interesse para a causa sem que seja de todo indispensável para a solucionar. Assim, PAULO CUNHA era da opinião que somente deveriam ser excluídos do questionário os factos “incontestavelmente supérfluos”⁴³. Já MANUEL DE ANDRADE afirmava só deverem ser excluídos os factos que não possuíssem qualquer interesse, em face de qualquer das soluções plausíveis que a questão de direito admitisse⁴⁴. Naturalmente que o juiz, aquando da seleção dos pontos de facto a integrar o questionário, deverá ter na sua mente as diferentes soluções plausíveis da questão de direito. Somos de concluir que, na dúvida sobre a inclusão ou não de determinado facto, o juiz devia optar pela quesitação, mesmo arriscando-se a pecar por excesso.

Temos pois, que estes requisitos legalmente impostos não detinham qualquer propósito de minorizar a figura do questionário, mas ao invés dotá-lo de relevância, dada a função depuradora⁴⁵ que desempenhava, seleccionando de entre os factos articulados aqueles que se consideravam úteis para alcançar a solução justa da causa.

BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 413 vão no sentido de que, nestes casos, o juiz deve escolher sempre a versão mais adequada à repartição do ónus da prova.

⁴¹ ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, *ob. cit.*, p. 426, inclui também aqui, e bem a nosso ver, os factos constantes de documentos particulares juntos aos autos com essas peças.

⁴² Itálico nosso.

⁴³ Posição do autor, *apud* ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 221.

⁴⁴ Nas suas *Noções elementares de processo civil*, *ob. cit.*, p. 66.

⁴⁵ Para ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, pp. 204-205, o questionário era uma peça mestra da arquitetura processual pela qual o juiz desenvolvia a tarefa de depurar o que se afigurava ou não útil, permitindo-lhe alcançar uma visão superior da causa e, deste modo, apreender o seu núcleo essencial.

ALBERTO DOS REIS reconhecia no questionário uma dupla função limite. Funcionava como limite ao âmbito das diligências de produção de prova e como limite ao poder jurisdicional do tribunal coletivo⁴⁶.

No que respeita à primeira função limitadora identificada cumpre-nos esclarecer que o artigo 516.º do Código de 1939 estabelecia como momento da notificação às partes para apresentação do rol de testemunhas e requerimentos de outras provas, o seguinte à fixação do questionário⁴⁷, o que se nos afigura não poder fazer-se de outro modo, uma vez que só relativamente aos factos quesitados haveria de produzir-se prova, segundo o disposto no artigo 517.º. Ora, dificilmente se compreenderia que assim não fosse, pois se somente haviam sido introduzidos no questionário os factos articulados, controvertidos e indispensáveis para a resolução da causa, apenas no que diz respeito a eles interessaria a produção de prova, evitando-se diligências relativas a factos cuja averiguação nada de relevante traria para a solução da causa. Importa ainda esclarecer que o aludido artigo 517.^{o48}, com a expressão “diligências destinadas à produção de prova” pretendia referir-se ao depoimento de parte, ao arbitramento, à inspeção judicial e à inquirição de testemunhas. Porém se as primeiras diligências probatórias elencadas podiam recair sobre todos os factos do questionário, já a inquirição de testemunhas estava limitada aos factos constantes do questionário articulados pela parte que ofereceu a testemunha, nos termos do artigo 641.^{o49}, pelo que nem o réu poderia fazer inquirir as testemunhas sobre factos articulados pelo autor,

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 205 e 210. Também assim, JOSÉ OSÓRIO, *Julgamento de facto*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano VII, Coimbra, 1954, reconhece ao questionário uma função de disciplina da atividade probatória e ainda uma função de disciplina da decisão do tribunal. Já PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, *ob. cit.*, pp. 264-265, revisitando as figuras pretéritas e defendendo acerrimamente o Código de 2013, via na dicotomia questionário/especificação um esquema rígido e fechado quanto ao acervo fático dos autos, apelidando de burocrática a atividade do juiz.

⁴⁷ Diferente era o entendimento no âmbito do Decreto n.º 21:694 que, como já sabemos, introduziu o questionário e previa a sua organização o decurso do prazo de 8 dias a contar da intimação das partes para oferecerem documentos e organizarem o rol das testemunhas. Só com o Código de 1939 esta ordem viria a ser alterada e assim, racionalmente, ao despacho saneador seguir-se-ia a especificação e o questionário e seguidamente as partes seriam notificadas para apresentarem o rol de testemunhas e requererem quaisquer outras provas. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, pp. 233 e 234.

⁴⁸ De acordo com a anotação ao artigo. *Id.*, pp. 257 e 258.

⁴⁹ Assim, para que um facto fosse objeto de depoimento teria que cumprir cumulativamente os seguintes requisitos: constar do questionário e ter sido alegado pela parte que ofereceu a testemunha. Contudo, uma vez que não era obrigatória a indicação, no rol de testemunhas, dos factos sobre os quais as testemunhas haviam de depor, quando o interrogatório fosse feito pelo juiz, a parte ou o seu mandatário deveriam indicar, no ato da inquirição, os factos sobre os quais haveriam de ser interrogadas cada uma das testemunhas. Também nesse momento, o juiz verificaria o preenchimento dos dois requisitos referidos. Ora, este regime era precisamente um dos argumentos favoráveis usados por aqueles que defendiam o duplo questionário, com separação dos factos alegados por cada uma das partes, pois evitaria este trabalho redobrado. No entanto, já vimos que este era de rejeitar no âmbito do Código de 39. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 216 e Vol. IV, pp. 433-438.

nem este poderia fazer inquirir as testemunhas por factos alegados por aquele. Mais, sobre cada um dos factos constantes do questionário apenas podiam ser ouvidas cinco testemunhas, de acordo com o artigo 636.^{o50}.

Relativamente à aludida função limitadora do poder do tribunal coletivo, esclarecemos que a este estava vedada a possibilidade de se pronunciarem sobre questões que não constassem do questionário. Significa isto que aquela peça processual servia de base, mas também de limite ao julgamento do tribunal coletivo.

Acresce porém que o artigo 653.^o na sua alínea g) previa ainda a possibilidade do presidente do tribunal coletivo, após o encerramento da discussão da causa, formular novos quesitos quando tal se afigurasse indispensável para a boa solução da causa. A este propósito a grande questão que se colocava prendia-se com a determinação do alcance do preceito legal, isto é, com a necessidade de apurar sobre que factos podiam recair esses novos quesitos. Podiam versar sobre todo e qualquer facto ou tão-somente sobre factos articulados? Não nos alongaremos muito sobre este tópico, apenas daremos conta de que a doutrina e a jurisprudência se dividiam. Se uns acreditavam que esta faculdade era de tal modo abrangente ao ponto de abrir a possibilidade ao presidente de formular quesitos sobre factos que não tivessem sido articulados, outros adotavam o entendimento oposto. Os primeiros afiançavam que não podia o preceito visar apenas os factos articulados, pois que esses já eram objeto do questionário primitivo⁵¹, mas ao invés reportar-se a todo e qualquer facto, nomeadamente àqueles que fossem introduzidos no processo pelo juiz⁵². A outra corrente entendia que estes novos quesitos recaíam sobre factos já alegados, adquiridos pelo processo, que por qualquer razão, opção ou mesmo falha não tinham sido objeto de quesitação, mas teriam igualmente de preencher os requisitos impostos pelo artigo 515.^o, que tivemos oportunidade de explicitar⁵³, quer isto significar que o tribunal podia formular quesitos

⁵⁰ Note-se que no âmbito do Código de 1876 previa-se a possibilidade da inquirição de oito testemunhas por cada facto. A alteração para apenas cinco testemunhas foi operada pelo referido Decreto n.º 12:353, mantida pelo Código de 39. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. IV, *ob. cit.*, pp. 405 e 409.

⁵¹ Optamos por esta designação usada por ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil (dúvidas e questões)*, in RLJ, N.º 2664, Ano 72, 1940, p. 402 como contraponto daquele a que o mesmo ilustre professor, in *Código de Processo Civil anotado*, Vol. IV, *ob. cit.*, p. 558, apelida de questionário adicional ou complementar, como sendo o que resultaria da reformulação operada pela introdução de novos quesitos pelo presidente do coletivo.

⁵² *Ibid.*, pp. 545-548. ALBERTO DOS REIS diz-nos que esta posição tinha como partidário o Dr. Pessoa Vaz.

⁵³ Era esta a posição assumida por ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. IV, *ob. cit.*, p. 548, que via no artigo 664.^o do mesmo Código uma justificação para tal juízo. Ao dispor que o juiz só podia servir-se dos factos alegados pelas partes e proibindo a utilização de factos que as partes não levassem para o processo, consagrava o princípio dispositivo. Assim, o presidente podia formular novos quesitos “sobre factos que entrem no processo por ação das partes, quer a introdução tenha lugar nos articulados propriamente ditos,

novos, mas os factos neles inseridos não podiam ser novos. Esclarece ALBERTO DOS REIS que, qualquer que fosse a corrente seguida, ter-se-ia sempre de assegurar a não transposição de dois limites: o primeiro impunha que os quesitos novos não recaíssem sobre factos que alterassem a causa de pedir e o segundo traduzia-se no respeito do contraditório em relação à parte a quem o facto prejudicava⁵⁴.

Problematizava-se ainda acerca dos limites à formulação de novos quesitos. Contudo, a maioria da doutrina reconhecia dois limites: a causa de pedir e o contraditório. Assim, os quesitos novos só poderiam versar sobre factos que não alterassem a causa de pedir e que por isso fossem circunstâncias meramente instrumentais ou complementares dos factos essenciais em que se consubstanciava a causa de pedir. Bem como só podiam aceitar-se caso assegurassem à parte contrária à que alegara o facto a possibilidade de resposta⁵⁵.

Vimos pois que a especificação e o questionário sucedem ao despacho saneador na marcha processual desta fase de condensação. De ambas as peças era, seguidamente, fornecida cópia às partes pelo chefe de secção, para que pudessem apresentar as reclamações. Caso pretendessem reclamar teriam de fazê-lo no prazo de cinco dias e em duplicado, sendo um dos exemplares junto ao processo e outro logo entregue à parte contrária, que poderia em dois dias dizer o que lhe aprouvesse. No caso do questionário, este poderia ser impugnado com fundamento nas causas previstas no § 2 do artigo 515º. Eram elas: a deficiência, no caso de serem omitidos factos articulados e controvertidos que deviam ter sido quesitados porque indispensáveis; o excesso, quando eram incluídos na peça factos que não foram alegados pelas partes ou que, sendo-o, não havia controvérsia quanto a eles, ou ainda no caso de constituírem matéria irrelevante; podia também ter sido formulado quesito que continha mais do que um facto e, por isso, suscetível de reclamação pela sua complexidade; a obscuridade resultante da circunstância do quesito, pela sua formulação, desencadear dúvidas quanto ao seu sentido e alcance por falta de clareza. Apresentadas as reclamações, caberia ao juiz decidir da sua procedência, caso em que alteraria os quesitos ou não se optasse por lhes desatender. Na circunstância de alguma das partes continuar desagradada com alguma

quer em requerimentos e atos posteriores consentidos pelo mecanismo processual". Revelando-se também adepto desta corrente, JOSÉ OSÓRIO, *Julgamento de facto*, *ob. cit.*, p. 206.

⁵⁴ *Código de Processo Civil anotado*, Vol. IV, *ob. cit.*, p. 549, dando conta deste regime, mas parecendo-nos ser defensor de uma solução mais flexível, SALAZAR CASANOVA, *Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, N.ºs. 229/234, 1991, p.117.

⁵⁵ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. IV, *ob. cit.*, p. 549.

daquelas peças processuais e tendo deduzido reclamação, poderia ainda do despacho que dela decidisse recorrer para a Relação⁵⁶.

Estas duas listas – a especificação e o questionário, entenda-se – destinavam-se no imediato às partes que sobre elas eram notificadas para nessa sequência carream para os autos a prova destinada a demonstrar a realidade dos factos e tendo como destinatário mediato o tribunal coletivo que cuidaria de responder aos quesitos atendendo àquelas provas, eram percebidas como decorrências e exigências do princípio da economia processual, isto porque, no que respeitava aos factos constantes da especificação, não seria necessária a produção de prova, somente em relação aos factos quesitados haviam de realizar-se diligências probatórias⁵⁷.

A tendência natural dos advogados, em geral, para incluir nos articulados diversos factos, alguns deles irrelevantes face a qualquer das soluções plausíveis da causa, outros de duvidosa importância e, à mistura, os de interesse realmente fundamental não constitui qualquer novidade. Daí que questionário, pela complexidade que a sua elaboração envolvia, configurasse um atroz apelo à argúcia e engenho do julgador, mas também à sua capacidade de síntese, impondo-lhe, num primeiro momento, uma tarefa de depuração entre a matéria de direito e a matéria de facto para numa segunda, e ainda mais exigente ocasião, determinar a seleção daqueles que, de entre a panóplia de factos, se afigurassem realmente úteis à boa decisão da causa, sem, no entanto, ficar amarrado às versões das partes.

Chegados aqui, somos levados a reconhecer que o questionário, enquanto peça processual de salutar importância, para além de constituir uma síntese factual impunha aos juízes um estudo do processo no sentido de equacionar diferentes problemas e soluções enquanto, simultaneamente, circunscrevia a investigação⁵⁸.

Mas, por outro lado, eram vários os inconvenientes que poder-lhe-iam ser apontar. Desde logo, porque o julgamento da matéria de facto era conduzido pelo questionário através de “meras respostas sucessivas aos diferentes quesitos”⁵⁹, convertendo-se numa mera

⁵⁶ Sobre este ponto, veja-se, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, pp. 224-232.

⁵⁷ Neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *O novo Código de processo civil*, N.º 2651, *ob. cit.*, pp.194 e 195, apelando às virtudes do Código de 1939 como mote de uma justiça simples, pronta e económica mas ao mesmo tempo leal, real e correta.

⁵⁸ Reconhecendo as vantagens do questionário no processo, mas simultaneamente tecendo cautelas, veja-se ANTÓNIO ESTELITA MENDONÇA, *Os juízes, o processo e o questionário*, in *Scientia Iuridica*, Ano 21, 1972, p. 449.

⁵⁹ Criticando neste ponto o questionário, ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 651.

análise, ao invés de uma narração factual. Também a própria redação da peça era alvo de críticas devido à “minuciosa, rígida e formalística formulação de quesitos, reproduzindo cada uma das afirmações de facto atomisticamente feitas pelas partes nos articulados que apresentaram”⁶⁰, pois estas naturalmente poderiam ter interesse em omitir certo facto ou poderiam ter usado de conceitos vagos, falhas que iriam contaminar o questionário. A própria inquirição de testemunhas, ao realizar-se assumindo o questionário a veste de guião, perderia a espontaneidade expectável e desejável e impossibilitaria a testemunha de contar a sua versão da história⁶¹.

Parece-nos ser facilmente de concluir que foi a prática forense que acabou por, ao invés de aproveitar as potencialidades e funções que lhe reconhecemos, conduzir o questionário a um verdadeiro *espartilho*⁶² para as partes e para o próprio juiz.

3. O Código de 1961 e a Comissão Varela

Naturalmente, o Código de 39 foi sendo alvo de críticas decorrentes quer da resistência ao progresso das instituições, quer das imperfeições existentes postas em evidência pela aplicação prática do diploma. Assim, se manifestava a necessidade de introduzir-lhe algumas alterações, tendo sido, inicialmente, o próprio Alberto dos Reis incumbido de preparar a reforma do texto legal e, por proposta sua, fora aberto um inquérito público em todo o país. Todavia, decorria o ano de 1955 quando, infelizmente, o ilustre professor partiu, sem que concluísse a reforma. Foi então nomeada pelo Ministro da Justiça da altura (o Professor Antunes Varela) uma Comissão constituída essencialmente por magistrados que seguiram as informações recolhidas pelo inquérito, sem que, no entanto, nenhuma solução viável tivesse sido apresentada. Inicialmente a Comissão, seguindo as

⁶⁰ Na mesma senda crítica, LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2004, pp. 444 e 445 reconhecia que o questionário assim formulado acabaria por constituir um elenco desgarrado de factos.

⁶¹ A limitação da inquirição das testemunhas por referência estrita aos quesitos conduzia a que fossem deixadas de fora questões que poderiam ajudar na formação da convicção do julgador e em relação às quais as partes poderiam ter conhecimento. Neste sentido, ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. II, 4.^a Ed., Almedina, 2004, p. 213, acusando o questionário de funcionar como um autêntico colete-de-forças.

⁶² Socorremo-nos aqui da expressão usada por ANTÓNIO ESTELITA MENDONÇA, *Os juízes, o processo e o questionário*, *ob. cit.*, p. 449.

diretrizes da lei preambular do Código de 1939, optara pelo método da introdução das alterações nos lugares próprios do Código mediante a substituição dos artigos modificados, a supressão dos que tivessem sido ultrapassados e o aditamento do que fosse necessário. Contudo, cedo se percebeu que não poderia continuar a seguir-se esse modelo face ao volume crescente de alterações necessárias⁶³.

É neste quadro que surge o CPC de 1961, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44.129 de 28 de Dezembro⁶⁴ e com entrada em vigor a 24 de Abril do ano seguinte. Na verdade, o diploma, mantendo os princípios fundamentais abraçados pelo Código de 39, não introduziu alterações de vulto no processo civil português, limitando-se maioritariamente a proceder a uma renumeração, pelo que alguns autores são da opinião de que o diploma não era merecedor de autonomia, outros pelo contrário, acreditam tratar-se de um novo Código⁶⁵.

No que toca à matéria objeto de análise no presente excursus podemos com alguma segurança afirmar que este diploma não introduziu grandes alterações. Debruçando-nos, por ora, sobre o Capítulo II do Título II do Livro III “Da audiência preparatória e despacho saneador”⁶⁶ cumpre-nos constatar que a audiência preparatória manteve as suas vestes mas acabou por reconduzir-se na prática, as mais das vezes, à tentativa de conciliação das partes, só sendo indispensável nos casos em que se conhecesse no saneador do pedido ou de alguma exceção perentória. Já o artigo 511.º do Código de 1961 deixava claro que a especificação e o questionário passavam a fazer parte do despacho saneador. Teríamos então três peças processuais autónomas que passariam a integrar o mesmo despacho formal, permitindo ao juiz um balanço mais completo de todo o material fáctico levado à causa, procurando deste modo “garantir uma perfeita harmonia entre o saneador e o questionário, através da análise conjunta ou simultânea das questões de direito e das questões de facto que interessam a um e a outro”⁶⁷. O mesmo artigo, no seu n.º 2, prevendo e mantendo a possibilidade de

⁶³ Veja-se a este propósito MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil, ob. cit.*, pp. 22-23, também CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil, Vol. I, ob. cit.*, p. 163.

⁶⁴ Preâmbulo do diploma disponível online na página da internet <<http://www.dgpj.mj.pt>>.

⁶⁵ Considerando que se trata na verdade de um novo Código, veja-se MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil, ob. cit.*, p. 23 e ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil, ob. cit.*, pp. 34-38. Diversamente, acreditando não ser mais do que uma nova redação do diploma de 1939, CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil, Vol. I, ob. cit.*, p. 163.

⁶⁶ O Código de 1961 mantinha assim a rubrica que era dada ao mesmo capítulo pelo diploma precedente. Já ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado, Vol. III, ob. cit.*, p. 164, nos dava conta do seu desagrado face a esta designação legal manifestamente incompleta para retratar esta fase processual, uma vez que, escrevia o Professor, “além da audiência preparatória e do despacho saneador, o capítulo ocupa-se da especificação e do questionário e da fixação dos meios de prova”.

⁶⁷ Cfr. ponto 9 do preâmbulo do diploma que aprovou o Código de 61. Desta mesma alteração nos dá também conta ANTUNES VARELA, *A reforma do Processo Civil: principais inovações na estrutura do processo*

apresentar reclamações, tinha a virtude de dissipar uma dúvida existente ao abrigo da legislação precedente, admitindo de forma expressa que quer a reclamação do questionário, quer a da especificação poderiam ter como fundamento a deficiência, o excesso, a complexidade e a obscuridade⁶⁸.

Quanto ao conteúdo, a especificação preservava a sua veste de elenco dos factos articulados pelas partes que deveriam ser já considerados como provados e, por isso, já não seriam alvo de qualquer diligência probatória em sede de instrução, por serem tidos como certos, nem objeto de julgamento por parte do tribunal coletivo. A doutrina sustentava a sua exposição com subordinação a números ou alíneas e de forma discriminada, classificando-os consoante tivessem sido alvo de confissão, ou admissão por acordo das partes ou provados por documento. Enquanto o questionário se mantinha como repositório dos pontos de facto articulados que necessitavam de ser provados, porque controvertidos ou por não se admitir quanto a eles confissão ou acordo e se afigurassem pertinentes e indispensáveis à resolução da causa, que tivessem sido impugnados especificadamente ou que, mesmo não impugnados, estivessem em manifesta oposição com a defesa globalmente considerada. Cautela importante a ter era na exclusão dos factos inúteis que só serviriam para embaraçar o processo, função essa que era comum a ambas as figuras. A principal diferença residia agora, na circunstância de passarem a estar formalmente reunidas no mesmo diploma, com o despacho saneador, como demos conta.

O Código de 1961 continuava a reconhecer a importância de, finda a fase dos articulados, fazer o ponto da situação relativamente aos aspetos fácticos da lide, reconhecendo igualmente que alguma da matéria de facto trazida a juízo poderia não deter qualquer interesse para a solução do pleito. Não obstante, na dúvida sobre a relevância de determinado facto, seria preferível seleccioná-lo (para a especificação ou para o questionário,

declaratório ordinário, in RLJ, Ano 131, N.º 3892, pp.194-195, nota 102, designando o despacho de despacho saneador em sentido lato, que deste modo incluiria o despacho saneador propriamente dito, proferido nos termos do artigo 510.º, e ainda a especificação e o questionário, previstos no artigo seguinte. A concentração num só despacho tinha a virtude de, nas palavras do autor, “garantir a unidade lógica desse instrumento básico de ligação entre a fase inicial dos articulados e o período crucial da instrução do processo”.

⁶⁸ O § 2 do artigo 515.º do Código de 1939 parecia admitir as reclamações com os fundamentos indicados apenas em relação ao questionário. Porém, já ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, *ob. cit.*, p. 227 nos havia dado conta desta questão, esclarecendo que o entendimento jurisprudencial ia no sentido da sua aplicação analógica à especificação. Agora o novo diploma dissipava, de uma vez por todas, as dúvidas.

Ainda no que concerne às reclamações, do despacho que delas decidisse continuava a prever-se a possibilidade de recurso de agravo, contudo a novidade estava na previsão do artigo 736.º, n.º 1, alínea b) que permitia ao juiz fixar efeito meramente devolutivo ao agravo de reclamação completamente infundada.

conforme fosse um facto assente ou não), só deixando de parte aqueles factos que não interessassem em face de qualquer das soluções plausíveis da questão de direito. Pois na eventualidade do juiz se ter norteado por determinada solução na seleção fática, poderia ter-se de voltar atrás, repetindo atos de instrução, discussão e julgamento, na circunstância de entretanto prevalecer diferente solução para a questão de direito⁶⁹.

Mas cedo este diploma começou a sofrer alterações⁷⁰. Logo no ano de 1983, a Lei n.º 3/83 de 26 de Fevereiro modificou vários artigos, entre os quais os 510.º e 511.º, sendo que o primeiro deles, no seu número 1, passou a prever que “realizada a audiência ou logo que findem os articulados, se a ela não houver lugar, a secretaria [...] notificará as partes para [...] indicarem, no prazo de 14 dias, de entre os factos articulados que interessam à decisão da causa, com subordinação a letras, os que julgarem assentes por virtude de confissão, acordo das partes ou prova documental e, com subordinação a números, os factos constantes dos seus articulados que pretendam provar”⁷¹. Podendo as partes fazer esta indicação por mera remissão para os artigos dos respetivos articulados, pretendia-se deste modo incitar as partes, através dos seus advogados, a colaborar na elaboração da especificação e do questionário, no entanto, o juiz permanecia, à cautela, obrigado a organizar tais peças⁷².

No ano seguinte, foi empossada pelo então Ministro da Justiça Dr. Rui Machete, uma comissão de juristas para preparar um projeto de reforma completa do processo civil português. Porém, esse grupo de trabalho que ficou conhecido como Comissão Varela (por referência ao seu presidente, o célebre Professor Antunes Varela), cedo se apercebeu da necessidade iminente de introduzir com urgência um conjunto de soluções que, ao mesmo tempo que estariam a ser testadas, impedissem a rotura do caótico e exausto aparelho judiciário, até à conclusão dos trabalhos. Nesta linha, surgiu o Decreto-Lei n.º 242/85, de 9

⁶⁹ Desta advertência nos dá conta MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 187 mas também, mais recentemente, PAULO PIMENTA, *A Fase do Saneamento do Processo...*, *ob. cit.*, p. 97.

⁷⁰ Antes ainda, logo em 1967, através do Decreto-Lei n.º 47.690 de 11 de Maio, o Código foi alterado para adaptação da lei processual ao novo Código Civil que entrava em vigor a 1 de julho desse ano, tal como em 1977, pelo Decreto-Lei n.º 368/77, de 3 de Setembro, por força da nova ordem constitucional. Porém, nenhum destes diplomas introduziu alterações dignas de referência no âmbito da fase intermédia do processo.

⁷¹ O diploma foi publicado em Diário da República e encontra-se ainda hoje disponível *online* em <<https://dre.pt/application/file/a/311361>>.

⁷² JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O Saneamento e a condensação...*, *ob. cit.*, p. 300, acredita que o próprio legislador foi o primeiro a duvidar do sucesso desta alteração e, por isso, resolveu igualmente manter o questionário e a especificação a elaborar pelo juiz. Assim, com esta inovação do artigo 510.º acabou por se introduzir um procedimento novo, mas sem qualquer efeito prático, traduzindo-se apenas em mais um atraso no andamento do processo.

de Julho que, procedendo à chamada Reforma Intercalar, tinha como principais e imediatas metas proceder à simplificação do processo civil e combater a morosidade dos processos, de forma a ultrapassar-se uma das mais graves crises das instituições judiciárias do século. No que diz respeito ao objeto do presente trabalho, o diploma introduziu alterações na organização da matéria de facto, para além de ter deixado de ser obrigatória a convocação da audiência preparatória nos casos em que o juiz se considerasse capaz de conhecer do pedido no despacho saneador e de se ter proibido a interposição de recurso de despacho saneador que relegasse para a sentença a apreciação de exceções ou do pedido. Reportando-nos por ora apenas à organização da matéria de facto no seio do diploma intercalar, diremos que os artigos 510.º e 511.º foram alterados para passarem a compatibilizar-se com a introdução de um verdadeiro “dever de cooperação entre advogados e juiz na fixação da matéria de facto que interessa ao exame e decisão da causa”⁷³. Para tal previu-se que, no fim de cada articulado, as partes deviam sintetizar os factos provados pelos elementos juntos com esse mesmo articulado, bem como os que se propunham provar em sede de instrução, foi também admitido que o questionário e a especificação fossem elaborados por remissão para os artigos dos articulados das partes, e deixou ainda de ser obrigatória a elaboração daquelas duas peças nas ações não contestadas. No que respeita aos fundamentos das reclamações daquelas duas peças houve também a necessidade de se proceder a um reajustamento, como consequência do menor grau de exigência na sua elaboração, passando a admitir-se a reclamação baseada na omissão, no excesso, na obscuridade ou ainda com fundamento na contradição entre as duas peças. Do despacho que decidisse das reclamações deixou de ser admissível o recurso imediato e autónomo, eliminando-se uma possibilidade que muito contribuía para o retardamento do andamento do processo, mantendo-se ainda a possibilidade de impugnação no recurso que viesse a ser interposto da decisão final, pela parte que se sentisse lesada⁷⁴.

⁷³ Ponto 2 do preâmbulo do referido Decreto-lei n.º 242/85. Veja-se a este propósito CAMILO MOREIRA CAMILO, *Dos articulados. Da audiência preliminar*, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIX, N.ºs 286/288, 2000, pp. 293 e 294. Também ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo Civil Português*, *ob. cit.*, N.º 3872, p. 323, nos dá conta das circunstâncias excecionais que inicialmente envolveram os trabalhos da Comissão e impuseram um conjunto de inovações que “assegurassem o mais rápido retorno à normalidade de funcionamento dos órgãos judiciários”, pelo que o diploma procedeu somente à alteração de sessenta e cinco artigos, ao aditamento de cinco novos e à revogação de outros cinco.

⁷⁴ Para um estudo mais aprofundado deste ponto, veja-se ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, *ob. cit.*, pp. 422-426.

Após a publicação deste diploma de 1985, nascido para oferecer uma solução imediata à crise que afligia sobretudo os tribunais de primeira instância, a Comissão, agora livre de pressões, retomou os seus trabalhos dando-se conta de um avultado número de alterações que se mostravam indispensáveis. É nesta senda que nasce o Anteprojeto de 1988, apresentando-se como um novo corpo orgânico de leis com uma nova sistematização das matérias, assumindo-se no entanto, como conservador, sem que configurasse uma ruptura com o regime estabelecido, mantendo o esquema tradicional do despacho saneador, do questionário e da especificação⁷⁵, apesar da discussão que envolvia a questão. O diploma foi então sujeito a discussão pública e as críticas avolumaram-se. Embora no seio da dita Comissão nunca sequer se tenha levantado a questão da abolição/manutenção do questionário e da especificação, a verdade é que a opção pela manutenção foi alvo de condenação por diversos setores da vida forense, a ponto de ter começado a “esmorecer o entusiasmo de alguns dos membros da Comissão na ideia de manutenção do sistema, com os simples aperfeiçoamentos que o chamado diploma intercalar lhe introduzira”⁷⁶.

Os trabalhos de revisão prosseguiram mas agora por um grupo de trabalho mais restrito dentro da própria Comissão, cada vez mais ciente de que um novo diploma teria necessariamente de romper com o sistema vigente. Aqui, foi proposta a manutenção do questionário, com o objetivo de disciplinar a instrução da causa e evitar que a audiência final caísse no “caos da improvisação”, e a eliminação da especificação. Esta nova proposta haveria agora, de ser levada ao escrutínio da Comissão na sua plenitude antes da apresentação do projeto definitivo ao Ministro da Justiça, porém desenganem-se aqueles que pensavam que a tempestade estava ultrapassada. A velha questão voltou a estar na ordem do dia dos trabalhos da Comissão tendo até sido proposto um regime de questionário facultativo, no intuito de “agradar a gregos e a troianos”, todavia, logo se abandonou tal proposta na certeza de que a breve trecho conduziria à supressão da figura. Em face das posições antagónicas fora finalmente encontrada a almejada solução de compromisso: era abolida a especificação do corpo do despacho saneador, ao passo que a elaboração do questionário era confiada ao presidente do tribunal coletivo na abertura da audiência final, indicando de forma sucinta os factos essenciais a averiguar, podendo fazê-lo ou não sob a

⁷⁵ Dando-nos conta disso mesmo LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 428 e *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso*, in *Julgare*, N.º 16, 2012, pp. 119 e 120.

⁷⁶ Cfr. ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo Civil*, *ob. cit.*, N.º 3803, p. 35.

forma de quesitos⁷⁷. Estava então, dado como concluído o Projeto de 1990, só publicado em 1993, assumindo-se como um diploma radical que representava uma rutura com o sistema legal de 1961, já importado do Código de 1939, e aligeirava significativamente a fase de saneamento e condensação do processo, porque projetava que findos os articulados, o processo seria logo concluso ao juiz que proferiria despacho saneador notificado às partes que, por sua vez passariam a indicar os meios de prova que se lhes afigurassem convenientes.

No entanto, o diploma acabaria por ser *congelado* pelo então Ministro da Justiça, Dr. Laborinho Lúcio, que por despacho nomeou, em 1992, uma nova comissão de magistrados e advogados encarregada de elaborar as premissas gerais a seguir na elaboração de uma nova codificação. Ora, ainda no final desse ano se tornavam públicas as Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil, prevendo um processo declarativo composto por três fases processuais: a fase dos articulados, a da audiência preliminar e a da audiência de julgamento. Segundo este diploma, a audiência preliminar, bebendo muito do instituto paralelo previsto no Anteprojeto do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina, apresentava-se concebida como uma fase processual autónoma, como o momento apto a promover a tentativa de conciliação, exigindo-se para tal a comparência de ambas as partes. Na eventualidade das negociações não lograrem o resultado pretendido, deveria ser proferido despacho de aperfeiçoamento, pelo qual o juiz convidaria as partes a corrigir ou completar os articulados, deveria também conhecer de qualquer exceção ou mesmo do pedido se tal fosse possível, proferindo decisão de mérito. Caso contrário proceder-se-ia à preparação da fase seguinte, através da determinação dos factos provados e a provar, bem como a indicação das provas a produzir e a fixação de prazos para a sua realização e calendarizando a realização da audiência final, optando preferencialmente por data acordada entre os envolvidos⁷⁸.

⁷⁷ Para uma melhor compreensão de todo este processo veja-se ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo Civil*, ob. cit., N.º 3803, pp. 33-35 e N.º 3804, pp. 74-77. O douto Professor dava-nos conta de que esta nova peça não tinha a pretensão de se assumir como um “pré-julgamento de toda a matéria de facto”, mas tão-somente ser um “guião de caráter informativo para a audiência final, com destaque dos factos essenciais”. Admite ainda que tal solução faria transitar a seleção fática do termo dos articulados para o início da audiência final, pelo que mais cedo se concluiria a fase intermédia do processo. Esta proposta, prontamente apelidada de “questionário de bolso” foi igualmente objeto de duras críticas por alguns setores dos profissionais do foro que entendiam que o confronto das partes com a matéria a provar era, segundo esta opção, realizado num momento muito tardio do processo. Cfr. LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., pp. 428 e 429.

⁷⁸ Para mais desenvolvimentos sobre este diploma e o seu paralelismo com o diploma da América Latina, veja-se CARLOS FERREIRA DA SILVA, *A Audiência Preliminar em Processo Civil*, in *Scientia Iuridica*, N.ºs 238/240, 1992, pp. 289-300.

Uma vez abandonado o projeto entregue pela Comissão anteriormente nomeada, por força de um novo despacho da Secretaria de Estado, de 5 de Novembro de 1992, em 1994 inicia-se de raiz uma nova revisão da legislação processual tendente a incluir no Código de Processo Civil as ideias principais lançadas pelas Linhas Orientadoras (nomeadamente a nova audiência preliminar), levadas a debate público e merecedoras de acolhimento por diversos operadores judiciários. Porém, a verdade é que a inserção destas ideias na lei ficou muito aquém do desejado, como procuraremos dar conta de seguida.

4. A Reforma de 1995/1996 e a base instrutória

4.1. A opção pela reforma: algumas novidades

Posta de lado a ideia da elaboração de um novo código, a solução passaria, naturalmente, pela introdução das alterações na codificação vigente. Relativamente à Reforma de 1995/1996, diremos apenas que sendo aquela que consideramos a mais significativa das operadas no texto de 1961, foi levada a cabo primeiramente pelo Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro e posteriormente pelos Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro e Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, entrando estes em vigor a 1 de Janeiro de 1997⁷⁹.

O primeiro destes diplomas pretendia “prever e regulamentar a possibilidade de documentação ou registo das audiências finais e da prova nelas produzida, pondo termo ao peso excessivo que a lei processual vigente confere ao princípio da oralidade e concretizando uma aspiração de sucessivas gerações de magistrados e advogados”⁸⁰. Assim, as partes poderiam requerer ou o tribunal oficiosamente determinar o registo das audiências e da

⁷⁹ Note-se que a doutrina maioritária entende que apenas aqueles dois últimos diplomas levaram verdadeiramente a cabo a Reforma processual de 1995/1996, com exclusão do primeiro que referimos. Tão verdade é que a reforma operada por estes diplomas foi a mais significativa que o Código de 1961 conheceu que o próprio professor ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo civil, ob. cit.*, N.º 3870, pp. 258-259, reconhece que a expressão “reforma do processo civil” era largamente usada nos meios de informação para se reportar a estes dois últimos diplomas, pondo de lado diplomas importantes como o da Reforma Intercalar de 1985.

⁸⁰ O preâmbulo do diploma, disponível *online* em <<http://www.dgpj.mj.pt>>, expôs a posição do legislador no sentido de que a colegialidade em primeira instância, nos casos de gravação da prova produzida, representaria uma “desproporcionada duplicação de garantias”. Discordando de tal opção ANTUNES VARELA, *A Reforma do processo civil, ob. cit.*, N.º 3871, pp. 294-295, dava-nos conta daquela que no seu entender era a verdadeira razão que estava por detrás da opção pelo juiz monocrático: a dificuldade intransponível de alargamento do quadro dos juízes.

prova, o que possibilitaria um efetivo segundo grau de jurisdição na apreciação da matéria de facto. Daí que o diploma previsse que nos casos em que a prova fosse gravada, não se justificaria a intervenção do tribunal coletivo em primeira instância, já que em sede de recurso a matéria impugnada seria reapreciada por três juízes-desembargadores.

Todavia, foi o legislador cauteloso na implementação do regime de registo das provas e da audiência e, ao mesmo tempo, consciente das dificuldades práticas da execução de tal inovação, pelo que previu a sua adoção de forma faseada no tempo e no espaço, para que os operadores judiciais pudessem adaptar-se⁸¹.

Os outros dois diplomas operaram alterações dignas de relevo, ao ponto de alguns autores duvidarem se verdadeiramente se tratava ou não de um novo Código⁸². Porém, é o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95 que dissipa todas as dúvidas, reconhecendo que “optou-se na elaboração desta revisão do Código de Processo Civil por proceder a uma reformulação que, embora substancial e profunda de diversos institutos, não culmina na elaboração de um código totalmente novo”, atendendo aos limites temporais estabelecidos para a conclusão dos trabalhos mas sobretudo porque “não se procurou, através dela, uma reformulação dogmática ou conceptual das bases jurídico-processuais do código, mas essencialmente dar resposta [...] a questões e problemas colocados diariamente” e assim se facilitaria a apreensão das novas soluções pelos operadores judiciais. Já o diploma do ano seguinte, o Decreto-Lei n.º 180/96, não tendo qualquer pretensão de se assumir como uma contra-reforma, mas tão-somente de proceder a “pontuais aperfeiçoamentos de certos regimes e formulações”, optou por introduzir correções no texto do aludido diploma do ano transato.

Embora não se tratasse de uma nova codificação, as alterações sentiram-se a vários níveis, norteadas pela tentativa de aligeirar a carga burocrática que o elevadíssimo número de processos pendentes carregavam e pelo desígnio da prevalência do mérito sobre os aspetos formais. Assim, procurou-se conferir ao juiz um papel mais ativo com o reforço dos

⁸¹ Cfr. *Ibid.*, p. 294. Assim, o diploma, atento o disposto no seu artigo 12.º, iria primeiramente ser aplicado aos processos cíveis iniciados após a sua entrada em vigor (a 14 de Abril de 1995) em tribunais de ingresso, onde as repercussões da gravação das audiências seriam presumivelmente menores, devido ao reduzido volume do serviço. Para, a partir de 1 Janeiro de 1996, se ir aplicando nos restantes tribunais do país.

⁸² Na verdade, o Decreto-Lei n.º 329-A/95, disponível *online* em <<http://www.dgpj.mj.pt>>, sendo a peça central da reforma, procedeu à alteração de centenas de artigos, ao aditamento de quarenta novos artigos e à revogação de uns tantos. Já o diploma do ano seguinte, igualmente disponível *online* em <<http://www.dgpj.mj.pt>>, introduziu ainda oito novos artigos. Cfr. ANTUNES VARELA, *A Reforma do processo civil, ob. cit.*, N.º 3870, pp. 258 e 259, notas 2 e 3.

seus poderes de direção, nomeadamente pela afirmação do inquisitório, mas também a nível do dispositivo foram alargados os poderes de cognição do julgador.

A fase intermédia do processo, de saneamento e condensação⁸³, foi igualmente objeto de profundas alterações, pautadas por uma ideia de cooperação como manifestação do dever geral de coadjuvação de todos os intervenientes (desde logo as partes, mas também o próprio tribunal e até mesmo terceiros) no processo para a descoberta da verdade material, impondo às partes o dever de se mostrarem disponíveis para prestar quaisquer informações ou esclarecimentos que lhes sejam solicitados, bem como comparecer quando convocadas. Também os mandatários forenses devem, tendo sempre no horizonte os interesses dos seus constituintes, adotar um espírito de diálogo, quer com o colega, quer com o próprio magistrado, este, por sua vez, deve empenhar-se em ultrapassar os obstáculos que impeçam a justa composição do litígio.

Esta fase processual encontrava-se regulada nos artigos 508.º a 512.º-A do Código saído da Reforma de 1995/1996, assumindo uma nova configuração. Perspetivada como antecâmara da audiência final, poderia ter como desfecho a conclusão do processo, nos casos de absolvição do réu da instância ou do pedido ou mesmo por conciliação das partes; no caso oposto, devendo este prosseguir, seriam fixados os termos essenciais da causa, delimitadas as questões de facto relevantes e analisada a regularidade do processo.

Em regra, seria por via do despacho pré-saneador, agora previsto no artigo 508.º, que o juiz tomaria pela primeira vez o pulso do processo, com o intuito de evitar que as questões suscitadas nos articulados pelas partes fossem todas elas “arrastadas” para o decurso da audiência preliminar e assim esta pudesse cumprir cabalmente a função para a qual fora pensada, procurando proceder-se antes da sua realização à remoção de eventuais obstáculos processuais, por via do suprimento de exceções dilatórias⁸⁴, providenciado

⁸³ A todo este capítulo do Código era pela nova lei conferida a designação genérica: “Da audiência preliminar”. Daí que eram vários os autores desagradados com a opção por esta denominação por se afigurar manifestamente insuficiente sob o ponto de vista estrutural, já que se referia somente a uma diligência judicial, e após o término dos articulados poderiam ser adotados vários atos antes ou mesmo fora daquela diligência. Além de que, como veremos, nem sempre haveria lugar à sua realização. Neste sentido, veja-se REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 521 e 522, mas também ANTUNES VARELA, *A Frustrada Reforma do Processo Civil*, in RLJ, N.º 3890, Ano 131, 1998, p. 134, usando mesmo o adjetivo “chocante” para qualificar esta situação.

⁸⁴ Dando-nos conta do seu degrado, pela “dose excessiva de irrealismo” que se traduzia nesta solução do despacho pré-saneador, apresentada no artigo 508.º, porquanto seria em regra este o primeiro momento em que o juiz contactaria com a “pequena montanha dos autos” e pugnaria pela supressão de exceções dilatórias e formularia às partes convite para o aperfeiçoamento dos articulados, neste despacho pré-saneador que é irrecorrível, ANTUNES VARELA, *A Frustrada Reforma do Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 133.

oficiosamente pelo juiz ou por convite às partes nos casos em que fosse necessária a intervenção e manifestação de vontade destas e/ou verificar a existência de irregularidades ou deficiências⁸⁵, convidando as partes a corrigirem ou aperfeiçoarem os seus articulados quando a deficiência respeite à apresentação da matéria de facto⁸⁶.

Seguir-se-ia a audiência preliminar⁸⁷, a marcar pelo tribunal para os 30 dias subsequentes ao termo dos articulados e poderia abarcar, segundo a previsão legal, um vasto leque de finalidades, umas essenciais, outras meramente complementares, mas que sempre haveriam de constar expressamente do despacho que a convocasse. Poderia então, contemplar a realização da tentativa de conciliação das partes que para tal deveriam comparecer presencialmente, cuja oportunidade seria ponderada pelo juiz, também a discussão sobre exceções dilatórias suscitadas pelas partes ou conhecidas oficiosamente pelo juiz, a discussão de facto e de direito nos casos em que o juiz considerasse estar em condições para conhecer do pedido, procurando evitar, com a discussão, qualquer precipitação da sua parte, uma vez que daquele debate sempre poderia emergir um elemento a ter em conta na decisão de mérito. Poderia ainda, realizar-se a audiência preliminar com o intuito de, com

⁸⁵ Um articulado será irregular quando não observe os requisitos legalmente prescritos ou não se faça acompanhar de documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa, diferentemente, o articulado será deficiente quando contenha insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto. Para um desenvolvimento mais aprofundado sobre a distinção, dotada de exemplos, veja-se TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª Ed., LEX, Lisboa, 1997, pp. 303-304. No caso de o despacho se reportar apenas a este convite à melhoria dos articulados nunca era suscetível de recurso, nos termos do n.º 6 do artigo 508.º.

⁸⁶ Naturalmente que existindo uma exceção dilatória insuprível não haverá lugar ao despacho pré-saneador, limitando-se o juiz a convocar a audiência preliminar para que as partes possam discutir a questão, porém, no caso de tal exceção já ter sido suscitada e discutida nos articulados não haverá lugar à audiência, limitando-se o juiz a proferir despacho saneador no qual absolve o réu da instância. Cfr. LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 429.

⁸⁷ Vimos que a versão anterior do Código previa uma audiência preparatória e um despacho saneador em sentido amplo, incluindo o despacho saneador propriamente dito, a especificação e o questionário a proferir pelo juiz sob forma escrita, sem que tivesse qualquer contacto prévio com o caso quando aquela audiência não se realizasse. Assim, ao abrigo da legislação anterior à reforma, só havia lugar à audiência preparatória quando o juiz equacionasse proferir decisão de mérito no saneador ou considerasse pertinente a discussão de uma exceção. Daí que fossem elevadas as expectativas depositadas no novo figurino da audiência preliminar, de inspiração latino-americana, porém, a prática mostrou que eram vários os casos em que não havia lugar à sua realização (como nos casos de dispensa previstos no artigo 508.º-B e por vezes o juiz optava simplesmente pela sua não convocação, dado o seu carácter facultativo). No entanto, a sua realização era obrigatória em três situações: quando o juiz houvesse que apreciar exceções dilatórias ainda não discutidas entre as partes, no caso do mérito da causa poder ser já decidido e tal perspectiva jurídica não tivesse sido considerada pelas partes (para assim evitar uma decisão-surpresa) e, por último, para proceder à seleção da matéria de facto quando a ação, uma vez contestada, revista particular complexidade. Saliente-se que uma vez convocada, a falta de alguma das partes ou dos seus mandatários não constituía motivo para o seu adiamento. Para um estudo mais aprofundado sobre a audiência preliminar saída da Reforma de 95/96, veja-se REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa...*, ob. cit., pp. 531-540 e MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O Novo Processo Civil*, 12.ª Ed., Porto, Almedina, 2010, pp. 216-234.

uma participação real e efetiva do juiz, proceder-se à concretização do litígio, através da delimitação do seu objeto ou pela colmatação de insuficiências ou imperfeições que ainda pudessem subsistir nos articulados, não tendo sido supridas aquando do convite anteriormente feito, apesar de a ele as partes terem acedido, porém sem lograr sucesso⁸⁸. O artigo 508.º-A permitia também a possibilidade de o despacho saneador ser proferido na audiência preliminar e logo ditado para a ata, bem como a seleção da matéria de facto assente e a que deveria integrar a base instrutória⁸⁹. Complementarmente, nos casos em que a diligência fosse realizada, deveriam ser aí indicados pelas partes os meios de prova e decidir-se da admissibilidade das diligências probatórias requeridas, tal como proceder-se à calendarização da audiência de discussão e julgamento e, por fim, seria igualmente este o momento oportuno para que as partes, que assim desejassem, requeressem a gravação da audiência final ou a intervenção do coletivo.

Perspetivada para constituir um espaço privilegiado de debate entre o juiz e os advogados das partes, reconheciam-se finalmente as vantagens⁹⁰ de uma cultura de diálogo permitida pelo contacto direto dos intervenientes do processo que deveriam assumir uma postura cooperante e dialogante, mas também preparar-se para o que seria discutido, atento o conteúdo do despacho que convocava a audiência preliminar, pelo que as partes não deveriam ser surpreendidas com a atribuição intempestiva de fins diferentes à diligência. Não obstante o entusiasmo inicial, a prática foi revelando que muitos eram os casos em que não havia lugar à sua realização e mesmo quando era marcada, os intervenientes não se preparavam convenientemente, espelhando a sua passividade e indiferença, limitando-se, as mais das vezes, a escutar o juiz.

⁸⁸ Entendemos aqui que no caso de a parte ter demonstrado a sua intenção de aceder ao convite de aperfeiçoamento dos articulados levado a efeito no despacho saneador, sem que no entanto o tenha feito de modo completamente satisfatório na ótica do juiz, poderá ter aqui uma segunda oportunidade. Diferente seria o caso de não aceder ao convite, não sendo merecedora de uma segunda oportunidade. Parece ter entendimento mais radical, afastando uma segunda oportunidade de aperfeiçoamento, o ilustre professor TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil, ob. cit.*, p. 304.

⁸⁹ A principal novidade de entre as finalidades desta repensada audiência consistia na delimitação dos termos do litígio pela discussão das posições opostas das partes, percebendo-se os pontos relativamente aos quais permanecem em desacordo, analisando o enquadramento jurídico da situação e perspetivando diferentes soluções plausíveis para a questão de direito. É esta a conclusão do conselheiro LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil, ob. cit.*, pp. 435-436.

⁹⁰ A propósito das vantagens da audiência prévia, TEIXEIRA DE SOUSA, *A Audiência Preliminar – Uma mudança de paradigma no processo civil*, in *Estudos sobre temas de processo civil*, Coord. Rui Rangel, Lisboa, SFN Editores, 2001, p. 24, refere que “permite ao juiz conhecer melhor a ação e examinar criticamente a sua visão sobre ela, favorece a concentração das partes sobre aquilo que é essencial e, portanto, a celeridade processual, facilita a obtenção de uma conciliação entre as partes e aumenta a transparência do processo de formação da convicção do juiz e da sua decisão”.

Outro ciclo essencial desta fase intermédia do processo e que poderia ter lugar na aludida audiência continuava a ser o despacho saneador. Este seria proferido oralmente e logo ditado para a ata, no caso de haver audiência preliminar, ou por escrito, num dos vinte dias seguintes ao termo dos articulados, na circunstância de esta ter sido dispensada. Em qualquer caso, tomaria sempre como finalidade primária a apreciação dos aspetos jurídico-processuais, podendo também conhecer do próprio mérito da ação. Assim, neste despacho devia o tribunal conhecer das exceções dilatórias ou nulidades processuais que subsistissem e tivessem sido suscitadas pelas partes ou que devessem ser oficiosamente apreciadas (podendo aqui o tribunal conhecer da ineptidão da petição inicial, da falta de citação, do erro na forma do processo e da falta de vista ou exame ao Ministério Público como parte acessória), providenciando-se pelo afastamento das questões que ainda pudessem obstar ao conhecimento do mérito, se tal lhe fosse permitido⁹¹. Caso houvesse sido suscitada exceção dilatória insuprível ou suprível mas não sanada após convite do juiz, deveria no despacho ser essa situação relatada e o réu absolvido da instância, pondo deste modo termo à causa. Contrariamente, não havendo nenhuma exceção ou nulidade ou tendo estas sido sanadas, deveria tal circunstância ficar escrita, e devidamente fundamentada na circunstância de ter sido suscitada pelas partes e ter o juiz decidido pela não verificação. E se o juiz entendesse que se encontrariam reunidas as condições para decidir do pedido ou de algum dos pedidos cumulados ou mesmo da verificação de alguma exceção perentória, sem que fossem necessárias mais provas, poderia conhecer do mérito da causa, valendo o despacho saneador como sentença⁹².

4.2. A seleção da matéria assente e a base instrutória

Passaremos agora, procurando fazê-lo com outro nível de aprofundamento, à seleção da matéria de facto relevante, tarefa esta que poderia igualmente ser preparada e realizada na própria audiência preliminar, atento ao disposto na al. e) do n.º 1 do artigo 508.º-A. Em traços gerais, trata-se de “escolher” os factos que deveriam considerar-se assentes e

⁹¹ Atente-se que, nos termos do disposto no artigo 206.º, essas nulidades só seriam apreciadas pelo tribunal no despacho saneador se delas não tiver conhecimento em momento anterior.

⁹² E podendo dele interpor-se recurso. Todavia, cumpre esclarecer que no caso de ser proferida decisão que ponha termo à causa no despacho saneador, impõe-se previamente discussão entre as partes na presença do juiz que faça cumprir o contraditório e também evitar que haja decisões-surpresa. Disto nos dá conta, REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa...*, *ob. cit.*, p. 542.

aqueles que, contrariamente, seriam ainda controvertidos, carecidos de prova, nas ações contestadas pelo réu.

Mostra-se pertinente apurar qual o destino dado às duas peças – o questionário e a especificação – do anterior regime. Nesta sede, uma das primeiras ideias saídas da reforma era a abolição da especificação, contudo o diploma de 1996 voltou um pouco atrás e admitiu a seleção da matéria de facto assente, lista esta formulada em termos muito próximos da anterior especificação⁹³. Mantinha-se então, a condensação dos factos que neste momento se encontrassem já provados. Pode tratar-se de factos confessados, quando determinada realidade fora expressa ou tacitamente reconhecida por uma parte e isso favoreça a outra, nos casos em que a lei o permita, ou podem esses acontecimentos ser admitidos por acordo, quando invocados por uma parte e não impugnados pela outra, ou mesmo comprovados por documento dotado de força probatória de acordo com as regras do direito substantivo.

Assim, continuava a distinguir-se esta lista daquela que elenca a matéria controvertida, assumindo esta agora uma nova designação: base instrutória. Porém, a questão era colocada: tratava-se de uma mera alteração nominal ou, inversamente, eram nítidos os seus traços distintivos face ao velho questionário?

Na verdade, o legislador viu-se confrontado com a necessidade de optar entre uma de duas hipóteses: a manutenção da quesitação minuciosa, rígida e pormenorizada ou a enunciação de grandes temas probatórios. Vimos já, que a partir de certa altura começou a emergir uma certa aversão em relação à figura do velho questionário, sobretudo pela limitação que impunha aos atos probatórios e ao próprio julgamento de facto, fruto da sua redação e da preocupação de limitar as respostas aos quesitos à fórmula “provado/não provado”. Assim, eram frequentes os casos em que da simples leitura das respostas dadas aos quesitos não se conseguia enxergar o quadro fático a que respeitavam⁹⁴.

Contribuiu este estágio para que, contrariamente ao sentido que os trabalhos preparatórios aparentavam seguir, se estabelecesse um meio-termo entre a reprodução das

⁹³ Com igual entendimento, LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 444 e ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo Civil*, ob. cit., N.º 3892, p. 196, esclarece que as duas peças escritas – a especificação e o questionário, entenda-se – foram mantidas pela Reforma, embora a uma delas não se tenha dado nome próprio e a outra tenha sido escondida por uma “máscara nominal” de base instrutória, no entanto, preservavam as mesmas funções.

⁹⁴ ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo Civil*, ob. cit., N.º 3803, pp. 34-35.

afirmações de facto feitas pelas partes nos articulados, o mesmo é dizer, o velho questionário, e a mera indicação genérica e estereotipada inerente aos grandes temas probatórios⁹⁵.

Neste sentido, dispunha o artigo 511.º que o juiz deveria seleccionar “a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito”. Ora, aconselhava a letra da lei a seleccionar somente os factos “relevantes”, isto é, aqueles que permitiam individualizar a causa de pedir e ou a excepção. Quer isto dizer que um facto, apesar de alegado pelas partes, não seria seleccionado se não detivesse interesse para a decisão, atendendo a todos os possíveis enquadramentos jurídicos do objeto da ação, cabendo ao juiz, apurar casuisticamente quando é que determinado facto é ou não relevante. Mais, teria o juiz que realizar esta operação atendendo a todas as “soluções plausíveis da questão de direito”, uma vez que neste momento o tribunal não é ainda capaz, nem deve, antecipar qualquer solução jurídica, pelo que não deverão ser excluídos factos unicamente com base na ideia de que serão irrelevantes segundo determinado enquadramento.

Seguindo as linhas orientadoras da reforma, e em especial o cumprimento do dever de cooperação de todos os intervenientes processuais, esta seleção era agora precedida de um debate entre as partes para cumprimento do disposto na al. e) do n.º 1 do artigo 508.º-A. Significa isto que apesar de a seleção da matéria de facto continuar a ser uma operação da exclusiva responsabilidade do juiz, a novidade residia na metodologia a adotar: ao fixar a base instrutória, deveria atender-se ao que pelas partes fora dito na audiência⁹⁶, intervindo estas ativamente na escolha dos factos a inserir em tal lista, com a vantagem natural da diminuição do número de reclamações contra este despacho, caso o juiz conseguisse captar quais os factos que na realidade careciam de prova e os que já se encontravam assentes. O que não impediria, antes aconselharia, o julgador a seguir para essa diligência munido de um projeto, naturalmente provisório, que pudesse apresentar às partes, para assim circunscrever de uma forma mais célere a matéria já provada ou ainda controvertida.

⁹⁵ No mesmo sentido, veja-se LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 444, ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma...*, ob. cit., p. 138 e 141, MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O Novo Processo Civil*, ob. cit., p. 227, nota 515 e ainda PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, ob. cit., p. 276.

⁹⁶ PAULA COSTA E SILVA, *Saneamento e Condensação no novo Processo Civil*, in *Aspetos do Novo Processo Civil*, vários, Lex, Lisboa, 1997, p. 240, refere que as partes poderão aqui assumir uma função auxiliar do juiz na fixação da base instrutória. Também ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma...*, ob. cit., p. 100, alude à “comparticipação das partes” na tarefa de seleção, podendo “constituir um fator de simplificação da base instrutória”.

Creemos que não tendo sido assumida a ideia de inscrever na base instrutória apenas os grandes temas da prova, também não se optou pela seleção indiscriminada de todo o tipo de factos alegados, porém, os factos essenciais da causa deveriam ser inseridos na base instrutória, ou seja, aqueles que sejam constitutivos do direito invocado pelo autor, bem como os que tenham natureza impeditiva, modificativa ou extintiva de tal direito.

Já quanto aos factos meramente instrumentais, a questão é discutível, tendo uma função exclusivamente probatória ou indiciária dos factos principais, não seriam em princípio incluídos na base instrutória, tanto mais que deles poderia o tribunal conhecer officiosamente, mesmo em fases processuais posteriores (artigo 264.º, n.º 2). Como clarifica PAULA COSTA E SILVA trata-se de “factos relevantes para a prova dos factos de cuja verificação depende a procedência da ação ou da exceção”⁹⁷ e, portanto, com relevância meramente indireta, cuja inclusão na matéria de facto relevante, não sendo obrigatória, teria a vantagem de reunir numa única seleção “toda a matéria de facto assente e a provar, disciplinando-se, conseqüentemente a atividade instrutória das partes”. Já o ilustre professor TEIXEIRA DE SOUSA, perfilhava entendimento diferente, segundo o qual deviam ser selecionados somente os factos principais, porém, excepcionalmente deveriam incluir-se também os factos instrumentais em relação aos quais se verifique um ónus de alegação nos articulados e tenham sido objeto de impugnação⁹⁸. LEBRE DE FREITAS entendia que a base instrutória deveria integrar apenas os factos que fossem condicionantes diretos da decisão e incluir os factos instrumentais somente quando estes constituam a base de uma presunção legal, ou visem abalá-la⁹⁹. Afigura-se-nos não ser de adotar, quanto a este assunto, qualquer posição radical e definitiva, mas ao invés reconhecer que face à diversidade de questões que podem colocar-se num processo, deverá em última análise confiar-se na arte e engenho do juiz, permitindo-lhe integrar na base instrutória factos que estariam à partida excluídos com base na letra da lei, mas cuja inclusão pareça necessária para o apuramento da verdade¹⁰⁰, para a explicação ou consolidação probatória de outros factos mais importantes.

⁹⁷ PAULA COSTA E SILVA, *Saneamento e Condensação...*, *ob. cit.*, p. 243. A autora esclarece ainda que a introdução de factos instrumentais na matéria de facto relevante não afasta a investigação ou inclusão de outros factos deste tipo na fase subsequente, de julgamento.

⁹⁸ Ideia manifestada no seu *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *ob. cit.*, pp. 80 e 311.

⁹⁹ Entendimento expresso na sua *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 152.

¹⁰⁰ ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 142 e REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa...*, *ob. cit.*, p. 547, pareciam-nos serem adeptos de um entendimento mais flexível, atendendo a cada caso concreto e não seguindo um critério definido *a priori*.

Na nova redação dada pela reforma ao artigo 511.º, constata-se a supressão da expressão “*articulados*”, que impunha ao juiz a limitação de não incluir no questionário factos essenciais que não houvessem sido articulados pelas partes. Quereria a abolição da expressão significar a possibilidade conferida ao juiz de introduzir na base instrutória matéria que, devendo ter sido alegada, não o fora? Embora a reforma tivesse como intento operar um corte com o passado, acabaria por não ser tão radical quanto o esperado, também no que a esta questão respeita, pelo que o juiz não poderia introduzir oficiosamente no processo factos essenciais que não tivessem sido alegados pelas partes¹⁰¹. Ou seja, a definição do quadro fáctico da lide permanecia na disposição das partes, limitando nessa sede a atuação do tribunal. Porém, não poderemos deixar de salientar que o princípio do dispositivo não valeria para os factos instrumentais, que poderiam ser conhecidos oficiosamente e introduzidos no processo pelo juiz, tal como os factos notórios (do conhecimento geral) e os factos de que o tribunal toma conhecimento por virtude do exercício das suas funções, conforme o exposto no artigo 514.º.

Da letra da lei desapareceu também a expressão “*quesitos*” a que aludia a redação pretérita do artigo 511.º, no entanto, continuaram a formular-se aquelas proposições interrogativas, subordinadas a números, às quais o tribunal haveria de responder, “*provado/não provado*”¹⁰², em conformidade com a convicção formada a partir da prova. Um mesmo quesito poderia reunir um ou mais factos controvertidos que entre si estivessem numa relação de proximidade, podendo concentrar numa só questão factos disseminados pelo articulado que estivessem interligados entre si. Deveriam também, os quesitos ser formulados e ordenados numa determinada sequência lógica que facilitasse a compreensão do objeto do litígio e a apreensão da matéria de facto, e não a ordem por que foram os respetivos factos alegados por cada uma das partes. Recebendo o juiz, do autor e do réu, diferentes versões da matéria controvertida, ele deveria preocupar-se em eleger uma

¹⁰¹ Defendendo este entendimento, PAULA COSTA E SILVA, *Saneamento e Condensação...*, *ob. cit.*, p. 248, esclarece que o princípio do dispositivo era expressamente afirmado em relação aos factos essenciais, comando que teria igualmente de cumprir-se neste momento processual. Também assim, ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 147, rejeitando que o juiz pudesse substituir-se às partes nesta tarefa.

¹⁰² No entanto, a jurisprudência aceitava respostas mais pormenorizadas aos quesitos. Neste sentido, atente-se no Ac. do STJ de 11/12/2008, Proc. 08B3602 (Alberto Sobrinho), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, vertendo o entendimento segundo o qual “As respostas aos pontos da matéria de facto levados à base instrutória não têm de ser necessariamente afirmativas ou negativas, podendo ainda ser restritivas ou explicativas, mas desde que se contenham na matéria de facto articulada. A resposta explicativa é aquela que se limita a aclarar o sentido da factualidade vertida no respetivo ponto controvertido, respeitando o sentido dessa mesma factualidade. A resposta será já exorbitante quando contempla factos não contidos no ponto controvertido. Sendo excessiva a resposta, não pode a mesma ser considerada, devendo, nessa parte, ter-se como não escrita.”

formulação una e indivisa que, desatendendo a quem alegara tais factos, se preocupasse em respeitar as regras de distribuição do ónus da prova do facto em questão¹⁰³. Todavia, na redação dos quesitos, não ficava o juiz adstrito às fórmulas vocabulares adotadas pelas partes nos seus articulados, antes podendo livremente optar por uma redação mais depurada e escorreita, desde que respeitasse o sentido que fora imprimido pelo alegante¹⁰⁴.

Razões de maior facilidade eram apontadas como justificação da manutenção do sistema dos quesitos, a verdade é que poderá perfeitamente ter sido este um dos fatores que mais contribuiu para que a reforma não operasse o desejado “corte” com o passado.

A seleção da matéria de facto deveria permanecer alheia à matéria de direito, noções e conceitos técnico-jurídicos, de cariz normativo ou conclusivo, porém caso a base instrutória incluísse determinada questão de direito, a resposta que o tribunal viesse a dar-lhe considerar-se-ia não escrita, por imposição normativa prescrita no artigo 646.º, n.º 4. Assim, não poderia perguntar-se, na base instrutória, se o réu estava de “má fé”¹⁰⁵ ou “boa

¹⁰³ LEBRE DE FREITAS/ MONTALVÃO MACHADO/ RUI PINTO, Código de Processo Civil Anotado, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 629, esclarece que “A inclusão dum facto controvertido na base instrutória implica que ele é afirmado por uma parte e negado pela outra, pelo que a prova sobre cada facto encerra tanto a possibilidade de conduzir à conclusão de que ele se verificou como a de levar à conclusão inversa de que não se verificou, embora a elaboração da base instrutória deva ser feita tendo em conta as normas que presidem à distribuição do ónus da prova”.

¹⁰⁴ Neste sentido, veja-se o Ac. do TRL de 02/07/2013, Proc. 1551/10.4T2AMD.L1-7 (Tomé Gomes), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, segundo o qual “a recorrente apelante argumenta que a matéria constante das respostas aos artigos 4.º a 7.º da base instrutória não foi alegada por qualquer das partes nem constitui facticidade notória ou instrumental, não podendo, por isso, ser considerada pelo tribunal, nos termos dos artigos 264.º, n.º 2, 664.º e 514.º do CPC.”. Mais adiante, responde o tribunal do seguinte modo: “como vem sendo doutrina e jurisprudência pacíficas, é lícito ao tribunal elaborar a base instrutória de forma a condensar a substancialidade fáctica alegada sob enunciados que, respeitando o que de essencial dela emerge, sejam inequívocos para a formulação do juízo probatório que importa emitir no quadro das soluções de direito plausíveis, sem ficar adstrito às fórmulas vocabulares ou sintáticas empregues pelas partes. Por conseguinte, afigura-se que a factualidade na forma selecionada sob os artigos 4.º a 7.º da base instrutória correspondem, embora em redação mais depurada, à substância fáctica vertida nos artigos 10.º a 14.º e 27.º da petição inicial”. Defendendo posição oposta, ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 148, que discorda desta amplitude de poderes conferidos ao juiz na organização da condensação.

¹⁰⁵ A este propósito, veja-se o Ac. do STJ, datado de 11/12/2003, Proc. 03B2992 (Ferreira de Almeida), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, no qual, a propósito de ação intentada com o propósito de impugnar a venda que o réu fez à sua irmã, depois de ter contraído junto da autora dívida de valor avultado e após sentença condenatória com base no mesmo facto, surge o seguinte problema: “aquando da organização da base instrutória, foi formulado um quesito com o n.º 4, o qual, para além de na parte final se limitar a reproduzir a transcrição de uma disposição legal, se afasta da matéria de facto a este respeito articulada pela A., quesito esse com a seguinte redação: «Os réus fizeram tal negócio com a intenção de subtrair ao alcance da autora aquele bem e com a consciência do prejuízo que tal negócio lhe causava?»”, ao qual se respondeu «não provado». E continua o predito aresto “De harmonia com o preceituado no n.º 2 do artigo 612.º do C. Civil, «entende-se por má fé a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor». A última parte do citado quesito transcreve, assim, *ipsis verbis*, a fórmula legal, a qual consubstancia um requisito de cuja prova depende inexoravelmente a sorte da lide. Como conceito/fórmula de direito que é, não seria suscetível de quesitação pela forma em que o foi, sendo, todavia, que o apuramento da existência ou não da consciência de causar prejuízo (traduzido em circunstâncias da vida real) já integra matéria de facto da exclusiva competência das

fê”, como não poderia colocar-se a questão de saber se o réu mantém ou mantinha “residência permanente no locado”. Contrariamente, expressões como “violentamente”¹⁰⁶, “transporte a título gratuito” ou “prejuízo”, por se conterem no domínio dos factos, poderiam integrar quesitos. No entanto, era aceite a utilização de certos conceitos jurídicos na formulação dos quesitos quando os mesmos fossem usados na linguagem corrente das pessoas, com significações percecionáveis pela generalidade das pessoas, tais como “emprestar”, “vender” ou “pagar”.

Tomando como certo que quando não esteja junto ao processo documento exigido por lei para a prova de determinado facto, ele permanecerá controvertido, era, todavia, discutida a questão de saber se deveriam tais factos constar ou não da base instrutória, sendo que esse documento ainda não tinha sido junto no momento da sua elaboração, mas tal prova apenas pudesse fazer-se documentalente.

Se considerarmos que as partes deviam juntar ao processo o(s) documento(s) destinado(s) a fazer prova dos factos alegados na ação ou na defesa, com o próprio articulado, seguindo o disposto no artigo 523.º, n.º 1 (exceto quando a parte provar que não o pôde oferecer com o articulado), rapidamente concluiremos que os factos a provar documentalente já deveriam estar provados aquando da elaboração da base instrutória, devendo, por isso, ser excluídos da base instrutória. Para apoiar tal entendimento, poderia invocar-se que, se nos termos do n.º 4 do artigo 646.º, deveriam ter-se por não escritas as

instâncias”, aduz ainda que “o questionário não pode incluir elementos ou proposições que, *a priori*, contenham implicitamente a resolução da questão de direito objeto da ação, assim lhe traçando inexoravelmente o seu desfecho. Não surpreende, deste modo, que, de harmonia com o disposto no n.º 4 do artigo 646.º do CPC, se devam ter por não escritas as respostas do tribunal coletivo sobre questões de direito”.

¹⁰⁶ A propósito de ação especial emergente de acidente de trabalho, o Ac. do STJ de 07/05/2009, Proc. 08S3441 (Vasques Dinis), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, pronuncia-se sobre o emprego do advérbio “violentamente” num dos quesitos da base instrutória, para qualificar o embate entre uma bicicleta e um veículo ligeiro, na deslocação do trabalhador do local de trabalho para a sua residência, esclarecendo que “esta qualificação, porque não decorrente de qualquer operação de subsunção ou valoração jurídica e sem virtualidade para, por si só — sem a ponderação de outros elementos de facto e sem a interpretação e aplicação das pertinentes normas de direito —, fornecer a solução da controvérsia relativa à descaracterização do acidente, contém-se no domínio dos factos. Com efeito, para se saber se um embate de veículos foi ou não violento basta conjugar a perceção colhida pelos sentidos de quem a ele assiste com as regras gerais da experiência, sem necessidade de elaborar no domínio das normas de direito, o que afasta a possibilidade de aplicação do n.º 4 do artigo 646.º”. A propósito dos juízos conclusivos, também o mesmo aresto se pronunciou a propósito da eliminação da seleção da matéria de facto do seguinte ponto «O sinistrado circulava distraído, sem prestar atenção à sua condução e ao restante tráfego», ditada pela Relação do Porto, arguindo tratar-se de um juízo conclusivo, respondendo que “reporta-se esta asserção a um estado ou situação do foro interno, psíquico, do sinistrado, realidade cujo conhecimento se pode alcançar mediante a apreensão, pelos sentidos, e interpretação à luz das regras de experiência, de sinais revelados por comportamentos visíveis por outrem, sem qualquer necessidade de operações lógicas de subsunção a regras de direito”. Conclui o doutro tribunal pela não aplicação do artigo 646.º, n.º 4 a este ponto.

respostas dadas pelo tribunal coletivo quanto a factos que houvessem sido provados documentalmente, porquanto a prova documental não está sujeita à livre apreciação da prova, mas antes tem valor definido pela lei material, também seria natural concluir-se pela desnecessidade da inclusão de tais factos na base instrutória. Ou seja, se o julgamento de facto não poder versar sobre factos cuja prova depende de documentos, também não se vislumbra a vantagem de os levar à base instrutória.

Por outro lado, atendendo ao preceituado no artigo 513.º, segundo o qual “A instrução tem por objeto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova” e considerando que aos factos controvertidos deviam equiparar-se os carecidos de prova¹⁰⁷, a solução tenderia para ser a oposta, no sentido da permissividade da inclusão de factos carecidos de prova documental não junta, na base instrutória. Defendendo igual solução, PAULA COSTA E SILVA¹⁰⁸ invoca outro argumento: aduz que a inclusão naquela peça dos factos que só possam ser provados documentalmente teria a vantagem de diretamente indicar às partes o que ainda houvesse a provar.

O n.º 2 do artigo 511.º continuava a prever a possibilidade de qualquer uma das partes deduzir reclamação contra a seleção da matéria de facto, devendo fazê-lo na própria audiência preliminar e fazendo-a constar da ata da diligência, tal como o juiz deveria logo decidir da reclamação, com audição prévia da parte contrária. Todavia, em casos de especial complexidade, atendendo ao disposto no n.º 4 do artigo 653.º, havia a possibilidade de o tribunal facultar aos advogados o exame e ponderação da decisão tomada sobre a fixação da base instrutória, pelo tempo que se revelasse necessário a uma apreciação ponderada¹⁰⁹. A dedução da reclamação na audiência, com a posterior apreciação e resolução na mesma diligência, teria a virtualidade incontornável de limitar reclamações injustificadas, bem

¹⁰⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 312, explicitamente reconhece essa equiparação. No sentido da não equiparação entre as duas formulações, LOPES DO REGO, *Comentário ao Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 446, que defendendo a não inclusão na base instrutória dos factos que só podem ser provados por documentos, acredita ser precisamente esta a razão das diferentes formulações adotadas pelo artigo 511.º e pelo artigo 513.º, assim, “enquanto a base instrutória aparece ali associada apenas aos factos que devem considerar-se controvertidos, o objeto da prova aparece reportado, neste último preceito também aos factos «necessitados de prova»”.

¹⁰⁸ *Saneamento e Condensação...*, *ob. cit.*, p. 248. LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 446, defendendo a posição contrária, refuta tal argumento assentindo que poderá sempre fazer-se referência na ata da audiência preliminar a esses factos carecidos de prova documental e assim “alertando a parte interessada para a necessidade de juntar oportunamente aos autos o documento que é o único meio probatório suscetível de legalmente os demonstrar”.

¹⁰⁹ É este o entendimento de LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 447.

como favorecer a sua aceitação, até porque essa imediação e oralidade, irremediavelmente, facilitariam a convicção mútua dos intervenientes.

As partes poderiam dirigir reclamações quer relativas à base instrutória, como em relação à matéria considerada assente, com fundamento na omissão de factos alegados com interesse para a decisão da causa, na inclusão de factos indevidamente considerados como controvertidos ou ainda, na obscuridade da sua seleção, por serem redigidos de modo a permitirem dúvidas sobre o sentido e alcance das suas proposições. Quer isto significar que não há lugar à formação de caso julgado formal, no processo pendente, sobre a seleção da matéria de facto, podendo o tribunal, em face da natureza instrumental da base instrutória e da peça que elenca a matéria assente, produzir as alterações que se justifiquem, em nome da verdade. Assim, a circunstância de determinado facto ser já considerado como provado, não impede que depois de se constatar que o mesmo permanece controvertido, se proceda à sua deslocação para a base instrutória. Importa ainda esclarecer que o despacho proferido sobre as reclamações apenas poderia ser impugnado no recurso interposto da decisão final, não separadamente¹¹⁰, e sendo uma decisão do tribunal de primeira instância sobre a matéria de facto, estaria sujeito ao controlo da Relação (artigo 712.º).

O próprio Código reconhecia expressamente, na al. f), do n.º 2 do artigo 650.º, a possibilidade de ampliação da base instrutória ordenada pelo presidente do tribunal coletivo na audiência de discussão e julgamento, no intuito de se atender também a factos instrumentais ou mesmo complementares ou concretizadores de outros que, tendo sido alegados, por lapso não foram incluídos naquela peça ou que resultaram da instrução.

Por fim, importa fazer também uma breve referência às situações em que o juiz dispensava a realização da audiência preliminar, casos esses em que, fruto da simplicidade da causa¹¹¹, o juiz procedia à seleção da matéria de facto no despacho saneador, conforme previsão do artigo 508º-B¹¹². Neste caso, se a audiência preliminar não fosse marcada para

¹¹⁰ Já era esta a solução legal na versão anterior à reforma, implementada pelo diploma intercalar, o Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho.

Nesta matéria, ditou o Ac. do STJ para uniformização de jurisprudência n.º 4/99, publicado em D.R., I Série-A, de 17/07/1999, disponível em <www.dre.pt>, que “Nas causas julgadas com aplicação do Código de Processo Civil de 1961, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, pelo que respeita à organização da especificação e questionário”.

¹¹¹ PAULA COSTA E SILVA, *Saneamento e Condensação...*, *ob. cit.*, p. 259, esclarece que verdadeiramente está aqui em causa a “simplicidade da seleção dos factos” e não propriamente a simplicidade da causa, entendimento que merece o nosso respeito.

¹¹² Entendemos que o legislador terá cometido um lapso ao reportar-se, na al. a) do n.º 1 deste artigo, somente à “fixação da base instrutória”, pois parece-nos que pretendia também abranger a seleção da matéria de facto

os efeitos previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1 artigo 508.º-A, a sua realização era também dispensada para efeitos de proferimento verbal do despacho saneador e para fixação da seleção da matéria de facto, o que acabava por ser elaborado por escrito e notificado às partes.

A lei reconhecia explicitamente que nestes casos a seleção da matéria de facto pudesse ser feita por remissão para os articulados, retrocedendo-se a uma solução anteriormente aceite, para deste modo evitar a recondução do juiz ao papel de mero escriba, com fundamento também na celeridade e economia processuais.

Como seria de esperar, também neste caso, as partes poderiam reclamar contra tal seleção, mas no prazo de dez dias a contar da notificação de tal despacho, com igual respeito pelo contraditório, com a concessão de igual período à parte contrária para resposta à notificação, após o que caberia ao tribunal decidir¹¹³.

Numa breve referência, diremos somente que o artigo 633.º continuava a limitar o número de testemunhas a inquirir por cada facto, no entanto, não se reportava a cada um dos pontos da base instrutória (como fazia anteriormente em relação ao questionário), mas a cada um dos factos que a parte se propunha provar. Ora, a manutenção deste limite era dificilmente compreendida à luz dos objetivos da base instrutória como conformadora de uma visão de conjunto de toda a factualidade.

Agora, em jeito de conclusão da análise das alterações introduzidas nesta sede pela Reforma de 1995/96, começemos por reconhecer que a principal função atribuída à base instrutória era clarificar aquilo que as partes teriam de provar, delimitando os factos sobre os quais incidiria a atividade instrutória, mas também seria sobre esses mesmos factos controvertidos que incidiria o julgamento de facto, declarando-se quais os provados e os não provados. Já os que haviam sido considerados como assentes voltariam a ser tomados em conta na fundamentação da sentença.

considerada assente. De resto, confrontando este preceito com o n.º 2 do mesmo artigo, com o artigo 511.º e mesmo com a al. *e)* do n.º 1 do artigo 508.º-A, verificamos a falta de rigor e precisão na terminologia legal.

¹¹³ Esta solução resulta da redação dada ao artigo 508.º-B pelo DL 38/2003, de 8 de Março, no intuito de alterar a versão inicial dada a este artigo pela Reforma de 95/96, segundo a qual esta reclamação só seria apresentada no início da audiência de discussão e julgamento. MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O Novo Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 230 reconhecem que esta opção “criou sérias dificuldades na prática forense, na medida em que o diferimento da reclamação para o início da audiência final era suscetível de levar a que, aberta esta, viesse a mesma a suspender-se imediatamente”. Ainda assim, os mesmos autores qualificam como pouco rigorosa a solução introduzida em 2003.

A seleção da matéria de facto, sendo uma tarefa que o julgador desempenha na *fase intermédia* do processo, iria revestir grande utilidade também no momento posterior do julgamento, facilitando a cisão que teria de levar a cabo entre a decisão que apreciava os factos controvertidos e a prolação da sentença, onde apreciava o direito. No entanto, esta cisão já não existia relativamente aos factos plenamente provados por documento ou que só possam ser provados por este, por confissão reduzida a escrito ou admitidos por acordo, factos estes que mesmo que não constassem da matéria assente, o juiz deveria considerá-los como provados, sendo apreciados aquando da prolação da sentença, nos termos do artigo 659º, n.º 3 do CPC.

A expectativa em torno da Reforma, que seria o resultado de muitas horas de trabalho de diferentes comissões de ilustres processualistas, após anteprojetos e projetos, era grande e pensava-se que iria alcançar, atendendo ao rumo que os trabalhos preparatórios pareciam seguir, o ansiado corte com o passado. Confiava-se pois que esta nova peça se demarcasse do questionário e ultrapassasse a prolixidade que tanto o caracterizava, fruto da reprodução de tudo aquilo que as partes haviam alegado. Os juízes saberiam aproveitar a margem de liberdade que lhes era concedida e, cientes da exigência da tarefa, selecionariam os pontos de facto cuja indagação se justificaria para a boa decisão da causa. Tal situação permitiria que o julgamento de facto fosse capaz de fornecer uma visão de conjunto dos factos apurados e não se traduzisse mais na mera resposta facto por facto.

Porém, lamentavelmente tal não ocorreu, permanecendo a prática forense agarrada às raízes do passado e resistente às inovações, ao ponto de alguns autores considerarem mesmo que a nova peça se reconduzia ao velho questionário¹¹⁴, outros, fervorosos defensores da Reforma, teimavam em não enxergar essa realidade. Para além desta questão, as mais das vezes, a audiência preliminar acabava por não se realizar, com sérios prejuízos para o diálogo e cooperação entre todos os intervenientes processuais. Situação ainda agravada pela ausência de estabilidade legislativa subsequente¹¹⁵, o que em nada abonava a

¹¹⁴ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *A Reforma do Processo Civil*, *ob. cit.*, *ob. cit.*, N.º 3892, p. 196 e JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O Saneamento e a condensação...*, *ob. cit.*, p. 327. Com diferente entendimento, PAULO PIMENTA, *A Fase do Saneamento do Processo...*, *ob. cit.*, p. 317, porém, em obra posterior (*Processo Civil Declarativo*, *ob. cit.*, p. 280) reconhece que “decorrida cerca de uma década e meia sobre o início dos efeitos da Reforma de 1995/96... o quotidiano forense pouco ou nada mudou”.

¹¹⁵ Após a Reforma de 1995/96, o Código contou com diversas alterações, nomeadamente as operadas pelos DL n.º 375-A/99, de 20 de Setembro e DL n.º 183/2000, de 10 de Agosto. Também os DL n.ºs 38/2003, de 8 de Março e 199/2003, de 10 de Setembro que tentavam reformar a ação executiva, completada mais tarde pelo DL n.º 226/2008, de 20 de Novembro. Também o regime dos recursos foi alvo de revisão, pelo DL n.º 303/2007, de 24 de Agosto.

favor da aceitação e solidificação das inovações introduzidas, para além de não conseguirem alterar os pressupostos que estavam na origem do bloqueio patente na jurisdição cível, completamente desajustada da nova realidade social, económica, política e cultural.

5. O Código de 2013 e os novíssimos temas da prova

5.1. Trabalhos preparatórios e principais alterações

As diversas alterações introduzidas no Código de 1961¹¹⁶, contribuíram para que o Código fosse perdendo a coerência e a harmonia internas, revelando-se ineficaz no combate ao excesso de formalismo burocrático e permitindo várias manobras dilatórias que fazem prevalecer a justiça formal sobre a material e acentuam o maior problema da justiça: o excesso de pendência processual¹¹⁷.

Apesar de alguns processualistas defenderem que a reforma do processo civil deveria ser feita em bloco, em 2009, por despacho datado de 18 de Dezembro 2009¹¹⁸, o Ministro da Justiça do XVIII Governo Constitucional nomeou uma Comissão incumbida de apresentar uma proposta de revisão do Código de Processo Civil, a fim de se proceder a uma reforma circunscrita de um Código que havia sofrido diversas e contraditórias alterações, presidida por João Correia e composta por mais nove elementos, entre ilustres magistrados judiciais, procuradores, advogados e professores de direito de diferentes Universidades.

Os trabalhos da Comissão versaram inicialmente sobre a ação executiva, área que careceu de mais profundas e urgentes alterações, pelo que, em Setembro de 2010 fora entregue ao então responsável pela pasta da justiça, Alberto Martins, como resultado daqueles trabalhos, um articulado de alterações. Entretanto, havia já sido iniciada a discussão

¹¹⁶ JOÃO CORREIA/ PAULO PIMENTA/ SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 5, referem-se ao Código de 1961 como uma “manta de retalhos”, contendo diversos artigos revogados, aditados e revogados novamente.

¹¹⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *A Audiência preliminar: uma mudança de paradigma...*, *ob. cit.*, p. 13, dá-nos conta de que, na sua sábia opinião, “não há uma crise da justiça, mas várias crises da justiça”. Estas relacionam-se com o elevado volume de processos pendentes, na morosidade da solução que ponha fim ao processo, mas também devido às dificuldades de acesso à justiça.

¹¹⁸ Cfr. Despacho n.º 64/2010, publicado no D.R., II Série, de 5 de Janeiro de 2010, referindo a necessidade de identificar os momentos e as causas de retardamento e de insegurança na marcha processual, com vista à obtenção de decisões judiciais em tempo útil.

de outras possíveis alterações (agora na ação declarativa), quando os trabalhos foram suspensos. Seguiram-se eleições legislativas e consequente mudança de Governo. Contudo, em setembro de 2011, a nova Ministra da Justiça Paula Teixeira da Cruz renomeou a antiga Comissão e assim reativou o processo que culminou com a apresentação, em dezembro do mesmo ano, de uma proposta¹¹⁹ mais ampla que incluía alterações quer na parte geral do Código, como nas ações declarativa e executiva. No entanto, atendendo à urgência na conclusão dos trabalhos, abandonou-se o propósito de elaborar de raiz um novo código, acabando por trabalhar-se sobre o velho Código de 1939 com as suas sucessivas revisões, para aí se enxertarem alterações¹²⁰.

Já findo o mandato da Comissão, iniciou-se no princípio do ano seguinte a discussão pública da proposta, quando a Ministra, sem que se consigam alcançar as suas motivações, renomeou três elementos daquela Comissão para procederem a uma revisão geral da proposta comum apresentada, visando introduzir “ajustamentos tidos por adequados, providenciar pela renumeração do diploma e eventual ajustamento na sistematização”¹²¹.

Após várias sessões de trabalho deste reduzido grupo, durante o seu exíguo mandato de quatro meses, e depois de realizada nova discussão pública, o Governo apresenta na Assembleia da República a Proposta de Lei 113/XII – PL 521/2012, datada de 22 de Novembro de 2012, que na exposição de motivos faz um forte apelo à necessidade premente de imprimir maior simplicidade, celeridade e simplificação no processo civil.

¹¹⁹ Perceba-se desde já que em maio de 2011 fora assinado o Memorando de Entendimento entre o Estado Português e as instituições internacionais que prestaram ajuda financeira ao país, no qual o Governo assumiu o compromisso de rever o Código de Processo Civil, num curtíssimo espaço temporal, o que implicou que mais uma vez se abandonasse o objetivo inicial de elaboração de um código novo de raiz, para optar pelo caminho de enxertar alterações substanciais no Código vigente.

¹²⁰ Este é o entendimento partilhado por BONIFÁCIO RAMOS, *Designios do “novo” Código...*, *ob. cit.*, p. 801. Também assim, LOPES DO REGO, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil ...*, *ob. cit.*, p. 99.

¹²¹ JOÃO CORREIA/ PAULO PIMENTA/ SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, *ob. cit.*, p. 6. Por sua vez, BONIFÁCIO RAMOS, *Designios do “novo” Código...*, *ob. cit.*, p. 801-802, critica severamente estes três ex-membros da Comissão pela aceitação da nomeação para trabalharem sobre uma proposta comum, cujo resultado qualifica como uma “estranha operação de cosmética de renumeração de artigos, no intuito de apresentar um novo Código”, concluindo, bem a nosso ver, pela ausência de novidade. O mesmo professor, em *Questões Relativas à Reforma do Código de Processo Civil, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, 2013, Coimbra Editora, p. 924, censura também a metodologia usada por este reduzido grupo de ex-membros da Comissão que, depois de quatro meses apenas, apresentaram uma proposta final sem que tenham conseguido fazer a desejada reflexão aprofundada que uma reforma de fundo impõe.

Viria o Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, a entrar em vigor a 1 de Setembro desse mesmo ano¹²².

Passaremos agora a uma breve análise das principais alterações, sem que nos espraíemos em detalhes.

Como já avançámos, o novo Código tinha como principal missão combater os avultados níveis de pendências e de morosidade¹²³ que caracterizavam o dia a dia dos nossos tribunais, pugnando pela simplificação e celeridade processuais. Assim, apresenta um conjunto de inovações baseadas na ideia comum do reforço dos poderes inquisitórios e de direção do processo atribuídos ao juiz com vista a alcançar a justa composição do litígio, em busca da tutela do direito subjetivo, de uma justiça material que se sobreponha a questões de natureza formal¹²⁴.

Diremos, desde já, que os poderes inquisitórios do juiz no domínio da prova não foram objeto de alteração digna de referência, face à versão assumida pela Reforma de 1995/96¹²⁵, continuando a deter o poder-dever de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para alcançar a verdade material, como por exemplo, a requisição da junção de documentos necessários ao esclarecimento da verdade ao processo (artigo 436.^o¹²⁶) ou a ordenação oficiosa de prova pericial (artigo 477.^o). Nesta senda, o juiz pode também encetar as diligências que considere necessárias à sanção da falta de pressupostos processuais e das exceções dilatórias, convidar ao aperfeiçoamento dos articulados (artigo

¹²² BONIFÁCIO RAMOS, *Desígnios do “novo” Código...*, *ob. cit.*, p. 799, alerta para a curtíssima *vacatio legis* de apenas dois meses, incluindo as férias judiciais, o que reputa de incompreensível e imprudente, face a uma reforma legislativa tão profunda.

¹²³ É, de resto, a própria CRP que no n.º 4 do artigo 20.º, reconhece o direito de obter uma decisão em prazo razoável. O que, segundo GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 417, pressupõe uma “formatação processual temporalmente adequada feita pelo legislador”, que estabeleça prazos e recursos, esclarecendo ainda que uma duração do processo irrazoável poderá eventualmente ser justificada nos processos de especial complexidade e extensão, mas nunca razões ligadas a insuficiências materiais e humanas.

¹²⁴ São estas as linhas orientadoras, partilhadas por dois dos membros da Comissão. Veja-se ABRANTES GERALDES, *Temas da nova reforma do Processo Civil (2012)*, in *Julgar*, N.º 16, 2012, p. 55, que defende a manutenção de um poder central pelo juiz, também assim LOPES DO REGO, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil ...*, *ob. cit.*, p. 101.

¹²⁵ Entendimento perfilhado por LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 176, onde também enumera mais exemplos de poderes instrutórios conferidos pelo Código ao juiz, para além dos mencionados de seguida.

¹²⁶ Doravante, todos os preceitos legais apresentados, sem menção da respetiva proveniência referem-se ao Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, que entrou em vigor a 1 de Setembro de 2013.

590.º), bem como ordenar a adequação da tramitação processual às especificidades da causa, decorrentes de um dever de gestão processual¹²⁷ agora consagrado no artigo 6.º.

No domínio dos meios da prova, foram introduzidas algumas alterações. Quanto à prova documental, mantém-se a obrigação de apresentação com os articulados das partes – isto é, na petição inicial pelo autor e na contestação pelo réu – podendo, todavia ser apresentada tardiamente, até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final, porém, com a cominação do pagamento de multa, exceto quando se prove que não puderam ser oferecidas com os articulados (artigo 423.º). Relativamente à prova testemunhal, o limite legal de testemunhas a arrolar por cada parte para prova dos fundamentos da ação e da contestação foi reduzido para dez testemunhas (e apenas cinco nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de 1ª instância), porém, o juiz poderá admitir a inquirição de mais testemunhas, atendendo à natureza e extensão dos temas da prova (artigo 511.º, n.º 4)¹²⁸. O novo Código consagrou ainda dois novos meios de prova: as declarações de parte (artigo 466º)¹²⁹ e as verificações não judiciais qualificadas (artigo 494.º)¹³⁰.

¹²⁷ Este dever de gestão processual, agora elevado à categoria de princípio processual, fora consagrado e testado primeiramente no artigo 2.º do Regime Processual Civil Experimental, aprovado pelo DL n.º 108/2006 de 8 de Junho, aplicável às ações declarativas cíveis, a que não correspondessem processos especiais, que dessem entrada a partir de 16 de Outubro de 2006, em comarcas-piloto escolhidas em função da elevada movimentação processual e a definir por portaria posteriormente emitida. A sua aplicação fora monitorizada por organismos ligados ao Ministério da Justiça, no entanto, os relatórios nunca foram muito concludentes. Chegou mesmo a suscitar-se a questão da inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, face à co-vigência temporal deste diploma nas comarcas-piloto e do CPC nas demais. Porém, no Ac. do TC n.º 69/2008 de 31/01/2008, disponível *online* em <<https://www.oa.pt/upl/%7B34a83239-002b-49a4-8108-9af443ca2192%7D.PDF>>, o TC respondeu negativamente, salientando o carácter temporário e experimental do diploma. No entanto, PAULO PIMENTA, *Tópicos para a reforma do Processo Civil português*, in *Julgar*, N.º 17, 2012, p. 127, alerta para a insegurança que a aplicação deste diploma causou nas partes em casos a ele submetidos, na medida em que não sabiam inicialmente qual a tramitação processual que iria ser adotada. É à luz da gestão material que reconhecemos ao juiz os poderes de providenciar pela supressão de irregularidades e imprecisões nos articulados. É este o entendimento perfilhado por MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*, in *RLJ*, N.º 3995, Ano 145, 2015, pp. 90 e 95.

¹²⁸ Com a eliminação da base instrutória, como não poderia deixar de ser, foi igualmente abolida a limitação de testemunhas a inquirir por cada facto. Diga-se ainda que a faculdade conferida ao juiz de admitir a inquirição de mais testemunhas vem na linha dos amplos poderes que lhe são atribuídos pelo novo Código, daí que se trate de uma decisão irrecorrível do julgador.

¹²⁹ Para uma melhor compreensão deste novo meio de prova que pode ser requerido até ao início das alegações orais em primeira instância, versando sobre factos pessoais, veja-se LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, pp. 277-278.

¹³⁰ MARIA JOSÉ CAPELO, *A Enigmática Figura Do Técnico No Código De Processo Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1059, levanta várias questões a propósito desta novidade, nomeadamente sobre as razões que possam justificar que o juiz seja “substituído” no âmbito de uma inspeção.

No que respeita às formas do processo declarativo comum, eliminaram-se as formas sumária e sumaríssima, havendo, agora, uma única forma de processo, não obstante existem especificidades em função do valor da ação¹³¹.

No que concerne aos procedimentos, verificaram-se modificações, sendo de salientar a introdução da figura da *inversão do contencioso* com a possibilidade de neste procedimento decidir-se, a “título definitivo”, sobre a existência do direito acautelando, com dispensa da propositura da ação principal, caso tal seja requerido. Inovação que vem na linha dos objetivos gerais que nortearam a elaboração do novo CPC.

Também ao nível dos articulados, a fim de responder à busca incessante de celeridade processual, foi eliminada a *tréplica* e limitadas as possibilidades de apresentação da *réplica* aos casos em que tenha sido deduzida reconvenção pelo réu. De salientar, ainda, que foi recuperado o *despacho liminar*¹³², através do qual o juiz pode indeferir liminarmente a petição inicial quando o pedido se revele manifestamente improcedente ou ocorram exceções dilatórias insupríveis de forma evidente, das quais o juiz possa officiosamente conhecer. Dando consagração legal ao que maioritariamente já ocorria na prática, a sentença que põe termo ao processo inclui, não apenas o julgamento da matéria de direito, mas também o julgamento da matéria de facto, sendo o processo julgado em primeira instância, do início ao fim, por um único juiz.

Não podemos deixar de dar conta que no seio da doutrina, são vários aqueles que entendem não se tratar verdadeiramente de um novo código, mas ao invés apenas de uma reforma. LEBRE DE FREITAS é um dos nomes sonantes do processo civil nacional que não hesita em afirmar a inexistência de uma nova codificação, mas tão-somente uma conclusão

¹³¹ A título de mero exemplo, atente-se que nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância, o número de testemunhas admitidas é de apenas cinco, tal como o tempo previsto para as alegações orais em audiência é reduzido para apenas trinta minutos (artigo 604.º, n.º 5). Diga-se ainda que dos trabalhos da Comissão inicial apenas resultara a proposta de eliminação da forma sumaríssima, cuja aplicação nos anos antecedentes era residual, fruto do aparecimento do DL n.º 269/98 de 1 de Setembro. Disto mesmo nos dava conta LOPES DO REGO, *Os princípios orientadores de reforma do processo civil...*, *ob. cit.*, p. 104 e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *As sucessivas reformas do Processo Civil Português*, in *Julgar*, N.º 16, 2012, p. 92.

¹³² Este despacho fora eliminado na Reforma de 1995/96, reconhecendo-se agora o seu mérito de evitar o prosseguimento de ações manifestamente inviáveis. Disso nos dá conta RUI PINTO, *O Processo Civil Português: diagnóstico e cura*, in *Julgar*, N.º 17 (2012), p. 137, no entanto o autor defende ainda a possibilidade de, através deste despacho, se operar uma condensação liminar com a exclusão de factos que se mostrem irrelevantes para o pedido ou sem relação com o regime jurídico alegado, ideia que não nos merece aprovação face ao contacto residual que o julgador terá com o caso neste momento inicial.

da Reforma de 1995/96¹³³. Para os mais céticos, como nos parece ser BONIFÁCIO RAMOS, operou-se somente uma “repentina e atabalhoada renumeração” de artigos¹³⁴. Por nossa parte, acreditamos que se tratar de um novo Código cujas inovações poderão ter ficado aquém das expectativas.

5.2. A fase intermédia do processo no CPC de 2013

Não se duvide que muito mais poderia escrever-se sobre as alterações operadas pelo novo Código, todavia, o presente excuro não tem qualquer pretensão de ser reconhecido como uma reflexão sobre as inovações do novo CPC, mas tão-somente um estudo sobre a seleção da matéria de facto e os caminhos que entre nós percorreu durante o século XX e a nova solução de 2013. Deste modo, passaremos agora ao estudo da fase intermédia do processo espaiada na nova codificação nos artigos 590.º a 598.º, agora sob o título “Da gestão inicial do processo e da audiência prévia”, procurando dar especial ênfase aos novos temas da prova.

Aludimos já, ao papel determinante que o juiz vai desempenhar nesta fase com tão amplos objetivos, em que assume a direção do processo e como gestor¹³⁵ procura verificar a regularidade da instância ao nível dos pressupostos processuais e eventuais exceções dilatórias, promovendo pelo seu suprimento, e convidar as partes à erradicação de

¹³³ LEBRE DE FREITAS, *Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in ROA, Ano 73 (2013), Vol. I, pp. 23-24, admite que “algumas matérias ficam melhor organizadas (...), outras há que continuam mal enquadradas”. Aduz ainda que é a própria “Exposição de Motivos” a reconhecer a inexistência de um novo Código, porquanto refere que “A presente reforma completa a de 1995/1996, pois não só entra em rota de colisão com a que aquela hierarquizou, como preenche o vazio da sua concretização e, por essa via, como se disse, a completa” (itálico nosso). Cremos ser semelhante o entendimento de FRANÇA GOUVEIA, vertido no artigo *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*, in ROA, Ano 73, 2013, disponível online <www.oa.pt>, pp. 597-599, ao referir tratar-se de “uma reforma claramente insuficiente para verdadeiramente começar o processo de modernização do processo civil”.

¹³⁴ *Designios do “novo” Código de Processo Civil Português*, in O Direito, N.º 145.º, IV, 2013, p. 802. O professor, para enfatizar o seu entendimento, aduz ainda (e com alguma razão até, apesar da utilidade que lhe reconhecemos) que “os próprios serviços do Ministério da Justiça, ao disponibilizar, no respetivo sítio da internet, uma tabela de correspondência entre os artigos do CPC revogados e os do «novo» CPC, também indiciam uma ausência de novidade”.

¹³⁵ A este nível o julgador vai atuar como gestor do processo. Na verdade, está aqui em causa uma gestão material (por oposição à gestão processual) que, apesar da falta de clareza do artigo 6.º sob a epígrafe “dever de gestão processual”, cremos ter consagração legal, na medida em que são ao juiz reconhecidos amplos poderes que lhe permitam assegurar a justa composição do litígio.

irregularidades e deficiências verificadas nos articulados, podendo ainda determinar a junção de documentos, o que ocorre no âmbito do despacho pré-saneador¹³⁶.

Ultrapassados estes entraves ao prosseguimento da causa, é convocada a audiência prévia¹³⁷ por despacho que indique concretamente as finalidades da sua realização. Não sendo uma inovação, pois o Código de 1939 já previa que a fase da condensação poderia compreender uma audiência preparatória, tal como o diploma saído da Reforma de 1995/96 previa a realização de uma audiência preliminar como corolário de uma nova ideia de cooperação entre os intervenientes processuais, trata-se, além de uma mudança de denominação, de uma afirmação da sua tendencial obrigatoriedade¹³⁸, evidenciando-se as suas virtualidades na aproximação das partes e destas com o tribunal, mas também como campo privilegiado para fazer operar não só o princípio da cooperação, mas também o contraditório e a oralidade, promovendo uma verdadeira “cultura de diálogo”. Esta ideia de oralidade, associada à imediação e à concentração traduzir-se-á também numa maior responsabilidade que irá pender sobre os diferentes atores processuais¹³⁹. Numa pequena nota de direito comparado, enunciaremos apenas que a oralidade foi amplamente recebida nos procedimentos ordinários em Espanha, na sua LEC 1/2000, de 7 de Janeiro, e que num

¹³⁶ Só os mais distraídos e leigos seriam levados a crer tratar-se de uma novidade. Pois na vigência do Código revogado (no artigo 508.º) já se encontrava previsto este despacho e embora a disposição legal não lhe conferisse tal designação, cedo começou a ser apelidado de despacho pré-saneador quer pela doutrina, quer pela jurisprudência.

¹³⁷ LEBRE DE FREITAS, *Sobre o Novo Código...*, *ob. cit.*, pp. 39-40, dá-nos conta da sua opinião sobre aquilo a que chama de “revigoração da audiência preliminar, crismada de prévia”, salientando no essencial a resistência dos juízes na realização da audiência prévia que terá ditado esta tentativa de revitalização, com a atribuição de novas finalidades e a eliminação de uma ou outra. ABRANTES GERALDES, *Temas da nova reforma do Processo Civil (2012)*, *ob. cit.*, pp. 57-59, aponta várias circunstâncias que considera estarem por detrás do fracasso da audiência preliminar revigorada em 1995, designadamente a incompreensível possibilidade dada à parte que não compareceu na audiência preliminar, de poder apresentar o seu requerimento probatório nos cinco dias subsequentes.

¹³⁸ A propósito da obrigatoriedade (ou não) da convocatória da audiência prévia, informa DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, *ob. cit.*, pp. 48-49, que se trata, não de um dever, mas de uma mera faculdade do juiz, aduzindo para o efeito que a conciliação poderá ser obtida noutra momento processual e que, atendendo à economia processual, a realização da audiência não fará qualquer sentido quando, pelo posicionamento assumido pelas partes, ela se mostre inócua. Já RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, p. 485, admitem que não sendo a realização da audiência prévia obrigatória, também não é meramente facultativa, antes constitui a regra, com possibilidade de ser excecionada e assim relegam a sorte da audiência prévia para a capacidade que ela tenha de se impor pelos seus méritos, portanto consideram que “o juiz executa melhor e com maior facilidade o seu trabalho se realizar a audiência prévia”.

¹³⁹ Se a oralidade, como princípio relativo à forma dos atos processuais, pode obrigar, no limite, a uma prevalência do oral sobre o escrito, a imediação convoca um contacto direto entre o juiz e as partes, exigência especialmente importante no domínio das provas, já a concentração apela à realização seguida dos atos de instrução e julgamento, preferencialmente numa única audiência. Estas ideias estão de tal modo interligadas que podemos mesmo afirmar tratar-se de um único princípio processual. Cfr. MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, *ob. cit.*, pp. 621-624.

dos procedimentos ordinários que estabeleceu, acabou mesmo por consagrar a audiência prévia¹⁴⁰.

Embora o seu mérito não seja unanimemente reconhecido¹⁴¹, a audiência prévia contempla um vasto leque de finalidades possíveis, segundo o preceituado no artigo 591.^o¹⁴², e que se traduzem no reconhecimento do mérito da figura, não só pelos operadores judiciais mas também pela doutrina. Assim, continua a permitir a tentativa de conciliação, embora esta possa, ainda, ser tentada numa fase processual posterior. Outra finalidade consentida é a promoção da discussão de questões a decidir de imediato relativas a exceções dilatórias ou ao mérito da causa e assim fazer cumprir o contraditório, tal como pode também ser convocada no intuito de possibilitar a discussão das posições das partes sobre a delimitação dos termos do litígio e proporcionar a supressão de deficiências ao nível da exposição da matéria de facto que ainda subsistam. Na audiência pode, igualmente, ser proferido o despacho saneador que será ditado para a ata e poderá ainda haver lugar à programação da audiência final que terá lugar na fase seguinte, com a designação das respetivas datas, número de sessões previsivelmente necessárias e programação dos atos a

¹⁴⁰ No ordenamento jurídico espanhol, a oralidade resulta mesmo de imposição constitucional (artigo 120.2). Assim, em processo civil, o procedimento de *juicio ordinario* contempla a *audiencia previa al juicio*, nos artigos 414.^o e ss. da LEC, com funções conciliadoras, saneadoras, mas também de preparação do debate, com a delimitação dos seus termos. Sobre a diligência e suas finalidades, GASCÓN INCHAUSTI/ PALOMO VÉLEZ, *La audiencia previa al juicio en el modelo procesal civil español*, in Revista Hispano Chilena de Derecho Procesal Civil, 2007, disponível online <<http://eprints.sim.ucm.es>>, pp. 19 e ss. Sobre os “custos” da oralidade em Espanha GASCÓN INCHAUSTI, *Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España*, 2008, disponível online <<http://eprints.sim.ucm.es>>, pp. 10 e 11.

¹⁴¹ Não reconhecendo mérito à audiência prévia (ou preliminar) e discordando da sua obrigatoriedade, RUI PINTO, *O Processo Civil Português...*, *ob. cit.*, p. 140. Também a magistrada MARIA JOÃO SOUSA E FARO, a propósito de uma conferência organizada pelo CEJ, intitulada de *A Audiência Prévia*, 2013, disponível online em <www.cej.mj.pt>, p. 2, considera que esta audiência constitui um fator geral de atraso dos processos.

¹⁴² Dispõe o n.º 1 deste artigo que: “Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes:

- a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º;
- b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa;
- c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate;
- d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º;
- e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º;
- f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes;
- g) Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas.”

desenvolver em cada uma delas. Uma das novidades reside na possibilidade de determinação da adequação formal, da simplificação ou da agilização processuais¹⁴³ que pode consistir na adoção da tramitação processual mais adequada e na adaptação do conteúdo e da forma dos atos processuais, em função das particularidades do *caso decidendum* e uma vez auscultadas as partes. Mas não foram apenas mantidas as finalidades da audiência preliminar do Código saído da Reforma de 1995/96 e adicionadas novas atribuições, fora também eliminada a possibilidade de nela se indicarem os meios de prova, porquanto tal deve agora ser efetuado juntamente com os respetivos articulados, sem prejuízo de na audiência prévia haver a possibilidade de alteração (por substituição ou ampliação) do requerimento probatório ou alteração do rol de testemunhas, nos termos do preceituado no artigo 598.º. Por fim, diremos ainda que não constituindo a al. f) do n.º 1 do artigo 591.º uma autêntica novidade, na medida em que parece corresponder em parte à al. e) do n.º 1 do homólogo artigo 508.º-A do Código revogado, trata-se de proceder à identificação do objeto do litígio e à enunciação dos temas da prova, que como veremos de seguida, se opera em moldes bastantes distintos da precedente seleção da matéria de facto relevante, depois “distribuída” pela base instrutória e pelo elenco da matéria assente.

Importa ainda referir que são notificados para comparecer na audiência prévia os mandatários das partes e também as próprias partes¹⁴⁴, sempre que a tentativa de conciliação seja uma das finalidades a operar na audiência prévia, constante do despacho que a convocou, e tratando-se de direitos disponíveis, as partes residam na área da comarca em

¹⁴³ Está aqui em causa uma concretização do princípio da gestão processual, no intuito de converter – escreve LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, pp.175-176, nota 16 – “um juiz vinculado à forma processual legal em um juiz que, perante o modelo legal da forma, tem a liberdade de conformar a tramitação do processo em função das necessidades concretas, desde que com pleno respeito pelos princípios processuais fundamentais”. A adequação formal a que ora se faz referência, não constituindo uma novidade do CPC de 2013, pois que já a Reforma de 1995/96 o havia introduzido, encontra-se consagrada, para além desta referência da al. e) do n.º 1 do artigo 591.º, de forma expressa no artigo 547.º e visa, nas palavras de MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual...*, *ob. cit.*, p. 83, “flexibilizar a tramitação processual, autorizando o juiz, no caso concreto, a desviar-se do padrão previsto abstrata e rigidamente a lei”, admite ainda que através dele “o juiz pode modelar o conteúdo dos próprios atos processuais”, exemplificando refere a autorização do juiz para que o depoimento de uma testemunha seja obtido por escrito, em vez de oral. O mesmo professor considera que a adequação formal não se autonomiza do princípio mais amplo de gestão processual, cfr. *Ibid.*, pp. 84-85. Tal entendimento parece-nos ser igualmente defendido por TEIXEIRA DE SOUSA, *Apontamento sobre o princípio da gestão processual...*, *ob. cit.*, p. 11, quando o ilustre processualista explica em que consiste aquele que apelida de aspeto instrumental do dever de gestão processual, referindo que “para obter a simplificação ou a agilização, o juiz dispõe do poder de adequação formal”. Também LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 229, perfilha igual entendimento, na medida em que, na secção onde nos fala do princípio da adequação formal, reconhece expressamente que “o CPC de 2013 veio dar nova redação ao preceito que o estatui (...) e integrá-lo no princípio da gestão processual”.

¹⁴⁴ Porém, estas podem optar por fazerem-se representar por mandatário com poderes especiais.

que o processo corre ou quando assim não seja, o juiz considere que, atendendo à natureza e valor da causa e à distância a que se encontram, a sua deslocação não represente sacrifício considerável. Todavia não constitui motivo de adiamento da diligência a falta quer das partes quer dos seus mandatários.

Como já dissemos, com o novo Código pretendeu-se atribuir maior peso à audiência prévia¹⁴⁵, reconhecendo-a como palco privilegiado para traçar “os perímetros do campo em que se vai desenrolar todo o ulterior jogo”¹⁴⁶, no entanto, esta poderá não se realizar em duas situações distintas: quando a lei assim o determine ou quando o juiz dispense a sua realização. Assim, estabelece o artigo 592.º do CPC que não há lugar à realização da audiência prévia quando em ações não contestadas a revelia seja inoperante¹⁴⁷ e também sempre que o juiz entenda que deve proferir despacho saneador a julgar procedente exceção dilatória debatida nos articulados e assim absolver o réu da instância. Além disso, o próprio juiz pode considerar, por via de despacho devidamente fundamentado, que não se justifica a realização desta audiência quando se destine apenas a proferir despacho saneador, a determinar a adequação formal, a simplificação ou a agilização processuais ou a proferir despacho que identifique o objeto do litígio e enuncie os temas da prova¹⁴⁸, situação em que

¹⁴⁵ Admitimos a existência de alguma similitude entre esta nossa audiência prévia e a conferência prevista na Regra 16 das Regras Federais de Processo Civil norte-americanas, também designada de conferência preliminar do *pretrial*, na qual estão patentes os poderes de gestão do juiz, norteado pela preocupação de estabelecer “uma programação apropriada para a (...) justa, rápida e económica resolução” do litígio. Nessa conferência, para além do juiz devem estar presentes os mandatários das partes, podendo ser positiva em alguns casos a presença das próprias partes, nela se apreciará logo a competência material do próprio tribunal, para depois se identificarem as questões essenciais, reconhecendo-se que “esta tarefa reduz muitos casos aparentemente complexos a simples, claras e bem definidas questões que podem ser resolvidas mais facilmente do que parecia inicialmente”, também aqui deve apurar-se da possibilidade de alcançar uma transação entre as partes. WILLIAM W. SCHWARZER/ALAN HIRSCH, *Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes*, 2ª Ed., 2006, Trad. Ramos de Faria, in *Julgaz*, N.º 19, 2013, pp. 191-195.

¹⁴⁶ Reconhecemos aqui a sutileza da expressão utilizada por ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, 2.ª Ed., Ediforum – Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2014, p. 666, tanto mais que a usamos por considerarmos ser bastante ilustrativa daquele que se pretende que seja agora o espírito da audiência prévia.

¹⁴⁷ Apesar da inoperância da revelia, nos termos do artigo 568.º, a abstenção do réu justifica que a audiência prévia não se realize. Para um estudo mais aprofundado sobre a revelia, veja-se MIGUEL MESQUITA, *A revelia no processo ordinário*, *ob. cit.*, pp. 1081-1118, especificamente sobre a revelia inoperante e a dispensa de condensação, pp. 1116-1117.

¹⁴⁸ RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 494, propõem, para uma melhor interpretação, a leitura de modo inverso do n.º 1 do artigo 593.º, isto é “nas ações que hajam de prosseguir, o juiz não pode dispensar a realização da audiência prévia quando, para satisfação dos respetivos fins, haja necessidade de realizar qual dos atos previstos nas als. a) a c) e g) do art. 591º”. Prevê o n.º 2 do mesmo preceito que, juntamente com aqueles três despachos referidos no texto, o juiz proferirá também aquele em que programa e agenda a audiência final. A este propósito esclarecem JOÃO CORREIA/ PAULO PIMENTA/ SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, *ob. cit.*, p. 79, que poderão ser proferidos quatro despachos, mas necessariamente serão sempre três, podendo não haver lugar ao despacho que determine a adequação formal, a simplificação ou a agilização processuais.

o juiz proferirá esses despachos nos vinte dias subsequentes ao termo da fase dos articulados. Ora, a decisão de dispensa da audiência prévia, sendo uma decisão de gestão processual, é reveladora do uso de um poder discricionário do juiz, como tal não admite recurso. No entanto, uma vez notificadas dos despachos previstos nas als. *b)* a *d)* do n.º 1 do artigo 591.º, podem as partes deles reclamar e assim introduzir, por meio de requerimento, a realização da denominada audiência prévia potestativa (anteriormente dispensada pelo juiz), na qual as reclamações serão apresentadas, contrapostas pela parte contrária e decididas pelo juiz¹⁴⁹.

Na prática, o cenário que hoje somos impelidos a reconhecer é o da realização da audiência prévia num vasto número de processos¹⁵⁰, o que em muito se deverá à supressão feita pelo legislador do apelo à “simplicidade da causa” como justificativo da dispensa de realização da audiência preliminar, mas também ao reconhecimento das virtualidades da diligência como palco privilegiado para a afirmação de uma visão participada do processo, por parte dos intervenientes processuais.

Aludimos já ao despacho saneador que, sem sofrer alterações de relevo com o novo CPC, razão pela qual não despenderemos muitas linhas com o mesmo, será ditado para a ata da audiência prévia sempre que esta se realize, ou proferido por escrito se a ela não houver lugar, mantendo como finalidades conhecer das exceções dilatórias ou nulidades processuais, podendo também nele conhecer-se do pedido, total ou parcialmente, sempre que para tal não careça de mais provas.

5.2.1. Os temas da prova

Nos trabalhos da Comissão era francamente discutido o caminho a seguir relativamente ao tratamento a dar à factualidade constante do processo na fase intermédia. Já na Reforma de 1995/96 se previu inicialmente a abolição da especificação, acabando

¹⁴⁹ Afigura-se-nos ser decoroso explicitar o seguinte: uma vez notificadas as partes de tais despachos, terão que, no prazo de dez dias, apresentar requerimento no qual indiquem os despachos de que pretendem reclamar e, conseqüentemente, requerer a realização da audiência prévia, a ter lugar nos vinte dias seguintes. Este requerimento não carece de deferimento do juiz, mas tão-somente do agendamento da diligência por este, uma vez que esta já ocorrerá por mera vontade da parte que a requereu. Deste modo, caso não a agende, o juiz comete uma nulidade por omissão de ato devido. ABRANTES GERALDES, *Temas da nova reforma do Processo Civil (2012)*, *ob. cit.*, p. 61, aplaude a opção que permitirá evitar “extensas e prolixas reclamações”.

¹⁵⁰ Em Espanha, diferentemente, a audiência prévia é mesmo de realização obrigatória, GASCÓN INCHAUSTI/PALOMO VÉLEZ, *La audiencia previa al juicio...*, *ob. cit.*, p. 11.

depois, como vimos, por se retroceder um pouco e manter a lista dos factos assentes, também se eliminou o questionário e criou-se a base instrutória, cuja inovação acabou por ser pouca ou nenhuma. Face a estas alterações que em nada romperam com o passado, o desafio era agora combater o enraizamento da figura do questionário, na busca de um novo paradigma. Na fase mais inicial dos trabalhos da Comissão discutia-se a hipótese de redução da base instrutória às questões essenciais de facto e aos temas controvertidos, sendo as primeiras “os factos constitutivos do direito e os que impedem a sua constituição, o modificam ou extinguem, desde que sejam controvertidos”¹⁵¹ e os segundos enunciados mais gerais elaborados sem tomar em linha de conta as regras de distribuição do ónus da prova, sem compreender a descrição de quaisquer factos, relegada para o momento da decisão da matéria de facto¹⁵². Todavia, tal opção foi abandonada e, apesar de num segundo momento ainda ter sido equacionada uma formulação que fazia referência à enunciação das questões essenciais de facto que constituem tema da prova, hoje o Código refere-se, no artigo 596º, apenas à identificação do objeto do litígio e à enunciação dos temas da prova¹⁵³.

A “Exposição de Motivos” da já referida Proposta de Lei n.º 113/XII olhava para esta alteração como “um dos mais emblemáticos pilares desta reforma” e avançava que “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 exceções 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”. Ora, nem da “Exposição de Motivos” nem de qualquer preceito legal é possível extrair o conceito ou pelo menos uma concretização do que sejam estes

¹⁵¹ LEBRE DE FREITAS, *Do conteúdo da base instrutória*, in *Julgaz*, N.º 17, 2012, p. 71. O ilustre processualista refere ainda que “uma base instrutória que inclua essas questões terá (...) de ser entendida em função das regras e distribuição do ónus da prova”.

¹⁵² *Ibid.*, p. 73, este ilustre processualista salienta a impossibilidade de compreender na base instrutória as questões essenciais de facto e também os temas controvertidos, porque situados em planos bem distintos, defendia a escolha consciente entre uma ou outra.

¹⁵³ No ordenamento jurídico espanhol, dispõe o artigo 428º.1 da LEC que “*En su caso, la audiencia continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes*”. Prevê assim a fixação dos factos controvertidos, na audiência prévia, no intuito de delimitar o objeto da controvérsia de forma clara, concreta e precisa, podendo ser levado a cabo de forma mais meticulosa ou através de remissão para os articulados das partes. Será apenas sobre os factos que permaneçam controvertidos que versará a atividade probatória subsequente. Acresce que caso não se verifique já controvérsia em relação aos factos, mas apenas ao direito a aplicar, o tribunal proferirá a sentença nos vinte dias seguintes ao termo desta audiência, sem que haja lugar ao *juicio*. GASCÓN INCHAUSTI/ PALOMO VÉLEZ, *La audiencia previa al juicio...*, *ob. cit.*, p. 48 e J. GUASP/P. ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I – Introducción y parte general, 7.ª Ed., 2004, Thomson Civitas, pp. 367-368.

novos temas da prova. Todavia, é claro que fora definitivamente abandonada a ideia de, nesta fase intermédia do processo, se proceder à enumeração dos factos que, tendo sido alegados pelas partes, permaneçam controvertidos ou estejam já provados. Deste modo, estamos cientes de que se trata de um conceito propositadamente indeterminado, para permitir densificações diferentes que se justifiquem em função de cada caso concreto¹⁵⁴.

O artigo 596.º do novo CPC prevê, a par da enunciação dos temas da prova, a identificação do objeto do litígio segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, isto é, a identificação do próprio *thema decidendum*, mas também do objeto da instância, constituído pela causa de pedir e pelo pedido. Atenta-se aqui, não a factos, mas ao efeito pretendido pelo autor, às impugnações do réu, às exceções deduzidas e às respostas dadas a estas. Trata-se da antecipação de um momento que até agora só surgia na sentença, com a enunciação das questões de direito a solucionar, o que implica que se proceda já à contextualização jurídica dos factos e se evidencie a sua relevância¹⁵⁵.

Reconhecendo que o Código deixou de fazer referência à operação de seleção da matéria de facto, voltamos agora aos temas da prova, almejando sermos capazes de avançar alguns critérios que devem orientar a sua enunciação, ou pelo menos algumas considerações a esse nível, sempre conscientes do seu discutível conteúdo e de que ainda muito se escreverá a esse respeito. Importa desde já esclarecer que o objeto da instrução continuam a ser os factos carecidos de prova¹⁵⁶ e não os temas da prova, contrariamente ao equívoco que o

¹⁵⁴ Dando conta disso mesmo, refere o Parecer do CSM, emitido a propósito da Proposta de Lei 113/XII, p. 61, disponível *online* em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/parecer13_novocpc.pdf>, que “os grandes temas da prova constituem o conteúdo mínimo deste guião, nada impede os sujeitos processuais de o densificarem, quando essa adequação se justificar (...). Pode este guião sobre o objeto da instrução conter a descrição (ou enumeração, por remissão para os articulados) dos factos relevantes, principais ou principais e instrumentais, alegados pelas partes, assim como pode, se adequado fosse, assumir a forma de um verdadeiro questionário (factos sob interrogação), tal como previa a lei processual civil antes da reforma de 1995/1996. Deixa-se nas mãos dos juízes e dos advogados a elaboração da ferramenta adequada ao caso concreto.”

¹⁵⁵ RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 505, igual préstimo é reconhecido à identificação do objeto do litígio por PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, *ob. cit.*, p. 281. Porém, este último parece partilhar do entendimento de LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, p. 198, para quem a “identificação do objeto do litígio, consiste na enunciação dos pedidos deduzidos (objeto do processo) sobre os quais haja controvérsia”. Já para DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, *ob. cit.*, p. 76, esta tarefa respeita à exposição sintética dos fundamentos da ação e da defesa, por oposição à delimitação dos termos do litígio, a que se refere a al. c) do n.º 1 do artigo 591.º, respeitante à enunciação, precedida de debate, dos factos controvertidos e dos que não são objeto de dissídio.

¹⁵⁶ OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 270-271, esclarece que o objeto da prova não são todos os factos alegados, mas apenas os que se mostrem pertinentes, portanto que sejam determinantes para a decisão. Desses factos, nem todos precisam de prova, pois como sabemos, uma vez que entre nós vigora igual regime, os factos notórios para o tribunal não precisam de prova (porque são do conhecimento da generalidade das pessoas), valendo o mesmo para os factos do conhecimento do tribunal, por força da sua atividade oficial.

artigo 410º parece querer introduzir, ao prever que “a instrução tem por objeto os temas da prova enunciados”¹⁵⁷.

Devem os temas da prova versar unicamente sobre matérias em relação às quais as partes permaneçam em conflito, pelo que aquilo em que estejam de acordo deve ser posto de lado, tal como os factos que já estejam provados no processo por documentos ou ainda por confissão expressa. Na verdade, agora não há qualquer especificação nem mesmo uma lista dos factos assentes, no entanto, o juiz não deve descorar a tarefa que estava na base da sua elaboração, pois terá igualmente de apurar quais os factos plenamente provados no processo para ser capaz de enunciar os temas da prova. Se é verdade que os factos que se mostram já assentes devem ser deixados à margem dos temas da prova, é igualmente fulcral a necessidade do juiz ter bem presente na sua mente essa circunstância para não correr o risco de sobre eles recair naquela enunciação, para depois sobre eles se voltar a deter aquando da elaboração da sentença. Pese embora não se vislumbrem impedimentos formais a que, em casos de manifesta complexidade, o juiz elabore uma lista de factos já assentes, na audiência prévia quando esta se realize ou mesmo no início da audiência final, procurando facilitar o seu trabalho subsequente, tal como o dos demais sujeitos processuais¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Igual entendimento decorre já do artigo 341.º do CC, que preceitua que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”, mas também de todas as disposições do CC referentes às provas (como o artigo 352.º em relação à confissão, o artigo 388.º sobre a prova pericial e o 390.º da prova por inspeção). Dando conta da infeliz redação do mencionado artigo 410.º, também DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, ob. cit., p. 53. PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, ob. cit., p. 281, adianta que a intenção do preceito é esclarecer que os factos a considerar no momento da produção da prova serão os relativos aos temas enunciados. RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, 1.ª Ed., 2014, Coimbra Editora, p. 375, admite implicitamente o equívoco, porquanto aclara que este preceito legal reconhece os temas da prova como objeto imediato dos atos instrutórios e os factos necessitados de prova como seu objeto mediato. Também a este propósito, esclareceu o Ac. do TRL de 23/04/2015, Proc. 185/14.9TBRGR.L1-2 (Ondina Carmo Alves), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, que “não obstante a redação dada ao artigo 410.º do nCPC, nos termos do qual a instrução tem por objeto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha havido lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova, é sobre os factos constante dos articulados apresentados pelas partes que a produção de prova e respetivos meios incidirão (...), e não sobre os respetivos temas de prova enunciados”.

¹⁵⁸ Esta possibilidade de elaboração de uma lista de factos assentes é igualmente admitida por RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 511, embora alertem para a ausência de qualquer efeito jurídico vinculativo dessa elaboração. Nesta ótica, cremos que a proximidade da causa poderá conduzir a que sejam desenvolvidos atos processuais formalmente não previstos, à luz de uma gestão processual moderna, mas também por razões de economia processual. Assim, se tomarmos como exemplo um acidente de viação no qual A, condutor, embate no veículo de B, em virtude do desrespeito de sinalização vertical de “STOP”, necessitando o segundo de intervenção cirúrgica e ficando com sequelas e limitações físicas decorrentes desse acidente, nos temas da prova não se vislumbra a necessidade de se enunciar se o km *x* da estrada *y* existe um sinal de “STOP” e mesmo questionar se o indivíduo B foi levado para o hospital e submetido a intervenção cirúrgica, uma vez que tais factos nesta fase processual já estarão em princípio adquiridos, mas controvertido permanecerão as circunstâncias em que se deu o embate, a velocidade a que circulavam na aproximação a uma zona de interceção, os danos decorrentes, o grau de incapacidade, etc.

Na elaboração dos temas da prova, deve procurar alcançar-se um ponto de equilíbrio entre um enunciado demasiado geral e abstrato e uma redação excessivamente concreta, como tal, não devem corresponder a puros conceitos normativos, desprovidos de qualquer densidade factual¹⁵⁹. Deste modo, sempre que possível deverá ser enunciado um tema específico que permita individualizar a matéria de facto daquele caso, em vez de eleger-se um tema que sirva qualquer ação do mesmo tipo. Para tal, é de admitir que um tema da prova seja desdobrado em subalíneas ou subpontos, podendo inclusive aceitar-se que, a seguir àquele, se indiquem de forma remissiva os artigos dos articulados a considerar para aquele específico tema¹⁶⁰. Sempre que isso não seja possível, restará formular um tema genérico que traduza a questão fáctica à qual é necessário responder para que o direito se possa aplicar. Esta harmonia será mais difícil de atingir sempre que os articulados sejam deficientes. O que nos leva a crer que sempre que as partes articulem com qualidade os temas serão enunciados de forma mais geral, pelo contrário, se as partes não observaram de modo satisfatório as boas práticas na redação dos seus articulados, mesmo após convite ao aperfeiçoamento, esta ferramenta tenderá a ser mais concreta e descritiva do que o suposto. Destarte, a articulação imprecisa, mas também a prolixa ou mesmo a conclusiva, será inimiga de uma enunciação salutar dos temas da prova, que terão de adaptar-se sempre ao caso concreto.

Os artigos relativos à enunciação dos temas da prova, como sejam o artigo 596.º e os artigos 591.º, n.º 1, al. a) e 593.º, n.º 2, al. c), relativos ao momento da sua enunciação, não explicitam o que se pretende que esta ferramenta seja. Todavia, parece-nos que os temas da prova não se restringem apenas a factos, pois entendemos que caso fosse esse o intuito do legislador, tê-lo-ia manifestado expressamente, não deixando margem para especulações. Daqui decorre a impertinência da discussão de saber se esta ferramenta respeita apenas aos factos essenciais ou também aos *instrumentais* e ainda aos *complementares* ou

¹⁵⁹ A este propósito afigura-se-nos oportuno reter o ensinamento vertido no douto Ac. do STJ de 13/11/2013, Proc. 444/12.5TVLSB.L1.S1 (Lopes do Rego), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>, e que consta também do próprio sumário: “Perante uma enunciação puramente conclusiva dos temas da prova, cabe ao juiz, na fase de julgamento, ao considerar provada ou não provada a concreta matéria de facto a que eles se reportam, de especificar e densificar tal factualidade concreta, fundamentando a sua decisão, não podendo limitar-se a considerar provada ou não provada a matéria, puramente conclusiva, que na fase de saneamento e condensação havia sido enunciada – cabendo à Relação, na sequência da impugnação da decisão sobre a matéria de facto, sindicá-la e corrigir tal deficiência”.

¹⁶⁰ Cfr. DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, *ob. cit.*, pp. 75-78.

*concretizadores*¹⁶¹. Tanto mais que nada parece obstar a que os temas da prova sejam conceitos conclusivos, podendo no limite ter conceitos de direito¹⁶². Porém, se assim for, isto é, se os temas da prova forem identificados por referência a conceitos conclusivos ou de direito, porque não há uma enunciação factual concreta, não podem as partes reclamar da omissão, prevista nos n.ºs 2 a 4 do artigo 596.º, a não ser que o objeto da reclamação seja precisamente essa falta de concretização que obsta ao exercício do contraditório¹⁶³.

Outra questão que ressurge e que se colocava igualmente no sistema anterior ao novo CPC, aí acolhendo uma esmagadora resposta afirmativa, e que importa formular, é a de saber se na redação dos temas da prova deve atender-se às regras de distribuição do ónus da prova. Se é certo que os temas da prova se demarcam do sistema tradicional dos quesitos, correspondentes a proposições interrogativas formuladas em atenção àquelas regras, às quais haveria de responder-se, posteriormente, “provado” ou “não provado”, também não faz sentido que agora esse enunciado não seja neutro. Assim, os temas da prova não devem ser constrangidos pelas regras do ónus da prova, por forma a permitir que sejam carreados para

¹⁶¹ Dando conta desse debate essencialmente doutrinal, ISABEL ALEXANDRE, *A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013*, in Revista do Ministério Público, N.º 134, Ano 34, Abril-Junho de 2013, pp. 16-18, esclarecendo depois que “embora os temas da prova que o juiz enunciou possam ter sido apenas os factos essenciais impugnados (...) a instrução tem necessariamente um âmbito mais vasto do que essa enunciação, abrangendo também os factos instrumentais (...) e complementares e concretizadores”.

¹⁶² RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 510, alertando para que a única exigência é que as partes percebam o que está em discussão. Em sentido algo diverso no que se refere ao uso de conceitos conclusivos, parece-nos ter ido o Ac. TRP de 07/10/2013, Proc. 448/08.1TBVPA.P1 (José Eusébio Almeida), disponível em <www.dgsi.pt>, que a propósito de acidente de viação ocorrido entre um veículo ligeiro de passageiro e um autocarro que se encontrava imobilizado na hemi-faixa direita por avaria mecânica, foi a companhia de seguros na qual se encontrava segurado o autocarro parcialmente condenada no pedido, tendo depois recorrido da decisão, com fundamento (entre outros) na violação do disposto no já aludido n.º 4 do artigo 646.º do anterior CPC, porquanto fora incluída “na matéria de facto fixada (em resultado das respostas dadas à base instrutória) juízos, considerações ou conclusões que, por não revestirem a real natureza de factos, naquela não deviam ser incluídos”. Ora o preceito desapareceu com a entrada em vigor do novo CPC que se aplicou no presente recurso, contudo entendeu o aresto que o princípio que lhe subjazia se manteve, isto é, “na fundamentação (de facto) da sentença, só mesmo os factos interessam”. Assim, insurgiu-se a ré contra o disposto num dos pontos da matéria fixada na sentença, que concluía que “as condições da via encontravam-se diminuídas”, ao que a Relação respondeu “A conclusão revela-se, no texto e contexto da afirmação, tão manifesta, que seria retirada por qualquer pessoa.”, no entanto acabou por alterar a redação daquele ponto, com a eliminação do termo “diminuída”, para o seguinte: “As condições de visibilidade para quem circulasse na referida via caracterizavam-se por estar a chover, ser noite cerrada e a via não ser servida por rede de electricidade pública ou outra qualquer iluminação”. O acórdão sustenta assim que “a matéria de facto à qual há que aplicar o direito tem de cingir-se a verdadeiros factos e não a questões de direito ou a meros juízos conclusivos”.

¹⁶³ Pegando no mesmo exemplo do acidente de viação, também nada parece impedir que seja enunciado o tema da prova que se socorra de um conceito de direito, tendente a saber se o acidente ocorreu por culpa excessiva do condutor A, por alusão por exemplo ao excesso de velocidade em que eventualmente seguia. A este propósito, admitiu ISABEL ALEXANDRE, *A fase da instrução e os novos meios de prova...*, *ob. cit.*, p. 16, que “não obstante a instrução ter por objeto factos, podem ou não ter sido anteriormente enunciados factos (...), se não tiver havido tal enunciação factual, as partes não podem reclamar da omissão”.

os autos os factos sem esse constrangimento¹⁶⁴, o que não impede que o juiz possa posteriormente orientar as partes relativamente aos respetivos factos a provar em sede de instrução¹⁶⁵.

Mencionámos já, a possibilidade de se deduzirem reclamações do despacho que identifique o objeto do litígio e enuncie os temas da prova, no entanto, mesmo após a sua decisão não há lugar à formação de caso julgado daquele despacho. Não obstante na redação do n.º 2 do artigo 596.º não se encontrarem descritos os fundamentos dessas reclamações, contrariamente ao que se verificava no homólogo artigo 511.º da versão precedente do Código, avançamos que essa reclamação poderá fundar-se na própria matéria de facto, quando o tema da prova enunciado corresponda a factos que já se encontrem assentes ou respeite a matérias não alegadas, sempre que em relação a elas exista ónus da alegação¹⁶⁶, ou mesmo quando ocorra uma identificação incorreta desses pontos, por excesso ou defeito, atendendo às especificidades do caso concreto. Nos casos em que se realize a audiência prévia, as reclamações serão apresentadas e logo decididas pelo juiz naquela diligência, porém, caso a parte que tenha a intenção de o fazer se abstenha, verá esse direito ser precludido¹⁶⁷. Já quando a audiência prévia haja sido dispensada, essas reclamações serão depois decididas na audiência prévia potestativamente requerida pela parte que pretender reclamar, como vimos¹⁶⁸.

Aludimos já que o despacho que enuncia aos temas da prova deve ser proferido na audiência prévia, sempre que esta se realize, após o despacho saneador, pelo que não

¹⁶⁴ É este o pensamento de RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 509, também perfilhado por PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, ob. cit., p. 287.

¹⁶⁵ Acolhemos aqui o pensamento de MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual...*, ob. cit., p. 96. Neste seu artigo, o professor reconhece proficuamente que “o juiz, após identificar os grandes temas controvertidos, alerte os advogados para a distribuição do ónus da prova que lhe pareça ser mais adequada ao caso”, norteador por uma ideia de gestão procedimental que o impele a assumir um papel ativo na condução do processo.

¹⁶⁶ Note-se que, nos termos do artigo 5.º do CPC, há factos que não estão sujeitos ao ónus da alegação e portanto podem ser considerados oficiosamente pelo juiz, é o caso dos factos instrumentais.

¹⁶⁷ Disto nos dá conta DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, ob. cit., p. 50, concluindo pelo indeferimento por extemporaneidade da reclamação que venha a ser apresentada posteriormente. A nosso ver, esta solução é de aplaudir e destina-se a reforçar a importância da audiência prévia e de uma efetiva participação das partes e dos seus mandatários na diligência, tal preclusão será ainda norteador por uma ideia de autorresponsabilidade das partes.

¹⁶⁸ Mantém-se também a possibilidade de impugnação do despacho proferido sobre as reclamações somente no recurso interposto da decisão final. RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, ob. cit., pp. 376-377, dá conta da discussão relativa à possibilidade de interposição de recurso imediato do despacho previsto no artigo 596.º. Embora o autor acabe por reconhecer que “a reclamação esgota e é a forma de exercício do direito de defesa da parte perante o despacho”, na nossa ótica a questão nem deveria colocar-se por se considerar já sedimentada legal e jurisprudencialmente entre nós.

podemos deixar de reconhecer as vantagens que daí advêm para o processo¹⁶⁹. Desde logo, porque será o resultado de um trabalho de conjunto, norteador por uma cooperação estreita entre juízes e advogados¹⁷⁰ e, eventualmente, as próprias partes. Deseja-se que esta situação se traduza na diminuição do número de reclamações contra esse despacho, uma vez que, participando nos trabalhos, as partes e os seus mandatários convencer-se-ão de que aquela encerra a melhor opção que poderia ser adotada. Para além disso, qualquer dúvida que possam deter em relação ao que cada tema pode abranger, ou mesmo qualquer esclarecimento relativo ao seu conteúdo, podem ser logo obtidos.

Naturalmente, não podemos deixar de reconhecer que a perspectiva do legislador era uma elaboração dos temas da prova pelo juiz, auxiliado pelos advogados¹⁷¹ e pelas partes, o que eventualmente cremos ter-se passado numa fase imediatamente seguinte à entrada em vigor do CPC de 2013. Não obstante, a verdade a que não podemos fugir é que, volvidos quase três anos, na maioria dos casos essa tarefa é realizada antecipada e unilateralmente pelo juiz, limitando-se os mandatários das partes, na maioria das vezes, a concordar com a redação que lhes é apresentada na audiência prévia.

¹⁶⁹ A este propósito RUI MOREIRA, *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projeto de uma nova reforma do processo civil*, texto da sua intervenção realizada no Colóquio sobre o novo Processo Civil a 08/03/2013, no Tribunal da Relação do Porto, disponível *online* <<http://www.trp.pt>>, p. 20, dá conta do tratamento diferenciado dado ao despacho saneador e ao despacho do artigo 596.º, porquanto o primeiro é ditado para a ata da audiência prévia (artigo 595.º, n.º 2) e o segundo, tal como as suas reclamações e as decisões que daí advenham, ficam apenas gravados, o que poderá conduzir à necessidade de audição da gravação da audiência prévia pelo juiz, que aquando da audiência de julgamento naturalmente já não se recordará da identificação do objeto do litígio e da enunciação dos temas da prova que havia levado a cabo.

¹⁷⁰ Esta ideia de cooperação reveste-se da maior importância e deve nortear todo o processo civil. Entre nós surgiu com a Reforma de 1995/96, consagrando o artigo 266.º o princípio da cooperação e situando-se agora, com a recondução dos princípios para os primeiros artigos do código, no artigo 7.º. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 185-191, distingue entre cooperação material e formal, a primeira norteadora pela descoberta da verdade material, impondo poderes ao juiz e deveres às partes e a segunda virada para a coadjuvação para a ultrapassagem de obstáculos com que os sujeitos se confrontem. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *ob. cit.*, pp. 62-69, distingue entre deveres das partes e do tribunal, estando as primeiras adstritas a proceder de boa-fé, já ao juiz reconhece vários deveres: de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Alguns falam, a este propósito, de uma comunidade de trabalho entre as partes e o tribunal. OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 149, critica o uso dessa expressão pelo perigo que pode representar na tentativa de camuflagem do antagonismo existente entre as partes e também pela renúncia que faz à autorresponsabilidade das partes. FREDIE DIDIER JR., *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 35 e ss., aplaude o contributo da cooperação para o equilíbrio do nosso ordenamento jurídico-processual. HUMBERTO DALLA, *A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação* o objetivo da cooperação, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. XVI, 2015, p. 247, disponível *online* <www.e-publicacoes.uerj.br>, informa que a cooperação “não é fazer com que as partes concordem em tudo, mas que ao menos as disputas desnecessárias possam ser resolvidas mediante um consenso entre elas, não havendo porque criar entraves a cada passo para frente que caminha a marcha processual”.

¹⁷¹ O que levou ANTÓNIO MARTINS, *Código de Processo Civil - Comentários e Anotações Práticas*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 271 a reconhecer que esta nova ferramenta apela a um melhor e mais exigente desempenho profissional dos juízes mas também dos advogados, o que não se obtém por simples decreto.

Não temos dúvidas acerca da eliminação do esquema da especificação e questionário, transmutados com a Reforma de 1995/1996 em lista dos factos assentes e base instrutória, pondo termo a um sistema tradicional que vinha do Código de 1939, com a consagração da identificação do objeto do litígio e a enunciação dos temas da prova, todavia, cremos ser ainda possível a elaboração de um questionário/base instrutória, em casos de especial complexidade factual, quando o juiz o considere necessário para a boa decisão da causa¹⁷². Esta possibilidade encontrará naturalmente fortes oposições, sobretudo pelos mais acérrimos defensores do novo Código. Nós próprios somos levados a admitir tal hipótese apenas em situações excepcionais, sob pena dos temas da prova seguirem a sorte de uma falhada base instrutória. No entanto, estamos em crer que esta possibilidade conferida ao juiz pode encontrar abrigo no novo princípio da gestão processual.

A este princípio que se espraia por duas vertentes distintas, fizemos já, ao longo do presente excursão, várias alusões pois ele interage (ou melhor, deve interagir) com as matérias objeto do presente estudo. De um lado temos assim uma gestão puramente procedimental¹⁷³, à luz da qual são reconhecidos ao juiz poderes para realizar uma justiça rápida, económica e justa, mas faz também sobre o mesmo impender um vasto leque de deveres: de direção, impulso¹⁷⁴, agilização¹⁷⁵ e de sanção das irregularidades da instância. No lado oposto

¹⁷² Esta possibilidade é explicitamente admitida por RUI MOREIRA, *Os princípios estruturantes do processo civil...*, *ob. cit.*, p. 20, quando se mostre necessário precisar os factos em discussão, à luz do dever de adequação formal que impende sobre o juiz. Também FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 609, afirmando ser preferível a opção pela simples eliminação de um instrumento como a base instrutória ou os temas da prova por forma a conferir total liberdade ao juiz e às partes na formação da prova, acaba por reconhecer que tanto pode ser dispensada a elaboração dos temas da prova como podem ser organizados de modo semelhante à abandonada base instrutória. Explica que “a adequação de um ou de outro depende do caso concreto, da sua complexidade, do tipo de prática dos advogados, da forma de trabalho do juiz”.

¹⁷³ Este sentido da gestão processual choca com o princípio da legalidade das formas processuais, segundo o qual a estrutura e a forma processuais resultavam exclusivamente de previsão legal, não podendo ser deixadas ao critério do juiz e das partes. O processo devia assim seguir um roteiro previamente traçado, ao qual não podia fugir. Sopesados os benefícios da sua aplicação em termos de segurança jurídica para as partes e as vantagens do seu abandono traduzidas em celeridade e efetividade, prevaleceram as segundas e o princípio foi maioritariamente abandonado, em nome da justa composição do litígio. TRÍCA CABRAL, *Flexibilização procedimental*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, 2010, disponível online <www.e-publicacoes.uerj.br>, pp. 137-138. Esta gestão procedimental radica do direito processual inglês (da Rule 1.4 das CPR), que consagra o *active case management* (que se distingue do *court management*, relativo à organização interna do tribunal).

¹⁷⁴ Este dever de impulso traduz-se na eliminação de obstáculos que possam “encravar” o processo, a levar a cabo pelo tribunal, fazendo-o avançar. J. GUASP/P. ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, pp. 483-484.

¹⁷⁵ O juiz tem o dever de evitar paragens do processo. A título exemplificativo reconhecemos que, nos termos do artigo 351.º do CPC, à luz deste dever, o juiz pode ser levado a conceder ao autor prazo para requerer a habilitação do réu, se das diligências de citação do réu levadas a cabo resultou o certificado do seu falecimento, sob pena de se “deitar abaixo” o processado.

encontramos a gestão material que “toca no coração” do próprio processo¹⁷⁶, isto é, no pedido e na causa de pedir, permitindo ao juiz apresentar convites às partes, no sentido de estas completarem as suas alegações de facto ou mesmo reformularem o pedido apresentado, para que este se revista de utilidade. Ambas as vertentes convocam uma ideia de “gestão participada”, a primeira porque pode ferir a confiança das partes na tramitação processual a seguir, já a gestão material, pela peculiaridade que reveste, deve apresentar-se apenas como sugestão¹⁷⁷. Entre nós não é unânime o reconhecimento destas duas perspetivas no artigo 6.^º¹⁷⁸, todavia, por nossa parte, não temos qualquer relutância em admiti-las.

¹⁷⁶ Se a gestão procedimental entra em rota de colisão com o princípio da legalidade, não é menos verdade que a gestão material fere o princípio da autorresponsabilidade das partes. Este tipo de gestão (*materielle Prozessleitung*), de inspiração alemã, encontra-se expressamente consagrada no § 139 da ZPO alemã desde a Reforma de 2001, prevendo que o juiz deve atuar no sentido de chamar à atenção para aspetos que careçam de serem corrigidos pelas partes. MIGUEL MESQUITA, *A flexibilização do princípio do pedido...*, *ob. cit.*, pp. 145-146.

¹⁷⁷ MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual...*, *ob. cit.*, p. 97. No sentido de que a audiência prévia das partes não é sempre obrigatória, mas deverá ser a regra, isto considerando que “quanto mais participada, mais eficaz tenderá a ser a gestão processual”, veja-se RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, pp. 53-54.

¹⁷⁸ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. I, 3.^ª Ed., Coimbra Editora, 2014, p. 23, parecem reconhecer apenas uma gestão puramente procedimental, apesar de orientada para a obtenção de uma decisão de mérito. Semelhante entendimento parece deter TEIXEIRA DE SOUSA, *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 43, Julho-Setembro de 2013, pp. 10-11. O processualista reconhece à gestão processual um aspeto instrumental e outro substancial, expresso no “dever de condução do processo”, mas restringido apenas a uma intervenção no campo procedimental. Diferentemente, MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual...*, *ob. cit.*, pp. 91-97, reconhece manifestações dos dois tipos de gestão no nosso processo civil.

II. Apreciação crítica: questionário, base instrutória ou temas da prova?

Depois de estudados estes três instrumentos de condensação do processo que ao longo do último século o nosso ordenamento jurídico-processual conheceu, procuraremos, em sede de apreciação crítica, aferir qual o mais vantajoso, aquele que melhor serve os fins do processo civil moderno.

Desde logo, não podemos esquecer que a primeira tarefa de seleção da matéria de facto é desempenhada pelas próprias partes, e não apenas aquando da elaboração dos articulados, pois, por via de regra, as partes dirigem-se ao escritório do advogado e com ele reúnem, expondo-lhe o problema, este por sua vez, vai interpretar e “filtrar” a informação recebida, para depois a enquadrar juridicamente e expor somente os factos que considerar relevantes¹⁷⁹.

O primeiro desses instrumentos, o *questionário*, consagrado inicialmente no artigo 15.º do Decreto n.º 21:694, de 29 de Setembro de 1932, depois introduzido no Código de 1939, representava, como vimos, o elenco dos factos controvertidos. Sobre o julgador, na sua elaboração, recaía a tarefa de quesitar toda a matéria fáctica com interesse para a solução do litígio, sem atender à forma como poderia, na instrução da causa, ser provada. Vimos também que esta peça, na qual apenas podiam figurar questões de facto, assumia capital importância na definição dos limites da atividade instrutória, tanto por parte do juiz como das próprias partes. Mas era igualmente relevante na fixação dos poderes do tribunal coletivo que procedia ao julgamento da matéria de facto¹⁸⁰. Significa isto que as diligências probatórias só podiam incidir sobre os factos constantes daquela peça, somente esses eram apreciados depois pelo tribunal coletivo que declarava quais julgava provados e não provados e apenas a esses, juntamente com os da especificação, devia atender-se no julgamento final do pleito. Se é verdade que o questionário pretendia “desembaraçar o processo das questões de facto inúteis”¹⁸¹, por outro lado não podemos negar que esta peça

¹⁷⁹ JOSÉ OSÓRIO, *Julgamento de facto*, *ob. cit.*, p. 205 observa que “em processo civil é às partes que em primeira linha se confia o trabalho de seleção da matéria de facto, impondo-se-lhes o ónus de indicarem nos seus articulados os factos relevantes”. No mesmo sentido, FRANÇA GOUVEIA, *Os poderes do juiz cível na ação declarativa*, in *Julgar*, N.º 1, 2007, p. 61, reconhece que o advogado “quando escreve a petição inicial, já selecionou, já recortou os factos”, mas “também os «traduziu» para a linguagem jurídica”.

¹⁸⁰ Cfr. ANTUNES VARELA/ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, *ob. cit.*, pp. 403-404.

¹⁸¹ MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 185.

funcionava como um verdadeiro *espartilho* do processo, representando um esquema rígido e fechado quanto ao acervo fáctico da lide, pois após a fase dos articulados ficava encerrada a possibilidade de qualquer alteração factual¹⁸².

Apesar de não ser totalmente consensual entre os processualistas, esta peça acabou por ser mantida quer no Código de 1961, como nas reformas subsequentes¹⁸³. Todavia, aquando dos trabalhos preparatórios da Reforma de 1995/96, a questão da manutenção do questionário e da especificação voltou a debater-se e num primeiro momento decidiu-se mesmo pela abolição da especificação, porém, acabaram ambas por manter-se em moldes muito semelhantes, embora sob a denominação de base instrutória e factos assentes, respetivamente.

Relativamente à *base instrutória*, cremos que o intuito inicial era fazer desta peça um articulado menos prolixo que se afastasse substancialmente da figura do questionário, não reproduzisse tudo aquilo que havia sido alegado pelas partes e se limitasse apenas aos factos principais da causa¹⁸⁴. Também a preclusão relativa à alegação factual sofreu atenuações, pois se sobre as partes continuava a recair o ónus da alegação dos factos que sustentavam as suas pretensões, já na decisão passou a poder atender-se a factos não alegados inicialmente pelas partes. Assim, a base instrutória e a lista dos factos assentes disciplinavam o processo e a atuação das partes e dos seus mandatários, mas também do próprio juiz, a partir do momento da sua elaboração. A base instrutória era reconhecida como um instrumento de síntese da controvérsia que continha a interpretação que da realidade fazia o juiz.

Na verdade, a prática revelou que as alterações não podem instituir-se por mero decreto e o hábito enraizado nos tribunais de reproduzir a matéria de facto articulada pelas partes por meio de preposições interrogativas – os quesitos – manteve-se em moldes muito semelhantes, tal como as diligências probatórias e o próprio julgamento de facto continuaram a fazer-se tendo aquela peça como ponto de partida e limite. Contudo, os diplomas¹⁸⁵ que

¹⁸² PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, *ob. cit.*, p. 264.

¹⁸³ Dando conta da manutenção do esquema especificação/questionário no Anteprojeto de 1988 e da sua alteração no de 1993 (na realidade o diploma foi finalizado em 1990, mas só nesse ano foi apresentado), LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 428.

¹⁸⁴ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Do conteúdo da base instrutória*, *ob. cit.*, p. 70. PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, *ob. cit.*, p. 276, refere, a este propósito, que “o regime instituído pela Reforma de 1995/96 parecia configurar um meio termo entre a quesitação minuciosa, pormenorizada e rígida do sistema antigo e a formulação de grandes temas probatórios”.

¹⁸⁵ Vide *supra* I, 4.1.

consubstanciaram a Reforma de 1995/96 sofreram várias alterações, nomeadamente a operada pelo DL n.º 183/2000, de 10 de Agosto que alterou, entre outros, o artigo 646.º do Código revogado, limitando a intervenção do tribunal coletivo na discussão e julgamento da causa aos casos em que ambas as partes o houvessem requerido, traduzindo-se praticamente na eliminação da intervenção do coletivo. Esta alteração contribuiu fortemente para a diluição da distinção entre matéria de direito e matéria de facto, já que seria o mesmo juiz – singular – a decidir de facto e de direito.

Começou a fazer sentir-se a necessidade de uma nova codificação, pois o Código de 1961 sofrera dezenas de alterações e, sobretudo as últimas, indiciavam uma visão do processo civil bem diferente daquela que vigorava aquando da sua elaboração e que faziam dele uma verdadeira *manta de retalhos*.

Surge assim o Código de 2013 e, deixando de lado por ora as discussões relativas à questão de saber se esta é ou não uma codificação nova, reportar-nos-emos apenas aos *temas da prova* que pretendem demarcar-se das pretéritas figuras do *questionário* e da *base instrutória* no que respeita ao método a empregar na sua enunciação, mas também nas funções a desempenhar.

Os *temas da prova*¹⁸⁶ conferem ao juiz, na sua elaboração, uma grande margem de flexibilidade, podendo os enunciados ser mais vagos ou mais concretos, consoante as necessidades do caso¹⁸⁷. Esta peça vai desempenhar uma indubitável função de organização geral do processo, de orientação e preparação dos atos subsequentes, fixando os pontos controvertidos e deixando de lado os factos já demonstrados, a indicar depois pelo juiz no julgamento da matéria de facto, no intuito de esclarecer as partes em relação ao que vai ser discutido na audiência final, embora sem qualquer efeito preclusivo. Constituem, inegavelmente, um instrumento de síntese da controvérsia¹⁸⁸.

Devem também os *temas da prova* permitir a elucidação do autor e do réu relativamente aos pontos de facto sobre os quais a prova deve versar para o sucesso das suas

¹⁸⁶ ISABEL ALEXANDRE, *A fase da instrução e os novos meios de prova...*, *ob. cit.*, pp. 14-15, entende que a designação de “temas da prova” é pouco rigorosa, desde logo porque, para efeitos da instrução do processo, só os factos podem ser enunciados e provados e não os temas, para além disso no CC não se faz qualquer menção a temas, como objeto da prova.

¹⁸⁷ PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, *ob. cit.*, p. 285.

¹⁸⁸ DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, *ob. cit.*, pp. 75 e 197-198. Porém o autor esclarece que “a prova continua a incidir sobre os factos alegados e não sobre os temas da prova”, tal como reconhece que os temas da prova “não são factos, nem direito, por modo que eles não são convocados, nem no momento da motivação da matéria de facto pertinente à decisão de mérito nem no momento da subsunção dos factos ao direito”.

pretensões, a fim de evitar o risco de surpresa para as partes, contudo tal trabalho terá sempre de pautar-se por uma ideia de cooperação entre as partes e o próprio juiz.

Também na inquirição das testemunhas¹⁸⁹, os *temas da prova* conferem ao juiz maior liberdade na procura da verdade dos factos, pois permitem-lhe pedir à testemunha que *conte como tudo se passou* antes de a *dar* ao advogado. Já o advogado, ao abrigo desta nova figura, pode interrogar a testemunha sobre uma maior multiplicidade de factos e não apenas sobre os quesitos pré-redigidos e assim obter desta uma visão de conjunto relativa aos factos controvertidos e ao próprio dissídio. Tal sistema trará, a nosso ver, claras vantagens para a pronúncia de uma decisão justa, que ponha fim à contenda.

Mas as vantagens não se ficam por aqui, uma vez que o novo Código e os temas da prova em particular, contribuirão seriamente para esbater a clássica distinção entre matéria de facto e matéria de direito¹⁹⁰ que marcou negativamente o regime anterior. Atualmente, teremos o mesmo juiz do início ao fim do processo que procede tanto ao julgamento da matéria de facto como ao enquadramento jurídico da questão, na sentença final.

¹⁸⁹ A este propósito, prevê o artigo 516.º que “A testemunha depõe com precisão sobre a matéria dos temas da prova”.

¹⁹⁰ Neste sentido, FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 610, e avançando que o juiz “pode simplesmente elencar como tema de prova, a validade ou invalidade do contrato”. A este propósito, considere-se o Ac. STJ de 14/01/2016 (Ana Luísa Geraldes), Proc. 1391/13.9TTTCBR.C1.S1, disponível em <www.dgsi.pt>, em que o autor pede que a ré reconheça a existência de um contrato de trabalho sem termo entre ambos, a declaração da ilicitude do seu despedimento, a sua reintegração no posto de trabalho e o pagamento de créditos vencidos e vincendos. Alegou para tanto que entre 2000 e 2013 exerceu as funções de “Diretor Clínico da ré, em representação desta, nos locais que lhe foram determinados, em horários definidos pela Ré, inserido na sua estrutura orgânica e organizativa e mediante as suas instruções e fiscalização, subordinado ao Conselho de Administração da Ré, recebendo, em contrapartida, o pagamento de uma retribuição mensal certa e determinada”. Tendo a ré sido condenada em primeira instância, interpôs recurso para o TRC que revogou a decisão recorrida e a absolveu do peticionado. Razão pela qual a autora interpôs o recurso objeto do referido acórdão. Considerou a nossa justiça suprema que “A partir das alterações introduzidas pela recente reforma ao CPC, através da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, deixou de existir uma quesitação atomística e sincopada de pontos de facto, para se proceder ao elencar dos temas de prova que, *a posteriori*, com a discussão e julgamento da causa, irão ser integrados pelos factos essenciais controvertidos com relevância para a decisão da causa, e em que a pronúncia sobre a matéria de facto provada e não provada é feita na própria sentença, em sede de fundamentação de facto. Quer isto dizer que, *com o atual Código de Processo Civil, as dificuldades clássicas relacionadas com a distinção entre matéria de facto e de direito mostram-se bastante atenuadas* (itálico nosso). Contudo, o novo modelo, com a expressa enunciação dos temas da prova, apesar de ter posto fim à anterior rigidez de quesitação dos factos, não suprimiu a distinção jurídica entre ambas as matérias – a de facto e a de direito – pelo que, o Juiz não pode incluir no elenco dos factos provados conceitos de direito ou conclusões normativas que possuam virtualidades para condicionar o destino da ação.” Assim, acaba por concluir que “*a afirmação de que o Autor integrava a estrutura organizacional da Ré* assume natureza jurídica conclusiva e, por consequência, não deve constar da matéria factual provada, mas extraída de outros factos inseridos no acervo fáctico provado e reveladores dessa integração”. Por nossa parte, não vemos qualquer problema na enunciação como tema da prova “*integração da estrutura organizacional da ré*”.

Por fim, somos ainda impelidos a reconhecer que a própria formulação dos *temas da prova* se alcança de forma incomparavelmente mais rápida do que a elaboração do *questionário* ou da *base instrutória* que requeriam um trabalho minucioso e moroso do julgador, já esta nova figura dos temas da prova contribui a este nível para a proclamada celeridade processual.

Creemos que esta opção pelos *temas da prova* representa uma solução intermédia entre o tradicional *espartilho* da instrução e do julgamento que o *questionário* representava e a ausência completa de qualquer peça que norteie esses momentos processuais, tal como acontece na maioria dos outros países europeus. Quem sabe daqui a alguns anos estaremos preparados para *dar esse salto*.

III. O princípio do dispositivo: a flexibilização e os temas da prova

O Estado de Direito Democrático assegura a resolução de conflitos públicos e privados pelo órgão jurisdicional com o recurso a regras jurídicas, mas também a princípios¹⁹¹. A importância destes últimos não pode ser negada, já que asseguram a coerência sistemática do nosso ordenamento jurídico.

Vimos já, no início da presente dissertação, que segundo a conceção liberal do processo, dominada pela passividade do juiz, às partes é atribuído o controlo do processo, podendo estas dele dispor livremente, segundo o princípio dispositivo. Como sabemos também, esta conceção foi ultrapassada por outra que confere ao juiz vastos poderes e exige uma cooperação entre as partes e entre estas e o próprio tribunal. O que não significa, nem pode significar, a superação do princípio do dispositivo que continua a revestir cabal importância nos dias de hoje, além de que em processo civil a atuação dos tribunais é legitimada apenas pelo impulso processual das partes (*nemo iudex sine actore*).

E não obstante o modelo de temas da prova, as partes continuam a ter o ónus de alegar os factos que sustentam as suas pretensões¹⁹², é o ónus de alegação¹⁹³. Uma vez invocados esses factos, é-lhes correspondentemente atribuído o ónus de os provar¹⁹⁴. Porém, este ónus de alegação vale somente para a matéria de facto, pois relativamente à questão de

¹⁹¹ Cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.* Vol. I, p. 205 e Vol. II, p. 509.

¹⁹² Cfr. DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, *ob. cit.*, p. 73.

¹⁹³ Quanto ao conceito de ónus jurídicos aderimos, pela subtilidade, à definição apresentada por CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, 2003, p. 242. Não sendo verdadeiros direitos nem deveres, são encargos que impedem sobre determinados sujeitos de observar um determinado comportamento, caso o onerado pretenda, para si, obter ou manter determinada vantagem.

¹⁹⁴ O ónus da prova é uma ferramenta usada para definir quem é a pessoa responsável por sustentar uma proposição. Em princípio, a pessoa responsável por uma determinada proposição é também aquela que deve oferecer as provas necessárias para a sua sustentação. Assim, atendendo ao prescrito no artigo 342.º do CC, a regra geral do ónus da prova traduz-se no encargo que compete à parte que invoca um direito, de demonstrar a realidade dos factos alegados, necessária à procedência do pedido por si deduzido em juízo. Todavia, por força do peso crescente reconhecido ao princípio do inquisitório, a prova dos factos no processo deixou de “constituir monopólio das partes”, pois sobre o juiz impende o dever de realizar ou ordenar as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade e às partes cabe a obrigação de colaborar para a descoberta da verdade. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 175-176. Sobre a distinção feita pela doutrina entre ónus da prova objetivo e subjetivo, veja-se OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, pp. 272-273.

direito, o juiz não está circunscrito às alegações das partes (*iura novit curia*)¹⁹⁵, o que encontra sustentação na própria lei processual (artigo 5.º, n.º 3).

1. Princípio do dispositivo (breve alusão)

Procuraremos por ora tecer umas notas breves sobre este princípio, dominante em todos os ordenamentos jurídico-processuais ocidentais democráticos¹⁹⁶ e que constitui uma trave mestra do processo civil, para depois tentarmos perceber de que modo os temas da prova reclamam a sua flexibilização.

Trata-se de um princípio com uma longa tradição. Primeiramente interpretado à luz de uma visão liberal do processo que depositava nas partes um vasto conjunto de poderes, mas que também assentava numa forte ideia de preclusão. Com a passagem para a conceção publicística do processo, também a visão geral deste princípio sofreu modificações. Entre nós, já o Código de 1939 tinha subjacente esta última conceção do processo¹⁹⁷. E, temos que admiti-lo, pela Reforma de 1995/96 conhecemos um princípio do dispositivo suavizado ou mitigado, uma vez que foram introduzidas alterações significativas neste campo¹⁹⁸, daí que se esperasse que o Código de 2013 seguisse essa linha e consagrasse a tão reclamada flexibilização deste princípio. Tal não se verificou e como se não bastasse a própria

¹⁹⁵ LOPES DO REGO, *Princípio dispositivo e os poderes de convalidação do juiz no momento da sentença*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Vol. I, 1.ª Ed., Coimbra Editora, 2013, pp. 783-784, fala na liberdade do juiz proceder a uma “subsunção ou qualificação jurídica da factualidade processualmente adquirida, diversa da que a parte interessada havia realizado durante o processo”, trata-se de uma reconfiguração da factualidade alegada pelos litigantes num plano estritamente normativo. O Conselheiro refere que antes de se decidir desse modo deve haver lugar à audição das partes, por força do artigo 3.º, n.º3 do CPC, no entanto, informa da necessidade de compatibilização dessa “audição complementar das partes” com a “celeridade e economia processuais”.

¹⁹⁶ FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, pp. 602-603. A ilustre professora considera o princípio do dispositivo como uma “tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade. Perfilhando semelhante entendimento sobre o fundamento do princípio do dispositivo no direito constitucional à propriedade privada, ANTONIO CARRATA, *I principi del nuovo processo civile Spagnolo*, in RDP, Padova, Cedam, Ano LVIII, II Série (2003), N.º1, p. 66. Considerando o seu fundamento na autonomia privada, OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 131.

¹⁹⁷ No entanto, este Código era um pouco contraditório, na medida em que, no domínio da prova, já reconhecia poderes instrutórios ao juiz, mas quanto aos factos, impunha que só poderiam considerar-se aqueles que tivessem sido alegados pelas partes nos articulados.

¹⁹⁸ Com a alteração do artigo 264.º, no reconhecimento da existência de factos instrumentais que devem ser officiosamente considerados e de factos complementares ou concretizadores de outros que hajam sido alegados e que podem vir a ser considerados. E também com a introdução de uma forte ideia de cooperação formal e material.

expressão “princípio do dispositivo” foi banida do diploma, uma vez que o artigo 5.º, sucedendo ao artigo 264.º do diploma revogado, tem como epígrafe “ônus de alegação e poderes de cognição do tribunal”. Apesar da incompreensível supressão, jamais poderíamos concluir pelo abandono do princípio¹⁹⁹, pois o *coração do dispositivo* continua a bater no novo CPC.

1.1. Sentido(s) do princípio

Segundo uma conceção clássica, pura, o princípio do dispositivo representava que às partes incumbia a alegação dos fatos e das provas e aquilo que não fosse por elas alegado não podia depois ser provado.

Atualmente a doutrina maioritária tem um entendimento mais vasto deste princípio do que aquele que seguiremos. Consideram que o princípio do dispositivo se traduz essencialmente em três dimensões de que sinteticamente daremos conta²⁰⁰. Nesta ótica, contempla a liberdade de decisão sobre a propositura da ação. Significa isto, que uma vez proposta a ação, deve ser o juiz a tomar as *rédeas* do processo. Anteceder-lhe-á o momento em que o autor convoca a tutela jurisdicional, impulso este no qual o tribunal não se pode

¹⁹⁹ FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 604 manifesta a sua perplexidade perante a eliminação da expressão da codificação. Aplaudindo a nova epígrafe do artigo 5.º, RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 30. Referem os autores que este preceito já não trata apenas do princípio do dispositivo e como tal, atendendo à ideia de que “as epígrafes devem ser elaboradas com a preocupação de explicitar sinteticamente o conteúdo dos artigos a que se referem”, a alteração visou conferir maior rigor ao teor da própria epígrafe na apresentação do conteúdo do artigo.

²⁰⁰ Importa salientar que LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 156-157, seguindo a doutrina alemã, distingue, no seio do dispositivo, dois princípios: o princípio do dispositivo *stricto sensu* (*Dispositionsmaxime*) e o princípio da controvérsia (*Verhandlungsmaxime*, *principio di trattazione* para os italianos), o primeiro contempla a impulso processual das partes e a delimitação do objeto do processo, já o segundo correspondente à responsabilidade pelo material fático da causa e pela prova deste. Na esfera internacional, MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, *ob. cit.*, p. 631, alerta que “dentro do princípio do dispositivo têm sido confundidos dois princípios distintos, embora complementares: o princípio do dispositivo em sentido estrito e (...) o princípio «de aportación de parte», segundo o qual as partes têm também o monopólio de levar para o processo os elementos de facto e os meios de prova” (tradução nossa). Traçando igual distinção, TITO CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, tradução para espanhol em Revista de la Facultad de Derecho de México, N.º 12, Outubro-Dezembro, 1953, disponível *online* <www.derecho.unam.mx>, pp. 132-137 e ANTONIO CARRATA, *I principi del nuovo processo civile Spagnolo*, *ob. cit.*, pp. 68 e ss.

TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, *ob. cit.*, p. 69 traça uma outra distinção no que toca à relevância da vontade das partes no processo, entre o princípio do dispositivo e o princípio da disponibilidade privada. O primeiro representa a prevalência da vontade das partes na definição dos fins a obter com o processo e o segundo “determina o domínio das partes sobre os factos a alegar e os meios de prova a utilizar para conseguir aqueles objetivos”.

substituir às partes. Esta limitação de intervenção do tribunal na resolução de conflitos somente quando “lhe seja pedida por uma das partes”, encontra-se consagrada no artigo 3.º, n.º1²⁰¹. A segunda dimensão reporta-se à liberdade de conformação do objeto do processo, constituído pelo pedido e pela causa de pedir, ou seja, o autor, aquando da propositura da ação formula o pedido, fundado em determinados factos, mas sobre este aspeto nos debruçaremos de seguida. Por fim, falam de uma liberdade relativa ao termo do processo, isto é, as partes podem terminar o processo por transação²⁰², desistência da instância ou do pedido²⁰³ e ainda mediante confissão do pedido pelo réu²⁰⁴.

De todo o modo e como já tivemos a oportunidade de referir, seguiremos, por razões de maior facilidade de compreensão e maior rigor, a doutrina que consideramos mais válida e que adota uma conceção mais restrita deste princípio do dispositivo, porque autonomizando o princípio do pedido, a ele cede algumas dimensões²⁰⁵. Neste sentido,

²⁰¹ Segundo o entendimento que julgamos mais adequado, esta regra processual que, baseada no brocardo *ne iudex procedat ex officio*, informa-nos que os tribunais não se auto-ativam, é uma das dimensões do princípio do pedido que autonomizamos do princípio do dispositivo. A outra dimensão, respeitando a uma regra há muito reconhecida no nosso ordenamento jurídico, consiste na proibição de condenação em quantidade superior ou coisa diversa da peticionada (*ne eat iudex ultra petita partium*). Alguma doutrina tem reclamado a flexibilização desta última dimensão do princípio do pedido. Cfr. MIGUEL MESQUITA, *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil*, *ob. cit.*, p. 137 e ss. E esta tendência foi mais recentemente sufragada por FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito processual civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 372 e ss.

²⁰² É o acordo pelo qual as partes põem termo ao processo mediante cedências recíprocas, no entanto, está sujeito à verificação da sua validade pelo juiz que o homologará se for válido, mas somente quanto estejam em causa direitos disponíveis. Sobre a disponibilidade como requisito da transação, SAN CRISTÓBAL REALES, *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, in Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIV, 2011, disponível online <<https://dialnet.unirioja.es>>, p. 284.

²⁰³ São coisas distintas e disso nos dá conta o artigo 285.º. A desistência da instância é uma declaração mediante a qual a parte renuncia à ação proposta, sem contudo renunciar ao direito que através dela pretendia fazer valer, trata-se de um ato unilateral do autor, condicionado legalmente à aceitação do réu sempre que ocorra após a apresentação da contestação por este. Já a desistência do pedido consiste na renúncia do autor ao próprio pedido, o que extingue o direito que este pretendia fazer valer em juízo e liberta o réu definitivamente do pedido.

²⁰⁴ CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 211-217, perfilhando esse entendimento, usa a seguinte terminologia: disponibilidade do início do processo, disponibilidade do objeto do processo e disponibilidade do termo do processo. Admite que a primeira dimensão representa o princípio do pedido, do impulso processual inicial. A disponibilidade do objeto consiste na liberdade de articulação de factos e formular pedidos. Por fim, a última dimensão corresponde à liberdade que as partes detêm de pôr termo ao processo. Também assim LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 156 e ss; FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 604. Na doutrina alemã, é este o entendimento dominante sobre o princípio dispositivo, OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, pp. 131 e ss.

²⁰⁵ Adotaremos a orientação fornecida por Miguel Mesquita que perspetiva o princípio do dispositivo ligado à alegação do material fáctico e autonomiza o princípio do pedido. MIGUEL MESQUITA, *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil*, *ob. cit.*, p. 135, nota 3. O nosso professor esclarece que segue a orientação de LIEBMAN, *Fundamento del principio dispositivo*, in RDP, Vol. XV, Padova, Cedam, 1960, pp. 551 e ss.

desvinculando-o do pedido, associamos ao dispositivo o ónus da alegação dos factos essenciais que impende sobre as partes, ou seja, admitimos que as partes detêm o monopólio dos factos²⁰⁶ no processo.

O artigo 5.º, n.º1, informa-nos que sobre as partes recai o ónus de alegação dos factos²⁰⁷ essenciais, isto é, os que integram a causa de pedir e os que fundamentam as exceções invocadas. E qual será então a consequência da inobservação desse ónus? Fazendo uma leitura conjunta dos n.º 1 e 2 daquele preceito, concluímos que não cabe ao tribunal, por sua iniciativa, transportar para o processo os factos essenciais, mas não se pode daí retirar que, perante a insatisfação desse ónus, não possam esses factos ingressar acidentalmente no processo, mais tardiamente (por exemplo na fase de instrução)²⁰⁸, pelo que parece poder admitir-se.

Relativamente ao momento da satisfação desse ónus, também o artigo 5.º, n.º1 não é claro, no entanto, o artigo 552.º esclarece que na petição inicial “deve o autor expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de fundamento à ação”, ora a alteração que podemos reconhecer face ao artigo equivalente do Código revogado é somente o esclarecimento de que esses factos que devem constar do articulado do autor são os “essenciais que constituem a causa de pedir”. Porém, o momento processual mantém-se: a petição inicial²⁰⁹, mas também a réplica, se ela for admissível, já a alegação dos factos que fundam as exceções invocadas pelo réu deve ocorrer na contestação²¹⁰. Essa alegação poderá ainda ocorrer nos articulados supervenientes até ao

²⁰⁶ LIEBMAN, *Fundamento del principio dispositivo*, ob. cit., pp. 551-552, incluía, além da alegação dos factos, também a disponibilidade da prova. Porém, pela força que o princípio do inquisitório (reconhecido pelo ilustre processualista) foi assumindo, excluímos as provas do âmbito do dispositivo, que o juiz pode procurar, ordenar e introduzir oficiosamente.

²⁰⁷ No ordenamento jurídico espanhol o artigo 216.º da LEC dispõe também que “*Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos (...) de las partes*”. Este preceito representa a tradução legal do *principio de aportación* que corresponde à faculdade de direção das partes no tocante à alegação da matéria de facto. MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, ob. cit., p. 636.

²⁰⁸ RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 31, referem que o artigo 5.º, n.º 1 não nos diz se a consequência da falta de alegação é o risco da não aquisição desses factos ou mesmo a impossibilidade de ingressarem no processo por outra via (preclusão).

²⁰⁹ Cfr. FRANÇA GOUVEIA, *O principio dispositivo e a alegação de factos...*, ob. cit., pp. 605-606 informa também que a não alegação dos factos principais, se considerarmos que constituem a causa de pedir, determina a ineptidão da petição inicial (artigo 186.º, n.º 2).

²¹⁰ Sobre o réu recai o ónus de contestação. A contestação é a manifestação da posição do réu perante os factos que constituem a causa de pedir invocada no articulado do autor e pode fazer-se por oposição e/ou por exceção. No entanto, por força do artigo 573.º, o réu deve observar a regra da concentração, segundo a qual toda a defesa deve ser deduzida na contestação, pelo que, a inobservância dessa regra dita a preclusão da invocação de factos que deveriam ter sido invocados, bem como da impugnação dos factos invocados pelo autor. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, ob. cit., pp. 283-287. FRANÇA GOUVEIA, *O principio*

encerramento da discussão, sempre que, após o último articulado da parte, ocorram factos que interessem aos autos (superveniência objetiva) ou quando deles apenas têm conhecimento em momento posterior (superveniência subjetiva)²¹¹. Todavia, o juiz pode ainda convidar as partes a aperfeiçoar os articulados quando estes contenham insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto, mas não pode nunca substituí-las na introdução dos factos na causa, no entanto, esse aperfeiçoamento terá sempre como limite a causa de pedir e as exceções alegadas nos articulados iniciais²¹².

Concluimos que os articulados realizam a função de meio de alegação dos factos da causa, obrigatória no que respeita aos factos essenciais e facultativa no que respeita aos factos instrumentais. Cada uma das partes tem o ónus da alegação dos factos cujo efeito lhe é favorável, pois a falta de alegação dos factos constitutivos do direito do autor gera a falta de causa de pedir, tal como a falta de alegação dos factos impeditivos, modificativos ou

dispositivo e a alegação de factos..., *ob. cit.*, p. 606, fala da mitigação deste princípio da concentração na medida em que o artigo 574.º refere que quando não sejam impugnados, os factos instrumentais são apenas admitidos provisoriamente.

²¹¹ LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, pp. 146-148. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, *ob. cit.*, p. 299, entende que pode ser invocada uma nova causa de pedir ou nova exceção, através deste articulado superveniente. Já CASTRO MENDES, *apud* LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, p. 147 nota 15, considerava que a alegação de factos supervenientes é relativa apenas aos que completam a causa de pedir.

O facto superveniente que resulte na alteração da causa de pedir pode ser aceite em nome da efetividade, justiça e utilidade, mas de qualquer modo deverá ser submetido ao princípio do contraditório e da cooperação. Assim, na esteira de LEONARDO CUNHA, *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 104, poderemos evitar a propositura de nova ação que considere este novo facto e “tal postura não atrita com o princípio dispositivo, eis que ao juiz se conferem poderes instrutórios amplos, cabendo-lhe levar em consideração fatos relevantes, inclusive os supervenientes, para a adequada e justa apreciação do pedido do autor”.

²¹² Com a redução das possibilidades de deduzir réplica e com a eliminação da tréplica, as modificações da causa de pedir ficaram restringidas aos casos de confissão e o pedido só pode ser ampliado se for um caso de mero desenvolvimento do pedido primitivo (artigo 265.º). FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 607.

A propósito da alteração da causa de pedir, reclama o Ac. do STJ de 29/01/2014 (Abrantes Gerales), Proc. 1206/11.2TBCHV.S1, disponível para consulta in <www.dgsi.pt>, numa ação em que o réu interpõe recurso *per saltum* para o STJ da decisão que julgou improcedente o seu pedido reconvenicional de reconhecimento da contitularidade de um prédio como bem comum do casal fundado na acessão industrial imobiliária, que não pode o mesmo, em sede de recurso de revista, pretender que se reconheça esse direito, agora sustentado na usucapião. Aí se refere que “a pretensão deduzida pelo recorrente representa uma modificação do objeto do processo, na medida em que envolve a enunciação de uma nova causa de pedir (aquisição originária da contitularidade do direito de propriedade por via de usucapião) num momento de todo desajustado”. Ora, “a atendibilidade de uma nova causa de pedir para o pedido reconvenicional de reconhecimento da usucapião como forma de aquisição de direito real, implicaria, no mínimo, que a alegação dos factos relacionados com a posse, quer em termos objetivos (*corpus*), quer subjetivos (*animus*), tivesse sido feita com o intuito claro não só de obstar à procedência da ação de restituição da posse, como de levar ao reconhecimento do direito de contitularidade com esse fundamento fáctico-jurídico”. Tudo isto porque “não é admissível a alteração da causa de pedir, nem o aditamento de uma nova causa de pedir em sede de recurso”.

extintivos em que se funda a exceção deduzida pelo réu dá lugar à sua improcedência, podendo levar à condenação deste no pedido²¹³.

A razão que preside à existência deste ónus é fundada na ideia de que as partes, melhor do que ninguém, podem trazer ao conhecimento do tribunal os factos relevantes da causa²¹⁴. Este princípio vale também para assegurar a imparcialidade do juiz, pois caso pudesse levar para o processo quaisquer factos, a sua aura de imparcialidade seria naturalmente afetada, porém, mesmo que tal possibilidade existisse a sua realização seria impraticável face ao volume de processos que pendem nos nossos tribunais. Acresce ainda que às partes deve ser assegurada a liberdade de poder optar pela não alegação de factos, sobretudo quando estes digam respeito ao seu foro íntimo e não pretendam passar pela exposição que isso pode representar.

1.2. Os factos – espécies

Já não subsistirão dúvidas de que o ónus da alegação se reporta a factos que possam ser relevantes para a ação e se traduz no poder de disposição sobre o material fáctico, pertencente às partes: ao autor cabe a alegação em juízo dos *factos constitutivos* do direito que pretende fazer valer e ao réu os *factos impeditivos, modificativos* ou *extintivos* desse direito. Quer isto significar que são estes também os responsáveis pela falta dessa alegação que poderá acarretar consequências nefastas para as suas pretensões que poderão não merecer acolhimento. Mas este ónus da alegação das partes não impende sobre a totalidade dos factos, ou seja, alguns, embora não alegados, serão considerados pelo juiz.

Vejamos então as diferentes espécies de factos. Os factos essenciais²¹⁵ são, segundo o n.º 1 do artigo 5.º do CPC, os que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas. Segundo LEBRE DE FREITAS, essencial é todo o facto que integre a factispécie normativa produtora do efeito pretendido pelo autor ao deduzir o pedido ou pelo réu na exceção invocada e indispensável à produção desse efeito²¹⁶. Já TEIXEIRA DE

²¹³ A falta de causa de pedir tem como consequência a absolvição do réu da instância por ineptidão da petição inicial, já a deficiência da causa de pedir determina a absolvição do pedido, por inconcludência.

²¹⁴ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 167.

²¹⁵ LEBRE DE FREITAS, *Sobre o Novo Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 36, nota 18, prefere a designação de “principais”. Optaremos por usar os termos principais e essenciais como sinónimos.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 36. A propósito desta noção que fornece de facto essencial, distinguindo-a da identificada por alguma doutrina, nomeadamente a de TEIXEIRA DE SOUSA, refere que esta permitirá que “qualquer facto essencial não inicialmente alegado pode sê-lo posteriormente (...), mediante alegação que completa uma

SOUSA considera essenciais os factos que permitem individualizar a situação jurídica alegada na ação ou na exceção²¹⁷. Alguma doutrina parece fazer uma subdivisão dentro dos factos essenciais, assim distinguem os factos nucleares que individualizam a causa de pedir ou a exceção, cuja falta *deita abaixo* o processo, daqueles que os complementam ou concretizam, e embora não integrem o respetivo núcleo primordial, são ainda essenciais à procedência da ação ou da exceção²¹⁸. Sobre estes factos complementares ou concretizadores, nos pronunciaremos de seguida, autonomizando-os. Porém, dúvidas não temos de que estes factos essenciais são o núcleo essencial da situação jurídica alegada pelas partes e individualizam a causa de pedir. Como tal, é sobre estes que recai o ónus da alegação, pelo que devem ser alegados pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação, sob pena de ineptidão daquela no primeiro caso e nulidade da exceção no caso de falha do réu.

É essencialmente sobre estes factos principais ou fundamentais que vigora com rigidez o princípio do dispositivo, quer isto significar que na sua introdução no processo não pode o juiz substituir-se às partes, prevalecendo o princípio da autorresponsabilidade daquelas, que sofrerão as consequências dessa omissão. É sobretudo neste aspeto que se reclama a flexibilização do princípio do dispositivo de modo a que a não alegação de alguns factos principais não implique, sem demais, a preclusão da sua alegação posterior.

No entanto, a Reforma de 1995/96 introduziu a possibilidade de consideração na decisão de factos essenciais que *complementam* ou *concretizam* outros já alegados pelas partes. Acolhia-se na lei a categoria dos factos de natureza complementar e concretizadora, mantida no novo CPC²¹⁹. Assim, os *factos concretizadores* são aqueles que, partindo da

factispécie só parcialmente integrada, sem prejuízo de a primitiva alegação dever permitir a identificação desta”. SALAZAR CASANOVA, *Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal*, *ob. cit.*, p. 115, explica que estes factos são os “integrativos da previsão da norma aplicável à pretensão ou à exceção”.

²¹⁷ *Estudos sobre o novo processo civil*, *ob. cit.*, pp. 70-71. O professor destaca a função constitutiva do direito invocado pelo autor ou da exceção deduzida pelo réu, desempenhada pelos factos essenciais.

²¹⁸ PAULO PIMENTA, *A fase do saneamento do processo...*, *ob. cit.*, pp. 296-297. LOPES DO REGO, *Princípio dispositivo e os poderes de convalidação do juiz no momento da sentença*, *ob. cit.*, pp. 785-786 distingue também, dentro dos factos substantivamente relevantes, os que integram o núcleo essencial da causa de pedir e os factos complementares ou concretizadores desse núcleo.

²¹⁹ Previa o n.º 3 do artigo 264.º que “Serão ainda considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório”. No novo CPC, no artigo 5.º, n.º 2, al. b), a redação é um pouco diferente: “Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz (...) os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham

ideia de que a matéria de facto alegada não ficou suficientemente preenchida, vão traduzir-se em afirmações que clarificam ou densificam conceitos ou expressões jurídicas utilizadas pelas partes nos articulados, desprovidas de qualquer sentido autónomo²²⁰, pelo que detêm uma função de pormenorização da questão fáctica exposta. Diversamente, os *factos complementares* associados a uma causa de pedir ou exceção complexa, “serão aqueles que, na economia de uma factispécie complexa, desempenham claramente uma função secundária ou acessória relativamente ao *núcleo essencial* da causa de pedir”²²¹.

tido a possibilidade de se pronunciar”. A questão que agora surge prende-se com o significado da alteração da redação legal.

LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 166, nota 33B, entende que apesar da nova formulação, o regime mantém-se intacto. Como tal a parte a quem tais factos são favoráveis terá que declarar que deles se pretende aproveitar, o que “corresponde a uma alegação tardia, necessária de acordo com o princípio do dispositivo” e à contraparte não interessada na consideração desse facto terá que ser dada a oportunidade de sobre ele se pronunciar, respeitando o contraditório.

Diversa parece-nos ser a posição adotada no Ac. TRP de 15/09/2014 (Manuel Domingues Fernandes), Proc. 3596/12.0TJVN.F.P1, disponível em <www.dgsi.pt>, no qual a autora propôs ação de condenação no valor de €25.000, fundada na venda de uma moradia no valor de €120.000, tendo a ré liquidado apenas €95.000 aquando da escritura, ficando a diferença a servir de garantia de que a autora concluiria os acabamentos pendentes no imóvel e uma vez terminados, ser-lhe-ia liquidada a diferença. A ação foi declarada improcedente em primeira instância, vindo a autora a interpor recurso, alegando nomeadamente que resultou da prova (do depoimento de testemunhas arroladas e mesmo de confissão do réu, no depoimento de parte) que a mesma executou, após a celebração da escritura pública, “um corrimão de escada em inox e um móvel de casa de banho”. Tal factualidade não fora considerada pelo tribunal *a quo* e não constava dos articulados das partes, pelo que a Relação era confrontada com a dúvida relativa à sua consideração. E confrontando o artigo 5.º com o artigo 264.º revogado, concluiu pela consideração oficiosa de tais factos concretizadores, desde que surjam (como efetivamente surgiram) durante a instrução da causa. Refere-se no aresto que “essa consideração oficiosa, não pode ser feita sem que as partes se pronunciem sobre ela, ou seja, o juiz, ante a possibilidade de tomar em consideração tais factos, tem que alertar as partes sobre essa sua intenção operando o exercício do contraditório e dando-lhe a possibilidade de arrolar novos meios de prova sobre eles”. E aduz ainda “é que, se assim não for, não vemos porque é que o legislador não manteve, sobre este aspeto, a redação do artigo 264.º, n.º 3 do anterior CPC, isto é, fazendo depender a tomada de consideração desses factos de requerimento da parte interessada”. Entende ainda que tais factos, não tendo sido considerados pelo tribunal *a quo* (como deviam ter sido), devia a parte interessada na sua consideração tê-lo requerido, por conseguinte não poderia a Relação substituir-se à primeira instância e valorar a prova produzida em relação a esses factos sem que a partes estivessem para tal alertadas. No entanto, no caso em apreço, tais factos não só resultaram da instrução, como “foram também confessados pelos réus no âmbito do seu depoimento de parte, factos evidentemente que lhe são desfavoráveis”. Cremos ser semelhante o entendimento perpetrado por MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, in RLJ, N.º 3985, Ano 143 (Março-Abril 2014), p. 294 ao referir que “esta é a grande novidade, serão (os factos complementares e concretizadores) carreados para a causa por iniciativa judicial, seja qual for a vontade da parte”. Por nossa parte, afigura-se-nos ser este o entendimento a eleger.

²²⁰ Avançamos este conceito tendo por base os enunciados por LOPES DO REGO, *Princípio dispositivo e os poderes de convolação do juiz no momento da sentença*, *ob. cit.*, p. 787, MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, *ob. cit.*, p. 295 e RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 36.

²²¹ LOPES DO REGO, *ibid.*, p. 786. RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 36 referem que se trata de “eventos autónomos que, num dado contexto factual, emprestam um certo sentido (essencial) aos factos já alegados”.

Estes factos desempenham uma função de fundamentação da pretensão da parte e, apesar de considerarmos que não integram a causa de pedir, eles vão concretizar ou complementar os factos principais que a integram²²²⁻²²³.

A aquisição processual de tais factos pode ocorrer por via do convite ao aperfeiçoamento dos articulados na fase de saneamento e condensação ou ainda num momento posterior, quando resultem da prova produzida em julgamento, ou seja, em resultado da instrução da causa, desde que, em qualquer dos casos, se respeite o princípio do contraditório. Por conseguinte, a diferença do atual artigo 5.º, n.º 2, al. b) face ao artigo 264.º, n.º 3 do Código revogado traduz-se na desnecessidade de requerimento da parte interessada para a consideração dos factos essenciais que sejam complemento ou concretização dos alegados, podendo agora o juiz considerá-los oficiosamente, sem requerimento de nenhuma das partes, bastando que a parte tenha tido a possibilidade de se pronunciar sobre tais factos. Era precisamente para acautelar a sua aquisição processual mais tardia que o artigo 650.º do Código revogado previa a possibilidade de ampliação da base instrutória, sem que tal possibilidade seja agora mantida quanto aos temas da prova, o que evidencia mais uma vez a pretensão do legislador no intuito de afastar o conteúdo desta nova figura da pretérita base instrutória, pois estes factos mesmo que sejam considerados, não carecem de inclusão nos temas da prova²²⁴.

Não podemos, no entanto, deixar de reconhecer as dificuldades de aplicação prática da distinção entre factos complementares e concretizadores, pela sua natureza essencialmente escolástica, tal como somos impelidos a admitir que só em concreto

²²² TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, N.º 332, 2013, p. 396. Daqui decorre também que a ausência de um facto complementar ou concretizador não implica a ineptidão da petição inicial, mas pode ditar a improcedência da ação. FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 613, dá conta da supressão da qualificação dos factos complementares ou concretizadores como factos essenciais, para depois concluir pela ausência de alteração do conceito daqueles.

²²³ A legislação processual alemã preconiza que é permitido completar a matéria de facto, sem que haja modificação da ação, nos termos do § 264, n.º 1. OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 207.

²²⁴ FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, pp. 609-610, observando que os temas da prova não devem ir além dos factos principais, explica que a revogação da possibilidade de ampliação dos temas da prova significa “tão só que estes factos (os complementares ou concretizadores) não são incluídos nos temas da prova”. Também LEBRE DE FREITAS, *Sobre o Novo Código de Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 38, adverte que, com a substituição da base instrutória pelos temas da prova, a produção da prova não recai apenas sobre os factos previamente selecionados, estando agora a instrução livre desse constrangimento.

conseguiremos identificar se determinado facto é essencial ou complementar ou concretizador daquele²²⁵.

Destas duas categorias se distinguem os factos instrumentais, secundários ou acessórios que desempenham uma função indiciária ou meramente probatória dos factos principais, por via direta ou indireta²²⁶ e, como tal, sobre eles não recai o ónus da alegação fáctica que impende sobre as partes. Estes factos, isoladamente considerados, não permitem a procedência do pedido ou da exceção²²⁷, isto é, não constituem condicionantes diretos da decisão, muitas vezes, porém, sem a sua verificação a ação não procederá. Podem, todavia, estes factos constituir a base de uma presunção legal ou judicial²²⁸.

Trata-se de factos que podem advir ao processo numa fase mais tardia, designadamente através das alegações das próprias partes, mas também revelados por terceiros (testemunhas, nomeadamente) na audiência de julgamento e que indiretamente fazem supor ou presumir, com base nas regras de experiência, a efetiva existência ou ocorrência dos factos essenciais alegados²²⁹. É aliás a própria al. a) do n.º 2 do artigo 5.º que explicita que os factos instrumentais podem ser aproveitados caso resultem da instrução da causa, significa isto que não estão sujeitos ao ónus da alegação das partes. Mais, o preceito refere que esses factos podem ser considerados pelo juiz, o que não significa apenas que este pode considerá-los na decisão mesmo quando nenhuma parte o requeira, mas também que o tribunal possui em relação a estes factos poderes inquisitórios, podendo promover officiosamente a sua investigação²³⁰.

²²⁵ MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, *ob. cit.*, p. 296, dá conta das dificuldades da distinção e afirma mesmo que o novo CPC deveria ter atribuído “aos «factos complementares» e «factos concretizadores» o seu real papel na fixação da matéria de facto”.

²²⁶ RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 36. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 172-173, esclarece que nestes casos a prova será direta “quando o julgador é diretamente confrontado com o facto principal a provar”, como pode acontecer em inspeção judicial que leve a cabo; já os outros meios de prova permitem apenas a prova indireta pois possibilitam o alcance, por dedução ou pelo recurso a regras de experiência, da realidade de um facto principal.

²²⁷ SALAZAR CASANOVA, *Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal*, *ob. cit.*, p. 115.

²²⁸ Nas presunções legais, o facto que serve de base à presunção consta da lei, já as presunções judiciais, construídas em cada caso, consistem numa ilação que o juiz retirou de uma ocorrência demonstrada nos autos. MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, *ob. cit.*, p. 301.

²²⁹ Considere-se, o seguinte exemplo: determinado sujeito propõe ação de despejo com fundamento na falta de residência permanente no locado há mais de um ano; determinada testemunha arrolada refere que há mais de um ano que não vê roupa no estendal e as plantas da varanda secaram. Tratam-se de factos instrumentais que indiciam o não uso do locado há mais de um ano e podem revelar-se fundamentais para a procedência da ação.

²³⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, *ob. cit.*, p. 74. Já no CPC de 1939, que abandonando o liberalismo e consagrando o publicismo, se previa a possibilidade de o juiz *levar* para o processo os factos instrumentais. LOPES DO REGO, *Princípio dispositivo e os poderes de convalidação do juiz*

1.3. Desvios ao princípio do dispositivo

O ónus da alegação dos factos pertence às partes desde o liberalismo, sem que ao juiz fosse permitida a indagação de factos, pois elas detêm o poder de disposição sobre o material fáctico. No entanto, esta visão do processo foi superada por outra que impele o juiz na colaboração com as partes e na consideração de factos não alegados.

Há, desde logo, factos que não carecem de prova. Apenas necessitam de prova os pertinentes que sejam controversos, o que exclui do âmbito da prova não só os factos irrelevantes para a decisão da causa, como também os factos pacíficos entre as partes, isto é, aqueles que foram arrazoados e não contestados pela contraparte (nos casos de revelia operante). Dito isto, avançamos que fora do *thema probandum* estão também os factos notórios²³¹ e os factos do conhecimento do juiz em virtude do exercício das suas funções.

Segundo o artigo 5.º, n.º 2, al. c), o juiz deve considerar na sua decisão os factos notórios, isto é, os factos do conhecimento geral cuja alegação e prova é dispensada²³², podendo o juiz introduzi-los caso sejam relevantes para o processo. Tratam-se de factos conhecidos ou facilmente cognoscíveis pela generalidade das pessoas de determinada esfera social²³³ e cuja verificação detém uma natureza inquestionável.

Essa perceção do facto pela generalidade das pessoas está hoje facilitada pelos meios de comunicação como a imprensa, a rádio, a televisão e sobretudo a internet, no entanto, a circunstância de um facto ser divulgado não faz logo dele notório, pois terá sempre

no momento da sentença, ob. cit., p. 785 fala, a propósito destes factos, na introdução de uma nota de inquisitorialidade.

²³¹ Os factos notórios distinguem-se das máximas de experiência, de que o juiz se serve nas operações de prova e podem constituir a base de uma presunção judicial. Assumem um carácter geral e abstrato, contrariamente aos factos notórios que são factos concretos, mas também são, estas últimas, do conhecimento geral ou reveladoras de um saber de experiência feito, isto é, do conhecimento técnico especializado. Exemplificando: saber que há uma maior probabilidade de ocorrência de acidentes de viação quando há gelo na estrada é uma regra de experiência e não um facto notório. OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil, ob. cit.*, pp. 269-270 e LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 170-171.

²³² Diferentemente, em Espanha, segundo o artigo 281.4 da LEC, não é necessário provar os factos notórios, mas já terão que ser alegados. Assim, “ficam dispensados de prova aqueles factos cujo conhecimento é de tal intensidade que não necessita (...) de um ato especial dirigido a obter o convencimento do juiz” (tradução nossa), mas não fica dispensada a sua alegação J. GUASP/P. ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil, ob. cit.*, p. 383. MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais, ob. cit.*, pp. 300-301, parece preferir esta opção face àquela que foi seguida pelo nosso legislador, defendendo que “deve exigir-se a alegação do facto pela parte a quem aproveita. Esta só estará desonerada de o provar, dado o juízo de certeza inerente à notoriedade.”

²³³ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 169-170. Segundo CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notório, in RDP, Vol. II, Parte I, Padova, Cedam, 1929, pp. 273 e ss, sobretudo p. 293*, esta esfera social é constituída por um conjunto de pessoas que, por diversos motivos têm interesses comuns, abrangendo, no domínio do processo civil, as partes e o juiz.

que ser insuscetível de dúvida²³⁴. Deste modo, os factos notórios são em princípio do domínio público, o que significa dizer que são conhecidos pelo juiz, colocado na posição do cidadão comum, regularmente informado, no entanto, um facto pode ser notório, por exemplo em Lisboa e não o ser em Bragança²³⁵.

Nos termos do artigo 412.º, n.º 2 do CPC também não carecem de alegação os factos do conhecimento do tribunal, ou melhor, dispensa-se a alegação pelas partes de factos do conhecimento do juiz no exercício da sua atividade, porém exige-se a junção ao processo de documento que comprove esse facto (por meio de sentença, por exemplo). Trata-se de uma regra já há muito introduzida no nosso ordenamento jurídico-processual segundo a qual um facto concreto alegado e provado num processo anterior pode ser introduzido noutra processo pelo próprio juiz²³⁶, decorrente do princípio geral da eficácia do caso julgado e do valor extraprocessual das provas²³⁷.

²³⁴ No Ac. do TRL de 17/07/2009 (Anabela Calafate), Proc. 1226/07.9YXLSB-1, disponível em <www.dgsi.pt>, em que a autora peticiona a resolução do contrato de arrendamento com fundamento no uso do locado pela ré para a práticas ilícitas, contrárias aos bons costumes. No douto acórdão refere-se que “É um facto notório, por ser do conhecimento geral – e assim não carece de alegação nem de prova (...) –, que a zona onde se situa o locado (Cais do Sodré) é degradada do ponto de vista social e económico e tradicionalmente associada à prática da prostituição”.

²³⁵ Surge aqui a questão relativa ao âmbito da notoriedade, se absoluta ou relativa, isto é, a notoriedade que está aqui em causa há de ser reconhecida por todos ou só por determinadas pessoas? CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notório*, *ob. cit.*, p. 296, defende um conceito relativo de notoriedade, pelo que não releva tanto o número de pessoas que conhecem o facto, mas antes o carácter de certeza de que o facto goza para essas pessoas. Também parece entender nesse sentido LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 170, para quem “a concretização do conceito varia consoante a localização do litígio”.

²³⁶ Alerta-se aqui para a necessária identidade do juiz em ambos os processos. Parece ser este o entendimento perfilhado por OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 271 quando refere que “tem de determinar-se para cada juiz (de cada tribunal), de caso para caso”, também assim MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, *ob. cit.*, p. 297, por considerar que “o conhecimento «funcional» deve reconduzir-se (...) a «factos» cujo «lugar de nascimento» tenha sido um qualquer processo anterior onde o juiz tenha intervindo”. cremos ser também esta a linha de pensamento seguida no Ac. do TRL de 16/06/2004 (Duro Mateus Cardoso), Proc. 8740/2003-4, no qual se debateu a condenação da ré no reconhecimento da existência de contrato de trabalho celebrado com a autora, porquanto refere “Para o conhecimento de factos por virtude do exercício das suas funções, nos termos do artigo 514.º-2 do CPC, é necessário que o juiz que invoque tal factualidade (e depois a comprove documentalmente) tenha tido intervenção no 1.º processo, no âmbito da recolha de prova e fixação dos factos, não bastando que o facto tenha sido alegado em processo em que o juiz tenha intervindo, sendo indispensável que aí tenha sido apurado ou demonstrado”. Diferentemente, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 171, basta-se com a ideia de que o tribunal que julgou o processo donde se extrai o facto para o novo processo seja o mesmo, fundamentando este seu entendimento no argumento literal; ora, dispõe o referido preceito que “Também não carecem de alegação os factos de que o *tribunal* tenha conhecimento por virtude do exercício das suas funções...” (itálico nosso).

²³⁷ O artigo 421.º do CPC estabelece que determinada prova (depoimentos e prova pericial) produzida num processo anterior em que tenha havido audiência contraditória pode ser invocada noutra processo, desde que haja identidade das partes, no entanto, o juiz não tem que ser o mesmo em ambas as ações. LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, pp. 221-222.

Outro desvio ao princípio do dispositivo são os chamados factos reveladores de um uso anormal do processo que não necessitam de ser alegados para que o juiz deva anular o processo, conhecendo officiosamente os factos constitutivos do desvio da função processual²³⁸. Nos termos do artigo 612.º, basta que no julgador se produza a convicção da existência de simulação do litígio entre as partes previamente conluídas e que pretendam com o processo obter um efeito desejado apenas contra terceiro, enganando-o e prejudicando-o, para pôr termo ao processo.

Nesta medida, também os já mencionados factos instrumentais não carecem de alegação das partes e podem ser officiosamente considerados, ponto é que resultem da instrução da causa.

1.4. A causa de pedir: teorias e noção

Como já referimos, o objeto do litígio é composto pelo pedido e pela causa de pedir²³⁹. O objeto do processo há de pois responder a duas questões: primeiro, saber o que é pedido e depois interrogar o porquê desse pedido²⁴⁰.

Na petição inicial deve o autor deduzir a sua pretensão, solicitando uma providência processual que assegure o direito que invoca, e expor os factos que constituem a causa de pedir. Daqui decorrerá que a causa de pedir é composta por factos? Mas todo e qualquer facto? O que é afinal a causa de pedir? É a estas questões que procuraremos rapidamente e sem exaustão responder.

Tradicionalmente existem duas teorias dominantes sobre a causa de pedir.

Assim, segundo a teoria da substanciação a causa de pedir é composta pelos factos que servem de fundamento ao pedido, mas esses factos não devem corresponder a ocorrências vagas e abstratas, antes a factos concretos, temporal e espacialmente localizados que permitam a individualização da pretensão²⁴¹.

²³⁸ *Id.*, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 50-53 e 172.

²³⁹ J. GUASP/P. ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, p. 259.

²⁴⁰ MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, *ob. cit.*, p. 637.

²⁴¹ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 66 nota 39 dá conta que esta teoria, numa versão mais pura implica a conclusão dos factos alegados, ou seja “que deles se retire, desde que se provem, a conclusão constante do pedido”. OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, p. 206 refere, em tom de crítica, que esta teoria requeria a formulação completa e pormenorizada de todos os factos.

Para a teoria da individualização, com origem no direito romano, o autor tem somente que individualizar a pretensão através da indicação do pedido, do fundamento jurídico. A causa de pedir é apenas o direito que o autor alega ter quando vai a juízo. Ora, exemplificando, um adepto dessa teoria diria tão-somente que a causa de pedir numa ação de reivindicação é o direito de propriedade²⁴².

Ao referir-se no artigo 552.º, n.º 1, al. d) que “na petição inicial (...) deve o autor: expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir” está a optar-se pela teoria da substanciação²⁴³. Daqui decorre também que a causa de pedir não corresponde à descrição completa de toda a situação levada a tribunal, mas somente dos que integram a factispécie da norma invocada.

Não se pense que esta é uma questão meramente académica, sem qualquer relevância prática. Deste modo, o conceito de causa de pedir é importante para aferir da possibilidade de modificação da ação, designadamente nos casos de alteração da causa de pedir²⁴⁴ que, como vimos, foram restringidos às situações em que haja consenso e não poderão nunca implicar a convolação para uma relação jurídica diversa. Além deste aspeto, detém elevado significado num segundo processo com as mesmas partes, pois na pendência de uma ação não pode ser proposta outra com o mesmo objeto, sob pena de neste segundo processo ser excecionada a litispendência, nem mesmo quando a primeira tenha já findado, pois a segunda improcede por força do caso julgado material que se formou sobre a decisão de mérito do primeiro processo²⁴⁵.

²⁴² OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, ob. cit., p. 206 informa que na sua versão pura, esta teoria “bastava-se com a identificação técnico-jurídica da relação jurídica acionada”. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 66.

²⁴³ Já assim era ao abrigo do diploma anterior, pois o artigo 467.º, n.º 1 al. d) tinha semelhante redação. Há, no entanto, quem defenda a exclusão desta teoria. TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, ob. cit., pp. 395-399, defende a teoria da individualização como consagrada no sistema processual português, mas uma “teoria da individualização aperfeiçoada, segundo a qual a causa de pedir é constituída apenas pelos factos necessários à individualização do pedido”. OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, ob. cit., p. 206, tal com a maioria da doutrina alemã defende a teoria da individualização corrigida que, dispensando a completa exposição dos factos, permite que a causa de pedir se complete no decorrer do processo. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, ob. cit., p. 67 nota 40.

²⁴⁴ Diferente deste caso são aqueles de simples completamento da causa de pedir, que caso não impliquem uma nova individualização deverão, em princípio ser admissíveis, desde que respeitem os princípios processuais. Todavia não parece ser de admitir uma nova ação com os mesmos sujeitos e o mesmo pedido em que apenas são alegados factos que simplesmente completam os alegados na primeira ação, sobretudo à luz da flexibilização do princípio do dispositivo pela qual pugnamos. OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, ob. cit., p. 207.

²⁴⁵ A estas exceções da litispendência e do caso julgado se reportam as normas dos artigos 580.º e 581.º do CPC. Assim, há repetição da ação sempre que em duas ações a pretensão do autor, sendo a mesma, procede do mesmo facto jurídico e os sujeitos são exatamente os mesmos.

Na doutrina, alguns já tiveram o arrojo de avançar conceitos de causa de pedir. LEBRE DE FREITAS entende que a causa de pedir reporta-se aos factos constitutivos da situação jurídica que o autor pretende fazer valer ou negar, ou os que integram o facto cuja existência ou inexistência se afirma²⁴⁶. MONTERO AROCA afirmou já que “a causa de pedir são sempre factos, eventos da vida que ocorrem num momento e num tempo e que têm transcendência jurídica²⁴⁷”. TEIXEIRA DE SOUSA explica que “a causa de pedir é constituída pelos factos necessários para individualizar a pretensão material alegada pelo autor” e salienta o papel das previsões das regras de direito substantivo para a delimitação da causa de pedir²⁴⁸. Já FRANÇA GOUVEIRA, num estudo profundo sobre a questão, concluiu pela inexistência de um conceito único de causa de pedir, pois este assumirá diversas modalidades consoante os institutos a que se aplique²⁴⁹.

A causa de pedir desempenha assim duas importantes funções. Uma função de individualização da pretensão material, ligada à ideia de economia processual mas também uma função de fundamentação do próprio pedido, daí que a petição inicial possa vir a ser inepta em caso de falta ou ininteligibilidade da causa de pedir²⁵⁰.

2. Reflexão: a flexibilização do princípio do dispositivo e os temas da prova

O princípio do dispositivo pressupõe, naturalmente, a distinção entre matéria de facto e matéria de direito, uma vez que o juiz julga sobre a primeira, a qual conhece com

²⁴⁶ *Introdução ao Processo Civil...*, *ob. cit.*, pp. 70-72. O autor destaca a função individualizadora ou delimitadora desempenhada pela causa de pedir em relação ao pedido, mas também relevante para aferir da ineptidão (ou não) da petição inicial e da repetição da causa.

²⁴⁷ (tradução nossa) in *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, *ob. cit.*, p. 637.

²⁴⁸ *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, *ob. cit.* p. 395

²⁴⁹ *A causa de pedir na ação declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 507 e ss. Porém, concluiu que os factos complementares e concretizadores integravam também o conceito. Advertindo para a sua inoperatividade concreta, acaba por avançar uma noção, segundo a qual “a causa de pedir define-se como o conjunto dos fundamentos de facto e de direito da pretensão alegada pelo autor”, porém qualifica-a como uma “generalização que não dispensa a aplicação em cada um dos institutos de uma das quatro modalidades alcançadas”.

²⁵⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, *ob. cit.*, pp. 399 e 403 e FRANÇA GOUVEIA, *A causa de pedir na ação declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 530-533.

base no que é aduzido pelas partes, já a questão de direito vai decidi-la com base no conhecimento que tem da lei e do direito²⁵¹.

Sabemos também que a visão rígida segundo a qual às partes cabia indicar nos seus articulados os factos relevantes e somente a esses poderia o tribunal atender, foi claramente superada. O juiz não é já um mero *espectador do jogo* que as partes realizam, ele detém poderes de direção do próprio processo, mas está também sujeito a deveres de cooperação e deve dialogar com as partes. Portanto, o juiz *está em campo com as partes* e deve ser por elas auxiliado, mas ao mesmo tempo coadjuva-las²⁵².

Atualmente desaconselham-se os articulados extensos e prolixos²⁵³, nos quais deveria ser alegada a totalidade da matéria de facto, uma vez que a regra da preclusão da alegação dos factos essenciais nos articulados *ab initio* sofreu derrogações. A nossa legislação reconhece não só a possibilidade de certos factos poderem ingressar no processo de forma meramente acidental durante a instrução, como também admite que o juiz convide as partes para o aperfeiçoamento ou completamento da exposição fáctica. Será isto suficiente face às exigências do século XXI e de um processo cooperativo?

Vimos já que os factos instrumentais podem advir ao processo sem qualquer intervenção das partes, porquanto resultem da instrução da causa. Quanto aos factos complementares e concretizadores dos factos essenciais, vimos que eles tanto podem ser alegados nos articulados como apresentados na sequência de convite ao aperfeiçoamento formulado pelo juiz, ressalvando ainda a possibilidade de surgirem da instrução, independentemente da vontade das partes²⁵⁴. Já os factos essenciais que constituem a causa de pedir ou nos quais se baseiam as exceções devem ser alegados na petição inicial ou na contestação. Mas não poderá esta regra sofrer limitações, sobrepondo-se a solução justa à autorresponsabilidade das partes pela falta dessa alegação inicial²⁵⁵?

²⁵¹ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, *ob. cit.*, p. 433.

²⁵² É este o pensamento enunciado por MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual...*, *ob. cit.*, p. 106, no qual nos inspiramos.

²⁵³ ABRANTES GERALDES, *O novo processo declarativo*, in *Cadernos do CEJ*, Caderno II – O Novo Processo Civil, Novembro de 2013, disponível *online* <www.cej.mj.pt>, p. 14.

²⁵⁴ Vimos também que esta é a doutrina defendida por MARIA JOSÉ CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, *ob. cit.*, p. 294. Contrariamente, no sentido de que “os factos complementares e concretizadores são (...) factos principais que podem ser alegados até à fase final do processo. Necessitam sempre do acordo da parte a quem aproveitam”, FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 615 e LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa...*, *ob. cit.*, p. 141, nota 2.

²⁵⁵ FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 607, rejeita esta catalogação tripartida dos factos e anuncia que “a melhor opção no processo civil, é a de admitir as alterações de factos sem referência aos conceitos dogmáticos de factos essenciais, instrumentais, complementares,

Somos em crer que a melhor resposta será a afirmativa. Devem, as proibições legais que limitam os poderes do juiz aos factos alegados pelas partes ser minimizadas em nome da efetividade da justiça. Assim, ao juiz deve não só ser permitido circular livremente dentro do objeto do processo, como também considerar matéria que não haja sido alegada pelas partes, mas que resulte da instrução da causa e seja útil à realização do fim do processo civil – a justa composição do litígio –, sempre observando os princípios da cooperação e do contraditório. Reconhecer-se esta possibilidade, pode também aliviar o advogado na tarefa de exposição detalhada da matéria de facto nos articulados, com vantagens para a minimização da prolixidade dos mesmos, facilitando também a apreensão do quadro factual geral pelo julgador.

Ainda assim, admitimos não se tratar de uma ideia totalmente nova, senão vejamos.

O § 139 ZPO prevê há muito um conjunto de deveres a que o juiz está adstrito, nomeadamente o dever de perguntar e esclarecer que recai tanto sobre o pedido como sobre as alegações das partes. Permite que o tribunal peça esclarecimentos à parte sobre o próprio pedido e que impulse o completamento de alegações deficientes que não reproduzam de modo satisfatório a realidade ocorrida, já em casos-limite o tribunal deve mesmo sugerir uma alteração das alegações ou do pedido²⁵⁶.

No direito processual norte-americano a Regra 15 das *Federal Rules of Civil Procedure* prevê que os factos não alegados que resultem da instrução da causa sejam tratados como se tivessem sido alegados nos articulados.

Na verdade, também entre nós esta ideia não é uma verdadeira novidade.

Deste modo, em sede de processo especial de interdição ou inabilitação, o n.º4 do artigo 901.º do CPC, refere que “Na decisão da matéria de facto, deve o juiz officiosamente tomar em consideração todos os factos provados, *mesmo que não alegados pelas partes*” (itálico nosso). Ora, aqui se conferem ao juiz poderes de valoração da prova produzida mesmo que relativa a factos não alegados²⁵⁷.

concretizadores, mas antes a critérios flexíveis como nexos factuais, transação económica ou pretensões dependentes”.

²⁵⁶ OTHMAR JAUERING, *Direito Processual Civil*, *ob. cit.*, pp. 141-144 e MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual...*, *ob. cit.*, pp. 90-91, informam que o preceito tem sido interpretado no sentido de não permitir ao juiz a introdução de novos factos, mas autoriza-o a questionar as partes sobre a pretensão de se aproveitarem dos factos resultantes da instrução, “porém em casos extraordinários, o § 263 autoriza o tribunal a modificar a demanda, ou seja, os próprios termos em que a ação foi proposta em juízo, redefinindo-se a causa de pedir e o pedido”.

²⁵⁷ Veja-se a este respeito o Ac. TRL de 29/06/2006 (Fátima Galante), Proc. 4883/2006-6, disponível em <www.dgsi.pt>, em que é apreciada a conclusão da requerente de nulidade da sentença da primeira instância

Também em sede de processo de trabalho dispõe o artigo 72.º, n.º 1, do CPT que “Se no decurso da produção da prova surgirem factos que, embora *não articulados*, o tribunal considere *relevantes para a boa decisão da causa*, deve ampliar a base instrutória ou, não a havendo, *tomá-los em consideração* na decisão da matéria de facto, desde que sobre eles tenha incidido discussão” (itálico nosso). Quer isto significar que aqui sofre o princípio do dispositivo uma forte minimização em nome da verdade material, proclamada como vetor fundamental a prosseguir em processo laboral. Nesta linha, somos em admitir que o preceito transcrito reconhece ao julgador amplos poderes de indagação oficiosa da verdade, quer recorrendo a meios de prova que não tenham sido requeridos, como através da possibilidade de alargamento da base instrutória, mesmo a factos não alegados, desde que se mostrem relevantes para a decisão da causa e sobre eles tenha sido exercido o contraditório²⁵⁸.

Cumpre esclarecer que o caminho que estamos a seguir não desobriga as partes de alegarem nos articulados, por si espontaneamente oferecidos, os factos principais da causa. No entanto, a falta ou a imperfeição dessa alegação não deve impedir, sem mais, que essa alegação ocorra posteriormente, mediante convite do juiz ou mesmo até ao final da discussão da causa.

Dito isto, não podemos concordar com o entendimento seguido no Acórdão da Relação de Guimarães de 31 de Janeiro de 2013²⁵⁹, que confirmou a decisão da primeira instância. A autora, arrendatária da ré, era cabeleireira e exercia a sua atividade no locado, sito no rés-do-chão de um imóvel, habitado no primeiro andar pela senhoria. A 15 de Abril de 2008, ocorreu um incêndio no primeiro andar e apesar de não ter sido atingido pelas chamas de forma direta, o estabelecimento comercial da autora ficou destruído bem como

que decretou a interdição definitiva por anomalia psíquica, quando havia sido pedida a inabilitação. Refere o aresto que “o artigo 954.º do CPC permite não só que se decrete a inabilitação, quando inicialmente tenha sido pedida a interdição, mas também que se decrete a interdição, quando só tenha sido requerida a inabilitação, sendo certo que, como expressamente decorre do citado artigo 954.º, n.º 4 do CPC, podem ser tidos em consideração todos os factos provados, mesmo que não alegados pelas partes”.

²⁵⁸ Veja-se o Ac. TRE de 07/01/2013 (Paula do Paço), Proc. 573/11.2TTSTB.E1, disponível em <www.dgsi.pt>, no qual se suscitou a questão de saber se o tribunal *a quo* podia dar como provado que a ré não havia pago ao autor determinada mensalidade, mesmo que na petição inicial o crédito relativo a esse mês não tivesse sido reclamado. Assim, aduz o aresto: “em face do consagrado no artigo 72.º, n.º. 1 do Código de Processo do Trabalho, o juiz social pode considerar na decisão da matéria de facto, factos novos, não alegados nos articulados, bastando para tanto que tais factos:

- a) Tenham interesse para a decisão da causa;
- b) Tenham sido objeto de discussão e
- c) Não impliquem o aditamento de nova causa de pedir ou a alteração ou ampliação da causa de pedir inicial”.

²⁵⁹ Relator Amílcar Andrade, Proc. 500/08.4TBMNC.G1, disponível in <www.dgsi.pt>.

os seus equipamentos, impossibilitando-a de exercer a sua atividade. Motivo pelo qual intentou uma ação de condenação, pretendendo obter indemnização pelos prejuízos sofridos. A ação naufragou logo no despacho saneador por ineptidão da petição inicial, alegadamente por falta de causa de pedir. Dessa decisão interpôs a autora recurso. No entanto, a Relação de Évora confirmou a decisão da primeira instância por entender que “a Autora não alega os factos integradores dos pressupostos necessários para fazer nascer a obrigação de indemnizar, no quadro da responsabilidade civil contratual”, porquanto aduz “não basta invocar um contrato e um dano para se concluir pela obrigação de indemnizar. No âmbito do contrato de arrendamento (...) a obrigação de indemnizar teria sempre como causa um incumprimento culposo pela locadora de uma obrigação derivada do contrato”. Ora, tal posição não pode merecer o nosso aplauso, face ao que temos vindo a defender, por espelhar uma visão demasiado rígida e formalista do processo civil. Na nossa ótica, o aconselhável seria, logo na primeira instância, dirigir convite à autora para proceder ao aperfeiçoamento da exposição fáctica, prestando os esclarecimentos necessários, sob pena de improcedência da ação, respeitando de seguida, como de resto não poderia deixar de ser, o contraditório, para que a contraparte pudesse apresentar a sua versão dos factos e a sua defesa.

Um juiz que participe ativamente no processo será sempre um juiz gestor, disposto a pôr em prática a flexibilização dos princípios processuais²⁶⁰ e é precisamente a esse que se pede que formule os temas da prova, liberto do fantasma da base instrutória²⁶¹, sem necessidade de reprodução dos articulados das partes. Mas também não esqueçamos que não lhe é exigível, nem sequer possível proceder à “ampliação”²⁶² desses temas da prova quando

²⁶⁰ Neste sentido, FRANÇA GOUVEIA, *Os poderes do juiz cível na ação declarativa*, *ob. cit.*, p. 64, fala na necessidade de “homogeneizar as regras do dispositivo, da direção do processo e da colaboração”, porém, adverte que “ao adotarmos um modelo de flexibilidade temos de o fazer com respeito absoluto pelos direitos e garantias das partes”.

²⁶¹ LEBRE DE FREITAS, *Sobre o Novo Código...*, *ob. cit.*, p. 42, nota 26, alerta que os outros ordenamentos jurídicos europeus não têm nada que se assemelhe à base instrutória e “não deixa, por isso, de vigorar aí plenamente o princípio do dispositivo, bem como os ónus da alegação e da prova”.

²⁶² Avançamos já que o CPC revogado, saído da Reforma de 1995/96, previa a possibilidade de ampliação da base instrutória ordenada pelo presidente do tribunal coletivo na audiência de discussão e julgamento, no intuito de atender a factos instrumentais ou complementares ou concretizadores de outros que, tendo sido alegados, por lapso não foram incluídos naquela peça ou que resultaram da instrução da causa. Ora, também já dissemos que o atual CPC não prevê tal possibilidade relativamente aos temas da prova. Dando conta disso, FRANÇA GOUVEIA, *O princípio dispositivo e a alegação de factos...*, *ob. cit.*, p. 610, observa que os temas da prova se traduzem numa “enunciação não taxativa das principais questões a decidir”, e portanto explica que “a revogação da possibilidade de ampliação dos temas da prova não significa que os factos complementares ou concretizadores não possam ser tomados em consideração quando apenas resultem da audiência de produção de prova”.

considere factos inicialmente não alegados e resultantes da produção de prova, porquanto os temas da prova, devido ao seu carácter mais geral, não consubstanciam um limite intransponível para a instrução, mas um mero guião da produção da prova, nem balizam por qualquer modo o julgamento de facto. Nesta medida, somos levados a concluir que os temas da prova não só permitem a flexibilização do princípio do dispositivo como a incentivam.

Conclusão

Chegados aqui e percorridos estes tenebrosos trilhos, estamos conscientes de que as respostas alcançadas estão longe de serem unânimes e isentas de críticas, mas cremos ter sido capazes de, pelo menos, suscitar os problemas.

No início do século XXI ganharam nova ênfase as preocupações relativas ao congestionamento dos tribunais, confrontados com devastadores níveis de pendências, tal como se tornou evidente o excesso de formalismo e rigidez de todo o sistema, patente nas decisões judiciais²⁶³.

Nesta senda, surgiu a nova codificação processual civil da qual muito se espera²⁶⁴, pautada pelo reforço dos poderes do juiz e pela eliminação dos principais fatores de retardamento da decisão da causa²⁶⁵.

Contudo, não hesitamos em reconhecer que, por ora, as alterações ao CPC deviam ficar por aqui, dando-se tempo ao tempo para que revele todas as suas potencialidades. Mas substituem-se os governos e cada ministério da justiça entende dever ter a sua própria versão do direito processual civil. Em consequência, todos os anos há novos diplomas a alterar normas do Código, muitas vezes sem qualquer sentido, outras vezes reprimando normas e procedimentos que haviam sido afastados, causando instabilidade nos operadores judiciários e na própria doutrina.

²⁶³ Seguindo o mesmo pensamento, LOPES DO REGO, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil ...*, *ob. cit.*, *ob. cit.*, p. 101, refere que “a ultrapassagem desta inconveniente situação (...) passará decisivamente pela adoção de um novo modelo processual” que envolva a “um reforço dos poderes de direção do juiz e uma eliminação de fatores de rigidez, formalismo exacerbado e prevalência da forma sobre o fundo”.

²⁶⁴ CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in RDP, Vol. V, Parte I, Padova, Cedam, 1950, p. 23, alega que “o legislador faz a lei para o seu tempo: deve conhecer bem o nível moral e social das pessoas para as quais as leis são feitas” e ser “dotado de uma certa imaginação” (tradução nossa).

²⁶⁵ Também a *fase intermédia* do processo constituía, em vários processos, uma das causas de morosidade deste, uma vez que englobava tarefas de séria complexidade para o juiz que, *mergulhando* profundamente na causa, teria que elaborar o questionário/base instrutória e a especificação/factos assentes. LOPES DO REGO, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil ...*, *ob. cit.*, p. 119. Agora, esta fase foi substancialmente alterada com a obrigatoriedade da audiência prévia e com a figura dos temas da prova, relativamente aos quais já tivemos oportunidade de identificar as principais vantagens. Os temas da prova, ao contrário das figuras pretéritas, não constituem qualquer limite intransponível aos poderes do juiz no julgamento da causa; são apenas uma enunciação ordenada, coerente e estruturada das questões de facto essenciais controvertidas e definem o “quadro geral dentro do qual se hão de produzir as provas”. DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação...*, *ob. cit.*, p. 197.

Já ALBERTO DOS REIS reconhecia que ao tribunal era pedido que aplicasse a lei a um caso concreto da vida real²⁶⁶, no entanto, deixaria de “cumprir o dever funcional o juiz que se limita a decidir, sem dizer como interpretou e aplicou a lei ao caso concreto”.

Reconhecemos que na grande maioria dos processos que correm nos tribunais, o recurso à via judicial pelo autor somente sucede quando a via extrajudicial já se encontra esgotada, sem que a sua pretensão tenha sido satisfeita e, por isso, o que as partes buscam será sempre uma solução que, devidamente fundamentada, ponha termo à contenda²⁶⁷, pois de nada adianta o processo findar, sem resolver a contenda, dando lugar a novo processo que tenha subjacente a mesma questão²⁶⁸. Deve o mérito da causa prevalecer sobre as questões de natureza formal²⁶⁹ e, nesse sentido, devem caminhar não apenas as partes, mas também o juiz, providenciando, mesmo que oficiosamente, pela sanção de pressupostos processuais²⁷⁰, dirigindo convites às partes tendentes ao aperfeiçoamento dos articulados, à ampliação do pedido ou mesmo para se pronunciarem sobre factos que advieram ao seu conhecimento no decurso do processo.

Assim, “o juiz não pode ser mais o sujeito distante e frio que se fecha sobre si mesmo”²⁷¹, antes deve assumir um papel ativo no processo, reconhecendo-se os seus poderes, mas sempre respeitando os princípios da cooperação e do contraditório.

O processo não pode mais ser encarado como um *jogo das partes*, pois ele é agora conduzido pelo ideal da boa administração da justiça e da justa composição do litígio. Contudo não se basta o processo com uma decisão célere, é necessária uma decisão justa “baseada numa adequada, completa e justa apresentação dos aspetos jurídicos do caso por

²⁶⁶ *Comentário ao Código de Processo Civil, ob. cit.*, pp. 115 e 172, alerta que para tal “importa, antes de mais nada, descrever e fixar o caso concreto”.

²⁶⁷ A este propósito, CALAMANREI reconhece que “a fúria que impulsiona um litigante contra o outro no processo civil é na maioria das vezes o drama do jogo” (tradução nossa). *Ibid.*, p. 50.

²⁶⁸ Situação que, de resto, em nada abona a favor do descongestionamento dos tribunais e da celeridade processual.

²⁶⁹ Seguindo uma conceção garantista que deve comandar o processo civil, CORREIA DE MENDONÇA, *Vírus Autoritário e Processo Civil, ob. cit.*, p. 73, afirmando que “Se é preciso evitar que as formas processuais sejam um obstáculo à tutela efetiva dos direitos das partes e impedir que um formalismo cego e inútil sufoque a substância do direito, não se pode esquecer que aquelas formas respondem a uma necessidade de ordem, de certeza e de eficiência e que a sua observância representa uma garantia de respeito pelos referidos direitos”.

²⁷⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o processo civil, ob. cit.*, pp. 82-83.

²⁷¹ Socorremo-nos aqui das sábias palavras de MIGUEL MESQUITA, *Princípio da Gestão Processual..., ob. cit.*, pp. 106-107. O nosso professor refere ainda que “num processo, não encontramos três pessoas em conflito, mas apenas duas partes em conflito, cabendo a um terceiro imparcial *descobrir a verdade*”.

cada uma das partes e uma decisão correta, completa e (...) verdadeira acerca dos factos discutidos, baseando-se numa avaliação imparcial da prova”²⁷².

²⁷² (tradução nossa) TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, trad. Maximilliano Calle, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 247-248, ainda neste sentido, refere que “um sistema processual é eficiente quando é razoavelmente rápido e económico, mas também quando está estruturalmente orientado para alcançar decisões completamente informadas, corretas e fiáveis, em todos os aspetos da controvérsia” (tradução nossa). Assim, rejeita uma ideia de eficiência que atenda somente à rapidez e baixos custos do processo.

Bibliografia

ALEXANDRE, Isabel

- *A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013*, in Revista do Ministério Público, N.º 134, Ano 34, Abril-Junho de 2013.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de

- *Direito processual civil*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2015.

ANDRADE, Manuel De

- *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976.

ARAÚJO, Henrique

- *A matéria de facto no processo civil (da petição ao julgamento)*, Porto, 2009, disponível *online* <www.trp.pt>.

AROCA, Juan Montero

- *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade*, texto da conferência pronunciada nas XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em San José, Costa Rica, 2000, disponível *online* em <www.revistas.pucp.edu.pe>.

CABRAL, Trícia

- *Flexibilização procedimental*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, 2010, disponível *online* <www.e-publicacoes.uerj.br>

CALAMANDREI, Piero

- *Per la definizione del fatto notório*, in RDP, Vol. II, Parte I, Padova, Cedam, 1929;

- *Il processo come giuoco*, in RDP, Vol. V, Parte I, 1950, Padova, Cedam, 1950;

- *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, 7.^a Ed., trad. de Ary dos Santos, Clássica Editora.

CAMILO, Camilo Moreira

- *Dos articulados. Da audiência preliminar*”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIX, N.ºs. 286/288, 2000.

CANOTILHO, Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital Martins

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CAPELO, Maria José

- *A Enigmática Figura Do Técnico No Código De Processo Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora;

- *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, in *RLJ*, N.º 3985, Ano 143 (Março-Abril 2014).

CARNACINI, Tito

- *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, tradução para espanhol em *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N.º 12, Outubro/Dezembro, 1953, disponível *online em* <www.derecho.unam.mx>

CARRATA, António

- *I principi del nuovo processo civile Spagnolo*, in *RDP*, Padova, Cedam, Ano LVIII, II Série (2003), N.º1.

CARVALHO, José Delgado de

- *A Fase da Condensação no Processo Declarativo (à luz da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho): os temas da prova*, 2.ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2015.

CASANOVA, José Salazar

- *Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, N.ºs. 229/234, 1991.

CORREIA, João/ PIMENTA, Paulo/ CASTANHEIRA, Sérgio

- *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra, Almedina, 2013.

CUNHA, Leonardo

- *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*, Coimbra, Almedina, 2012.

DALLA, Humberto

- *A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação o objetivo da cooperação*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. XVI, 2015, disponível *online* <www.e-publicacoes.uerj.br>.

DIDIER Jr., Fredie

- *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

FARIA, Paulo Ramos de / LOUREIRO, Ana Luísa

- *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013.

FARO, Maria João Sousa e

- *A Audiência Prévia*, 2013, disponível para consulta em <www.cej.mj.pt>.

FREITAS, José Lebre de

- *Do conteúdo da base instrutória*, in *Julgar*, N.º 17, 2012;

- *A Ação Declarativa Comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.^a Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

- *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

- *Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in *ROA*, Ano 73 (2013), Vol. I.

FREITAS, José Lebre De / ALEXANDRE, Isabel

- *Código de Processo Civil anotado*, Vol. I, 3ª Ed., Coimbra Editora, 2014.

FREITAS, José Lebre De / MACHADO, António Montalvão/ PINTO, Rui

- *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

GERALDES, António Abrantes

- *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. II, 4ª Ed., Almedina, 2004;

- *Temas da nova reforma do Processo Civil (2012)*, in *Julgar*, Nº 16, 2012;

- *O novo processo declarativo*, in *Cadernos do CEJ*, Caderno II, 2013, *disponível online* <www.cej.mj.pt>;

- *O Novo Processo Civil, Novembro de 2013*, *disponível online* <www.cej.mj.pt>.

GOUVEIA, Mariana França

- *A causa de pedir na ação declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004;

- *Os poderes do juiz cível na ação declarativa – em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*, in *Julgar*, N.º 1, 2007;

- *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*, in *ROA*, Ano 73, 2013, *disponível online* <www.oa.pt>.

GUASP, J./ ARAGONESES, P.

- *Derecho Procesal Civil*, Tomo I - Introducción y parte general, 7.ª Ed., 2004, Thomson Civitas.

INCHAUSTI, Fernando Gascón

- *Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en españa*, 2008, *disponível online* <<http://eprints.sim.ucm.es>>.

INCHAUSTI, Fernando Gascón / VÉLEZ, Diego Palomo

- *La audiencia previa al juicio en el modelo procesal civil español*, in *Revista Hispano Chilena de Derecho Procesal Civil*, 2007, *disponível online* <<http://eprints.sim.ucm.es>>.

JAUERING, Othmar

- *Direito Processual Civil*, trad. Silveira Ramos, Coimbra, Almedina, 2002.

LARENZ, Karl

- *Metodologia da Ciência do Direito*, 7ª Ed., trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio

- *Fundamento del principio dispositivo*, in RDP, Vol. XV, Padova, Cedam, 1960.

MACHADO, A. Montalvão / PIMENTA, Paulo

- *O Novo Processo Civil*, 12.ª Ed., Porto, Almedina, 2010.

MARQUES, João Paulo Remédio

- *Ação Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MAGALHÃES, José Barbosa de

A distinção entre matéria de facto e de direito em processo civil, a interpretação dos negócios jurídicos e a competência do Supremo Tribunal de Justiça, in *Jornal do Foro*, Lisboa, 1958.

MARTINS, António

- *Código de Processo Civil - Comentários e Anotações Práticas*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2013.

MENDES, Armindo Ribeiro

- *As sucessivas reformas do Processo Civil Português*, in *Julgar*, N.º 16, 2012.

MENDES, João de Castro

- *Direito Processual Civil*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica, 1980;

- *Direito Processual Civil*, Vol. II, Lisboa, Associação Académica, 1986.

MENDONÇA, António Estelita

- *Os juízes, o processo e o questionário*, in *Scientia Iuridica*, Ano 21, 1972.

MENDONÇA, Luís Correia de

- *Vírus Autoritário e Processo Civil*, in *Julgar*, N.º 1, 2007.

MESQUITA, Luís Miguel Andrade

- *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil: anotação ao acórdão de 8 de Julho de 2010 do Tribunal da Relação*, in *RLJ*, N.º 3983, Ano 143, 2013;

- *A revelia no processo ordinário*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

- *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*, in *RLJ*, N.º 3995, Ano 145, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa

- *O neoprivatismo no processo civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 10, Abril/Junho, 2005.

MOREIRA, RUI

- *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projeto de uma nova reforma do processo civil*, texto da sua intervenção realizada no Colóquio sobre o novo Processo Civil a 08/03/2013, no Tribunal da Relação do Porto, disponível *online* <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiocpc_ruimoreira_osprincipiosestruturantesdoposprincipiosestrutura.pdf>;

- *Notas ao Código de Processo Civil*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

- *O Processo Civil Português: diagnóstico e cura*, in *Julgar*, N.º 17, 2012.

NETO, Abílio

- *Novo Código de Processo Civil anotado*, 2.ª Ed., Ediforum – Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2014.

NEVES, Castanheira

- *Matéria de Facto-Matéria de Direito*, in RLJ, N.ºs 3866 e 3867, Ano 129.

OSÓRIO, José

- *Julgamento de facto*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano VII, Coimbra, 1954.

PEREIRA, João Aveiro

- *O saneamento e a condensação no processo civil*, 1999, in O Direito, Ano 130, 1998.

PIMENTA, Paulo

- *A fase do saneamento antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2003;

- *Tópicos para a reforma do Processo Civil português*, in Julgar, N.º 17, 2012;

- *Processo Civil Declarativo*, Porto, Almedina, 2015.

RAMOS, José Luís Bonifácio

- *Questões Relativas à Reforma do Código de Processo Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora 2013;

- *Desígnios do “novo” Código de Processo Civil Português*, in O Direito, N.º 145.º, IV, 2013.

REALES, San Cristóbal

- *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, in *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, 2011, disponível *online* <<https://dialnet.unirioja.es>> .

REGO, Carlos Lopes do

- *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2004.

- *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso*, in Julgar, N.º 16, 2012;

- *Princípio dispositivo e os poderes de convolação do juiz no momento da sentença*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

REIS, José Alberto dos

- *Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial*, 2.^a Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1929;
- *O novo Código de processo civil*, in RLJ, N.ºs 2649, 2650 e 2651, Ano 72, 1939;
- *Código de Processo Civil (dúvidas e questões)*, in RLJ, N.ºs 2662 e 2664, Ano 72, 1940;
- *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume II, 3.^a Edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 3.^a Edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume IV, 3.^a Edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume V, 3.^a Edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

SCHWARZER, WILLIAM W. / HIRSCH, ALAN

- *Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes*, 2.^a Ed., 2006, Trad. Ramos de Faria, in *Julgar*, N.º 19, 2013.

SILVA, Carlos Ferreira da

- *A Audiência Preliminar em Processo Civil*, in *Scientia Iuridica*, N.ºs 238/240, 1992.

SILVA, Paula Costa e

- *Saneamento e Condensação no novo Processo Civil*, in *Aspetos do Novo Processo Civil*, vários, Lex, Lisboa, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de

- *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.^a Ed., LEX, Lisboa, 1997;
- *A Audiência Preliminar – Uma mudança de paradigma no processo civil*, in *Estudos sobre temas de processo civil*, Coord. Rui Rangel, Lisboa, SFN Editores, 2001;
- *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, N.º 332, 2013;

- *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 43, Julho/Setembro de 2013.

SOUSA, Rabindranath Capelo de

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

TARUFFO, Michele

- *Páginas sobre justicia civil*, Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, Madrid Pons, 2009.

VARELA, João Antunes

- *O Direito de acção e a sua natureza jurídica*, in *RLJ*, N.º 3826, Ano 126.

- *A Reforma do Processo Civil*, in *RLJ*, N.ºs 3803 e 3804, Ano 124, 1991;

- *A Reforma do Processo Civil Português: principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário*, in *RLJ*, N.ºs 3870, 3871, 3872, Ano 129, 1997;

- *A Reforma do Processo Civil Português: principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário*, in *RLJ*, N.º 3892, Ano 131, 1998;

- *A Frustrada Reforma do Processo Civil*, in *RLJ*, N.ºs 3889 e 3890, Ano 131, 1998.

VARELA, João Antunes/ BEZERRA, José Miguel/ NORA, José Sampaio E,

- *Manual de Processo Civil*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

-Ac. n.º 69/2008 de 31/01/2008, Processo n.º 240/2007, Relatora: Maria Lúcia Amaral. Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B34a83239-002b-49a4-8108-9af443ca2192%7D.PDF>

Supremo Tribunal de Justiça

-Ac. de 04/07/1997, Relator: Sampaio da Nóvoa, Proc. n.º 088286. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 13/11/2013, Relator: Lopes do Rego, Proc. n.º 444/12.5TVLSB.L1.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 14/01/2016, Relatora: Ana Luísa Geraldes, Proc. 1391/13.9TTCBR.C1.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 30/01/2003, Relator: Pereira Madeira, Proc. n.º 03P133. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 11/12/2003, Relator: Ferreira de Almeida, Proc. n.º 03B2992. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 01-02-1963, Relator: Bravo Serra, Proc. n.º 058248. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 11/12/2008, Relator: Alberto Sobrinho, Proc. n.º 08B3602. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 29/01/2014, Relator: Abrantes Geraldes, Proc. n.º 1206/11.2TBCHV.S1, . Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 07/05/2009, Relator: Vasques Dinis, Proc. n.º 08S3441. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. para uniformização de jurisprudência n.º 4/99, publicado em Diário da Republica, I Série - A, de 17/07/1999. Disponível em www.dre.pt.

Tribunal da Relação de Lisboa

-Ac. de 02/07/2013, Relator: Tomé Gomes, Proc. n.º 1551/10.4T2AMD.L1-7. Disponível em www.dre.pt.

-Ac. de 23/04/2015, Relatora: Ondina Carmo Alves, Proc. n.º 185/14.9TBRGR.L1-2. Disponível em www.dre.pt.

-Ac. de 17/07/2009, Relatora: Anabela Calafate, Proc. n.º 1226/07.9YXLSB-1. Disponível em www.dre.pt.

-Ac. de 16/06/2004, Relator: Duro Mateus Cardoso, Proc. n.º 8740/2003-4. Disponível em www.dre.pt.

-Ac. de 29/06/2006, Relatora: Fátima Galante, Proc. n.º 4883/2006-6. Disponível em www.dre.pt.

Tribunal da Relação do Porto

-Ac. de 07/10/2013, Relator: José Eusébio Almeida, Proc. n.º 448/08.1TBVPA.P1. Disponível em www.dgsi.pt.

-Ac. de 15/09/2014, Relator: Manuel Domingues Fernandes, Proc. n.º 3596/12.0TJVNF.P1. Disponível em www.dgsi.pt.

Tribunal da Relação de Évora

-Ac. de 07/01/2013, Relatora: Paula do Paço, Proc. n.º 573/11.2TTSTB.E1. Disponível em www.dgsi.pt.

Tribunal da Relação de Guimarães

- Ac. de 31/01/2013, Relator: Amilcar Andrade, Proc. n.º 500/08.4TBMNC.G1. Disponível em www.dgsi.pt.