

A elaboração dos temas da prova no actual Código de Processo Civil

MARIA DOS PRAZERES BELEZA *

Sumário: Procura-se com este pequeno estudo encontrar as regras para a elaboração dos temas da prova, tendo em conta a sua dupla função de preparação da produção da prova e de balizamento do julgamento da matéria de facto, bem como os princípios da adequação formal, da gestão processual e da prevalência do fundo sobre a forma. Conclui-se que, elaborados de uma forma mais ou menos genérica ou mais ou menos concretizada, os temas da prova devem enunciar as questões essenciais de facto que sejam controvertidas e relevantes para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito. A jurisprudência recente revela algumas dúvidas que o novo regime levanta e que têm vindo a ser ultrapassadas sem dificuldade, mostrando as vantagens que a flexibilidade trouxe ao bom decurso do processo e à maior facilidade na produção de prova.

1. Objectivo

Contrariamente aos anteriores, o Código de Processo Civil 2013 não define *regras directas* para a elaboração da peça destinada a concentrar ou a delimitar a matéria de facto controvertida na causa a que respeita – ou seja, a *matéria de facto carecida de prova*, controvertida efectivamente ou não.¹

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 61-80.

* Juíza no Supremo Tribunal de Justiça.

¹ Pode carecer de prova, não obstante não ter sido *efectivamente controvertida*, por exemplo, matéria de facto alegada por uma das partes e não impugnada pela parte contrária, quando esta falta de impugnação não tenha como efeito a *admissão por acordo* prevista no n.º 2 do artigo 574.º do Código de Processo Civil. Assim sucede, nomeadamente,

Trata-se de uma omissão deliberada, por se pretender que seja um instrumento flexível, adaptado ao caso concreto; e a prática tem revelado formas bastante diversas de redacção, que vão desde a enunciação de grandes questões, de forma muito geral, até à elaboração de uma peça *próxima* da base instrutória ou do questionário, com discriminação mais ou menos concretizada de todos ou de quase todos os factos que interessa provar. Suponho, aliás, que a possibilidade de *adequação* da forma concreta de construção desta peça preparatória da prova e, por esta via, da decisão de facto, sempre resultaria dos termos em que o actual Código de Processo Civil desenha o *princípio da adequação formal* (artigo 547.º), assim se afastando do anterior *princípio da legalidade das formas e formalidades processuais*, quer quanto ao desenho da sequência de tramitação a seguir, quer relativamente aos actos a praticar, em aplicação do princípio de que a concreta forma de condução do processo compete ao juiz. De igual forma, o princípio da gestão processual possibilita, por exemplo, introduzir uma *ordem* ou *hierarquia* entre os *temas de prova* formulados, se ocorrerem relações de prejudicialidade ou outras que recomendem uma certa sequência na prova e julgamento das várias questões a decidir.²

Proponho-me, neste pequeno estudo, procurar determinar como se cumpre a função desta peça de selecção da matéria de facto, que o legislador quis manter, e quis manter na fase preparatória da instrução e julgamento.³

Recorda-se o projecto de 1993 de Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Revisão presidida pelo Prof. Doutor Antunes Varela, que eliminou o questionário e o substituiu por uma indicação dos “*factos essenciais a provar*”, feita pelo Juiz Presidente do colectivo no início da audiência final, ouvidas as partes e consideradas as suas sugges-

quando se trata de factos relativamente aos quais não é admissível confissão, por respeitem a direitos indisponíveis (cfr. artigo 354.º do Código Civil).

As diferenças que se podem encontrar entre a *confissão* e a *admissão por acordo*, tratando-se de factos que interessam para a decisão da causa, não são agora relevantes.

² Recorde-se que, em regra, são irrecorríveis as decisões de *adequação formal* ou de *gestão processual*, tal como outras decisões relativas à condução do processo pelo tribunal – cfr. n.º 2 do artigo 630.º do Código de Processo Civil. Entre a sujeição aos critérios gerais de recorribilidade e a exclusão de recurso, o legislador acabou por optar por uma via *intermédia*, limitando a recorribilidade à alegação de violação dos princípios da igualdade ou do contraditório, ou de contrariedade às regras relativas à aquisição processual de factos ou à admissibilidade de meios probatórios. Cfr., a propósito, Carlos Lopes do Rego, *Os princípios Orientadores das Reformas do Processo Civil em Curso: o Modelo de Acção Declarativa*, Julgar, n.º 16 (201), pág. 99 e segs, págs. 102-103.

³ No estudo sobre *O Julgamento de Facto em 1.ª e em 2.ª Instâncias* (Jurismat, Portimão, 2020, pág. 203 e segs.) referi não vir então ao caso tratar em pormenor das regras que devem presidir à elaboração dos *temas da prova*. É, essencialmente, o que me proponho agora fazer.

tões (n.º 3 do artigo 507.º do projecto). Esta opção privilegiava a função de *programa da audiência* que o questionário desempenhava.^{4/5}

2. O Código de Processo Civil não contém regras directas de elaboração da enunciação dos temas da prova; mas a *forma* como deve ser construída esta *peça* pode e deve retirar-se da regulamentação de matérias directamente relacionadas com a sua função,⁶ entendida à luz dos objectivos do legislador de 2013, aliás expostos na Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de lei, apresentada à Assembleia da República:

«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. Quando, mais adiante, o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, se revelou nos autos. Estamos perante um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, seja na eliminação de preclusões quanto à alegação de factos, seja na eliminação de umnexo directo entre os depoimentos testemunhais e concretos pontos de facto pré-definidos, seja ainda na inexistência de uma decisão judicial que, tratando a vertente fáctica da lide, se limite a “responder” a questões eventualmente até não formuladas.»⁷

Que matérias são essas?

Como todos sabemos, há questões que têm andado interligadas nas soluções que foram sendo adoptadas pela lei portuguesa. Penso, fundamentalmente no regime definido (1) para a *alegação de factos*,⁸ (2) para a *selecção de factos relevantes*

⁴ Cfr. Projecto de Código de Processo Civil, Ministério da Justiça, Lisboa, 1993.

⁵ Foi, aliás, uma proposta muito criticada, nomeadamente por o objecto da prova apenas ser conhecido das partes na audiência final. É certo que o projecto conferia ao juiz o poder de, se assim o entendesse, solicitar a colaboração das partes. Cfr., por exemplo, as observações de Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 2018, pág. 665.

⁶ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2021, www.dgsi.pt, proc. n.º 1084/12.4TBPTL.G1.S1.

⁷ Proposta de Lei n.º 113/XII, disponível em www.parlamento.pt.

⁸ Refiro-me, fundamentalmente, a saber se existe um *ónus de alegação dos factos* de que o tribunal pode conhecer, se a possibilidade de conhecimento de factos não alegados (ou não *oportunamente alegados*), a existir, depende ou não da *função* que os factos desem-

para a causa,⁹ (3) para o *enquadramento ou balizamento da prova*¹⁰ e (4) para o *juízo da matéria de facto*.¹¹

Essa *interligação é natural*. Afinal, o que está em causa, seja com a enunciação dos temas da prova, seja com os seus antecessores – o questionário e a base instrutória – é a elaboração de uma peça instrumental e preparatória das fases processuais que se seguem, a produção de prova e o julgamento da matéria de facto. Na verdade, mais do que natural, a interligação é *inevitável, uma vez que a prova incide sobre factos* (cfr. artigo 341.º do Código Civil) e *se destina a demonstrá-los*: a previsão legal da elaboração de um questionário, de uma base instrutória ou de temas da prova assenta na ideia de que, antes da fase da prova, é vantajosa a identificação da matéria de facto controvertida.

É certo que as partes sabem o que uma e outra alegaram e o que lhes interessa provar para obterem ganho de causa, até porque a repartição do ónus da prova está pré-definida na lei.¹²

É todavia igualmente certo que lhes confere segurança saberem antes da audiência final o que o tribunal considera carecido de prova; e que a circunstância de os *temas da prova* terem sido concebidos para, em princípio, serem ela-

penham na acção (se integram a causa de pedir ou a base da excepção, se as complementam ou concretizam, ou se são apenas factos instrumentais, cfr. actual artigo 5.º do Código de Processo Civil) ou da *forma* como chegam ao conhecimento do juiz da causa (se, por exemplo, podem resultar da instrução ou da discussão da causa, se são factos notórios ou de que o tribunal tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções), se funciona ou não, ou de forma mais ou menos rígida, a regra da preclusão quanto à alegação de matéria de facto.

Suponho, na verdade, que todos estes aspectos têm de ser considerados, para se poder definir sobre que factos pode ou tem de incidir a prova a produzir na acção.

⁹ Penso agora no regime relativo à definição dos factos carecidos de prova, o que se prende, por exemplo, com a relevância ou irrelevância da falta de impugnação, ou dos próprios factos, do ponto de vista das possíveis soluções de direito).

¹⁰ Deve ou não haver uma *selecção* dos factos carecidos de prova, como preparação da audiência final? Deve essa selecção destinar-se, primeiramente, a permitir que as partes saibam antes dessa audiência sobre que factos vai incidir a prova, ou, antes, a ordenar a audiência, no sentido de permitir ao tribunal a sua programação e ordenação? Ambos os objectivos podem ser ou não considerados na definição das regras relativas à sua elaboração, naturalmente.

¹¹ Penso, desde logo, na definição da *competência* para julgar a matéria de facto, na *forma externa* desse julgamento e no *momento* em que se deve realizar.

¹² Cfr., a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2015, www.dgsi.pt, proc. n.º 2104/05.4TBPVZ.P.S1: «A lei portuguesa reserva a si própria essa repartição e apenas permite que o juiz a modifique nos termos apertados do n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil (“quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado”)).»

borados em audiência, em *cooperação* entre as partes e o tribunal, e, de qualquer forma, admitirem reclamação, garante o contraditório.

3. Breve síntese da evolução legislativa

Suponho que será útil traçar uma brevíssima síntese dos regimes que se pretenderam substituir. Considerar-se-ão, para o efeito, os que constavam do Código de Processo Civil de 1939, do Código de Processo Civil de 1961 até à reforma intercalar de 1985,¹³ após esta reforma e, posteriormente, em resultado das alterações introduzidas pela reforma de 1995/96.¹⁴

Na verdade, a consideração desses regimes é mesmo indispensável para a correcta apreensão daquele que o Código de Processo Civil de 2013 desenhou para deliberadamente os afastar, por se ter entendido que conduziram a resultados inadequados, do ponto de vista prático e de correcção material do julgamento de facto. A natureza *instrumental* do Processo Civil implica, por entre o mais, que as suas regras não prejudiquem as condições nas quais a prova é produzida – por exemplo, por espantilharem a prova testemunhal – em obediência ao princípio da *prevalência do fundo sobre a forma*.

Recorde-se que a própria formulação da lei – os “temas da prova”, e não as “*questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*”, como se dizia na proposta de 2011 da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil – foi procurada para cortar com o regime da selecção da matéria de facto controvertida até então em vigor.

3.a) No domínio do Código de Processo Civil 1939, ressalvados os factos notórios e aqueles de que o tribunal tinha conhecimento oficial, o poder de cognição de matéria de facto pelo juiz estava limitado aos *factos oportunamente alegados pelas partes*. Vigorava um *rígido* ónus de alegação e um *rígido* sistema de preclusão quanto à oportunidade de alegação de factos;¹⁵ a falta de impugnação

¹³ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, entrado em vigor no dia 1 de Outubro do mesmo ano.

¹⁴ Refiro-me, naturalmente, ao Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e ao Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro. Ambos entraram simultaneamente em vigor no dia 1 de Janeiro de 1997.

¹⁵ Estou apenas a considerar os pontos-chave que relevam para a finalidade tida em vista, que é a de procurar compreender os objectivos do legislador de 2013. Não vou por exemplo desenvolver os termos em que a superveniência constituía e continuou a constituir uma limitação à preclusão na alegação de factos, por se considerar que a utilidade de a sentença, que recomenda que se tenha em conta a evolução da situação de facto, superava as vantagens atribuídas à preclusão (disciplina e celeridade processuais, jogo leal entre as partes). Cfr. artigo 663º do Código de Processo Civil de 1939.

especificada implicava admissão por acordo; a selecção dos factos relevantes para a causa repartia-os entre a especificação e o questionário, que deviam ser elaborados ao mesmo tempo.

O questionário foi criado em 1932 (artigo 15.º do Decreto nº 21.694, de 29 de Setembro de 1932, integrado na *Reforma do Processo*, iniciada em 1926)

A especificação foi introduzida pelo Código de Processo Civil 1939; incluía os factos assentes, por falta de impugnação especificada, confissão e prova documental (neste caso, *se* cobertos pela força probatória plena do documento).

O questionário desempenhava a *dupla função* de “baliza” formal da prova e da competência do tribunal colectivo: a instrução recaía sobre os factos atomísticos, constantes do questionário; as testemunhas eram indicadas com relação a “quesitos” concretos e interrogadas sobre esses mesmos factos. O tribunal colectivo, que julgava a prova *sem valor tabelado*, decidia a matéria de facto respondendo aos quesitos.

Recordo a proposta apresentada por José Alberto dos Reis na comissão revisora do Código de Processo Civil, da previsão de dois questionários, um para a prova, mais concretizado, outro mais restrito, dirigido ao tribunal colectivo, com factos complexos, juízos e conclusões de facto¹⁶.

A elaboração do questionário era comandada por sucessivas distinções / eliminações, das quais se deduziam as regras (estritas) que deviam presidir à redacção dos quesitos, e que explicavam os fundamentos possíveis das reclamações:¹⁷ o questionário só devia conter (1) *matéria de facto*, nunca de direito, uma vez que se destinava a definir o objecto da prova a fazer na fase da instrução, (2) *alegada*, (3) *controvertida e pertinente* à causa e (4) *indispensável* para a resolver. A doutrina (Manuel de Andrade) acrescentava o critério para determinar a *indispensabilidade: segundo as plausíveis soluções de direito*.¹⁸

Em consonância com esta delimitação, entendia-se que *cada quesito devia conter um só facto simples*,¹⁹ e a pergunta a que correspondia o quesito devia ser

¹⁶ Como, por exemplo, se o testador estava capaz de entender o sentido da declaração, quando elaborou o testamento. Cfr. José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, III, Coimbra, 1950, pág. 215.

¹⁷ As reclamações contra o questionário podiam ter como fundamento a deficiência, o excesso, a complexidade ou a obscuridade (artigo 515.º, § 2.º).

¹⁸ Cfr. José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado* cit, vol III, pág 221.

¹⁹ A infracção desta regra permitia reclamar por *complexidade* do quesito.

redigida segundo a repartição do ónus da prova, de modo a que as testemunhas, na instrução, e o tribunal colectivo, no julgamento de facto, pudessem responder *sim/não*, quanto às testemunhas ou *provado/não provado*, quanto ao colectivo.²⁰

A competência para julgar a matéria de facto encontrava-se dividida entre o *tribunal colectivo*, ao qual incumbia julgar as provas sem valor tabelado, sujeita ao princípio da livre apreciação,²¹ *respondendo ao questionário*, e o *juiz singular* (conforme o momento, o *juiz do processo*, a quem competia redigir a *especificação*, que envolvia um julgamento provisório dos factos não eficazmente impugnados ou plenamente provados por confissão ou prova documental, ou o *juiz da sentença*, que controlava o acerto da especificação e julgava factos plenamente provados nela não contidos).

Em consonância com esta repartição de competências, consideravam-se não escritas as respostas do colectivo em matéria de direito ou sobre factos provados por prova plena.

3.b) O regime acabado de descrever sumariamente manteve-se no Código de Processo Civil de 1961, até à reforma de 1995/96, com algumas alterações não essenciais.

A especificação e o questionário passaram a estar incluídas no despacho saneador, potenciando a coerência entre todas as *peças*; o questionário conservou a sua dupla função de base formal da instrução e de fixação rigorosa da competência do colectivo e continuou a obedecer às mesmas regras de elaboração, incluindo as respeitantes ao critério de selecção dos factos relevantes segundo as soluções plausíveis da questão de direito e o respeito pela repartição do ónus da prova.

Elaborado com o objectivo de descongestionamento dos tribunais e, portanto, de simplificação e racionalização da tramitação processual, o Decreto-Lei n.º 242/85²² trouxe alterações que se repercutiram, de forma mais ou menos imediata, na elaboração do questionário (e da especificação, naturalmente).²³

²⁰ Dizia-se, aliás, que a forma pormenorizada de elaborar o questionário potenciava o princípio da imediação, pois o colectivo podia julgar a prova imediatamente a seguir ao encerramento da instrução

²¹ Por não terem valor tabelado, entendia-se dar maiores garantias de acerto a sua avaliação por um colectivo.

²² Este diploma, para cuja elaboração se procedeu a um levantamento dos *momentos* desse congestionamento, ficou conhecido como *Reforma Intercalar do Processo*. Um desses momentos era, justamente, o do *saneamento e condensação do processo*.

²³ Disse-se no respectivo preâmbulo: “A área em que mais se reflecte a linha geral de simplificação traçada nas novas regras é, naturalmente, a da acção declaratória do pro-

Em primeiro lugar, reduziu a dois o número de articulados *normais* na forma mais solene de processo declarativo, o processo comum ordinário – petição inicial e contestação – e limitou a admissibilidade e o âmbito possível da réplica à eventualidade de ter havido reconvenção ou defesa por excepção e apenas para lhes responder, ou de se tratar de uma acção de simples apreciação negativa,²⁴ regime que se mantém até hoje na regulamentação da forma única de processo declarativo comum. A tréplica passou a ter cabimento apenas em caso de alteração do pedido e ou da causa de pedir na réplica, e somente para lhe res-

cesso comum; o que bem se compreende, até pela função paradigmática que o processo ordinário de declaração exerce na economia de todo o sistema.

O número dos articulados da acção ordinária, que integram a fase introdutória do processo, sofre uma redução substancial.

Por um lado, é sistematicamente eliminada a resposta à tréplica, que, não tendo grande justificação real, retarda o andamento de muitas acções e embaraça nelas o período da condensação.

Por outro lado, o número dos articulados é, como regra, reduzido a dois (à semelhança do que ocorre, aliás, na generalidade das legislações estrangeiras), podendo elevar-se a três, no caso de o réu apresentar defesa por excepção ou deduzir reconvenção.

Não se trata, contudo, da redução do processo ordinário ao esquema simplificado do actual processo sumário, visto se preservar a possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir na réplica, independentemente de acordo das partes, e haver, nesse caso, necessidade de admitir a tréplica do réu.

Na fase posterior do saneamento ou condensação do processo suprime-se a especificação e o questionário nas acções não contestadas, ao mesmo tempo que, sem prescindir delas, se procura facilitar a elaboração de ambas as peças nas acções em que haja contestação.

Com efeito, além de se ter reduzido o número de articulados e de essa redução tornar menos difícil, em princípio, a selecção da matéria de facto essencial à decisão da causa, consagra-se nos novos textos o dever de as partes, no final de cada articulado, sintetizarem não só os factos que considerarem provados com os elementos juntos a esse articulado, mas também os factos que se propõem provar no período subsequente da instrução. Assim se estabelece, em termos razoáveis e bastante significativos, um dever de cooperação entre advogados e juiz na fixação da matéria de facto que interessa ao exame e decisão da causa.

E por uma outra via se procura ainda concorrer para o mesmo objectivo, permitindo abertamente a elaboração do questionário mediante simples remissão para as proposições numeradas de cada articulado o confiando ao tribunal colectivo a incumbência de efectuar, nas suas respostas, a necessária separação entre a matéria de facto e a matéria de direito, indevidamente amalgamadas no mesmo quesito.

De acordo com o critério de menor rigidez adoptado para a elaboração das duas peças, nomeadamente daquela que continua a ser a pauta essencial da audiência de instrução, discussão e julgamento da matéria de facto, houve que reduzir os fundamentos legais das reclamações tanto contra a especificação como contra o questionário, limitando-os à omissão ou deficiência e à obscuridade.

Eliminou-se, por fim, o recurso autónomo do despacho proferido sobre as reclamações, recurso que, subindo imediatamente e nos próprios autos, retarda com grande frequência e com manifestos inconvenientes o prosseguimento da acção”.

²⁴ Na verdade, responder aos factos impeditivos, modificativos ou extintivos, alegados pelo autor neste tipo de acções, *equivale* a uma defesa por excepção, nas demais acções.

ponder, ou para resposta às excepções opostas pelo autor à reconvenção. A resposta à réplica foi eliminada, por a prática ter demonstrado a sua desnecessidade. Passou a ser preciso indicar, no final de cada articulado, os factos que o respectivo autor considera provados ou se propõe provar, numa lógica de cooperação entre o tribunal e as partes (ónus eliminado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, por se ter revelado ineficiente).²⁵

Em segundo lugar, restringiu a elaboração de especificação e questionário às acções contestadas, uma vez que, nas acções não contestadas em que não se consideram confessados os factos alegados pelo autor, a matéria de facto se encontra concentrada na petição inicial.

Em terceiro lugar, permitiu a sua redacção por remissão para os articulados (cabendo ao tribunal colectivo, sendo caso disso, restringir a sua resposta a matéria de facto).

Em quarto lugar, em conformidade com a possibilidade de elaboração por remissão, eliminou a complexidade de entre os fundamentos de reclamação.

3.c) Com a reforma de 1995/1996,²⁶ restringiu-se o ónus de alegação aos factos integrantes da causa de pedir ou da base da excepção; permitiu-se o conheci-

²⁵ A mesma lógica de cooperação ditou um regime que nunca chegou a entrar em vigor, e que suscitou diversas críticas, constante da Lei n.º 3/83, de 26 de Fevereiro (que alterou, por ratificação, o Decreto-Lei n.º 242/82, de 8 de Junho, que se identificava como o primeiro diploma para a “*reforma gradual do Código de Processo Civil*”), segundo o qual “*1 - Realizada a audiência ou logo que findem os articulados, se a ela não houver lugar, a secretaria, independentemente de despacho, notificará as partes para, no caso de entenderem que o processo pode não terminar no despacho saneador, 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.*

2 - A indicação referida no n.º 1 deve ser organizada através da simples remissão para os artigos dos correspondentes articulados e, quando isso não for possível, através da transcrição textual dos factos constantes dos mesmos articulados e da menção dos artigos parcialmente transcritos. (...)” (artigo 510.º). A Lei n.º 3/83 foi suspensa sine die pelo Decreto-Lei n.º 356/83, de 2 de Setembro.

²⁶ Pode ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95: “*Sector em que, decididamente, as inovações são mais profundas, representando uma verdadeira alteração estrutural, é o da fase de saneamento e condensação, com o acentuar da cooperação, do contraditório e da auto-responsabilidade, tudo informado por um redimensionar dos poderes de direcção do juiz, a quem incumbirá um papel eminentemente activo e dinamizador. Com efeito, e uma vez que o primeiro momento de efectivo controlo jurisdicional ocorrerá, em princípio, findos os articulados, ganha relevo a figura do pré-saneador, com a já falada possibilidade de convite ao aperfeiçoamento dos articulados e, bem assim, com a*

mento, pelo tribunal, de factos complementares e concretizadores da causa de pedir ou da excepção, ainda que não alegados na petição inicial ou na contestação, se resultassem da instrução ou da discussão da causa, fosse respeitado o contraditório e a parte a quem beneficiassem declarasse que pretendia a sua utilização (existiria aqui como que uma “alegação a posteriori”), caso em que poderia haver que ampliar a base instrutória.

O questionário foi substituído pela base instrutória, que deveria incluir matéria de facto relevante e controvertida e que continuou a servir de balizamento formal da instrução²⁷ e do julgamento da matéria de facto.

A intenção que os trabalhos de elaboração e discussão desta reforma revelam foi a de se ultrapassar a forma atomística e pormenorizada da elaboração do questionário; mas a intenção não passou para a prática.

Recorde-se, ainda que o Decreto-Lei n.º 329-A/95 aboliu a especificação, mas que o Decreto-Lei n.º 180/96 a recuperou, prevendo a enunciação de *factos assentes*.²⁸

possibilidade alargada de se determinar no sentido do suprimento de pressupostos processuais em falta ou deficientemente preenchidos.

Mas onde, verdadeiramente, se inova de base é com a instituição da «audiência preliminar», que, visando sanear – e, sempre que disso for caso, decidir – o processo – e indo muito além, na sua fisionomia formal e substancial, da actual audiência preparatória, aliás, consabidamente descaracterizada, na prática judiciária concreta –, é erigida em pólo aglutinador de todas as medidas organizativas do mesmo processo e traduz a instituição de um amplo espaço de debate aberto e corresponsabilizante entre as partes, seus mandatários e o tribunal, de forma que os contornos da causa, nas suas diversas vertentes de facto e de direito, fiquem concertada e exhaustivamente delineados; e se o manifesto apelo subjacente, nesta fase, a uma via de conciliação não for bem sucedido e a questão não se mover apenas e essencialmente no plano de direito, seguir-se-á a fixação participada da base instrutória, com virtualidade de reclamação e decisão imediata das respectivas questões, assim se delimitando o objecto da futura audiência de discussão e julgamento. Por tudo isto se procurou rodear a respectiva disciplina de cautelas peculiares, de forma que, privilegiando-se a presença das partes em caso de interesses disponíveis, a sua realização seja realmente efectivada, por via de consenso de data e sem possibilidade de adiamento, nela se indicando, sendo caso disso, os meios probatórios e se fixando, também concertadamente, a data da audiência final.

Sem embargo, será de admitir que, quando a discussão a fazer, findos os articulados, tenha apenas por objecto a fixação da base instrutória e esta se prefigure revestir simplicidade, o juiz possa dispensar a convocação da audiência preliminar, saneando e fixando essa base em despacho escrito, cuja reclamação poderá ser apresentada no início da audiência de julgamento.”

²⁷ Assim, e a título de exemplo, recorde-se que o número de testemunhas que podiam ser indicadas continuou a ser fixado em função dos factos a provar.

²⁸ “No campo do processo ordinário de declaração, introduziram-se alguns aperfeiçoamentos - formais e, nalguns casos, substanciais - na nova disciplina instituída para a fase de saneamento e condensação, traduzida na realização de uma audiência preliminar.

No que respeita ao julgamento da matéria de facto, cumpre recordar que, desde a entrada em vigor do diploma que introduziu o registo da prova, o Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, foi sendo reduzida a intervenção do tribunal colectivo; o termo dessa intervenção ocorreu apenas com o Código de Processo Civil de 2013.²⁹

Manteve-se, todavia, a separação entre o julgamento das provas sujeitas ao princípio da livre apreciação, realizado após a instrução e com o seu objecto limitado pela selecção dos factos controvertidos, realizada na fase do saneamento e condensação do processo, e o julgamento das provas com valor legalmente tabelado, provisoriamente efectuado na lista dos factos assentes (ex-especificação), mesmo quando ambas eram julgadas por *um único juiz* e mesmo quando era *o mesmo único juiz* a apreciar toda a prova. Este sistema foi alvo de críticas conhecidas, nomeadamente no contexto da reforma de 2010/2013, da qual veio a resultar o actual Código.

4. O Código de Processo Civil de 2013

a) Diz-se frequentemente que o Código de Processo Civil de 2013 *comprimiu* o princípio do dispositivo, nomeadamente quanto à delimitação da matéria de facto de que o tribunal pode conhecer para julgar a causa. Na verdade, *manteve* o âmbito do ónus da alegação, introduzindo apenas uma diferença quanto à cognoscibilidade dos factos complementares ou concretizadores da causa de pedir ou das excepções, deixando de exigir como condição da sua utilização no processo, se não alegados, que a parte que deles beneficie diga se os quer aproveitar (*alegação a posteriori*). Suponho, todavia, que, pelo menos quando se trata de factos relativos a relações disponíveis, a oposição da parte beneficiada deve impedir o tribunal de os utilizar na decisão.

Continua a valer o ónus de alegação para os factos integrativos da causa de pedir e das excepções, isto é, correspondentes ao núcleo do tipo normativo que

Assim, prevê-se expressamente que o juiz, nas acções contestadas, ao seleccionar, após debate, a matéria de facto relevante, enuncie explicitamente tanto a que considera assente, como a que qualifica como controvertida, facultando às partes a imediata dedução das reclamações que considerem pertinentes, por se julgar que a expressa enumeração dos factos que devem considerar-se assentes - e não apenas a sua referência implícita, por omissão na base instrutória - poderá contribuir para a clarificação e boa ordem da subsequente tramitação da causa.”, pode ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 180/96.

²⁹ Cfr., no entanto, o n.º 6 do artigo 5.º da Lei que aprovou o actual Código de Processo Civil, a Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

acolhe a pretensão do autor ou a excepção do réu; e o tribunal continua a poder utilizar factos complementares ou concretizadores da causa de pedir ou das excepções, ou seja, necessários à procedência ou à improcedência da acção, mas que estão *para além* da causa de pedir ou da base da excepção, bem como dos factos instrumentais resultantes (agora somente) da instrução.³⁰

Mantém-se o ónus da impugnação definida.

b) O Código de Processo Civil de 2013 alterou, no entanto, a *forma de selecção da matéria de facto relevante*, bem como o *momento* e a *forma* do respectivo julgamento.

Em primeiro lugar, eliminou a especificação/lista de facto assentes, bem como o julgamento gradual da matéria de facto. No entanto, e uma vez que, nem a especificação,³¹ nem a lista de factos assentes constituíam julgamentos definitivos

³⁰ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Setembro de 2022, www.dgsi.pt: « Deixando agora de lado os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções (al. c) do n.º 2 do artigo 5.º do Código de Processo Civil), por não relevarem, o âmbito da possibilidade de conhecimento da matéria de facto pelo tribunal vem hoje definido pelo artigo 5.º do Código de Processo Civil, nos seus n.ºs 1 e 2. Ali se distinguem diversas categorias de factos, segundo a função que desempenham na acção, subordinando a necessidade ou desnecessidade de alegação a essa função, assim harmonizando a disponibilidade das partes sobre a relação controvertida com os poderes conferidos ao juiz para conhecer dos elementos de facto necessários ao julgamento da causa.

(...) Porque ao autor incumbe a definição do objecto da causa – do pedido e da causa de pedir, interessando agora a causa de pedir – e ao réu a definição da base dos contrafactos em que assentam as excepções que invoca e que, portanto, merecem o mesmo tratamento conferido aos factos integrantes da causa de pedir –, o artigo 5.º continuou a consagrar um ónus de alegação dos factos essenciais integrantes da causa de pedir ou que consubstanciam a base da excepção, como resultava da lei anterior, mas não quanto aos factos que, sendo embora relevantes para a procedência ou improcedência da causa, são complemento ou concretização de factos alegados, pois eliminou o requisito anteriormente exigido para que pudessem ser considerados pelo tribunal, não obstante não terem sido alegados: que a parte interessada manifestasse a vontade de deles se aproveitar, numa espécie de alegação a posteriori (cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Outubro de 2015, www.dgsi.pt, proc. n.º 903/11.7TBFND.C1.S1). Mas manteve o filtro objectivo da necessidade de que esses factos resultassem da instrução da causa (já não da instrução ou discussão da causa, como até então constava do artigo 264.º do Código de Processo Civil), permitindo assim controlar a fonte do conhecimento desses factos, bem como a possibilidade de contraditório. E manteve também a possibilidade de consideração oficiosa dos factos instrumentais, em harmonia com os poderes probatórios do tribunal.»

³¹ Recordo o Assento n.º 14/94: «No domínio de vigência dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961 (considerado este último antes e depois da reforma nele introduzida pelo Decreto-Lei 242/85, de 9 de Julho), a especificação, tenha ou não havido reclamações, tenha ou não havido impugnação do despacho que as decidiu, pode sempre ser alterada,

dos factos nelas incluídos, deve entender-se que o já referido *princípio da adequação formal* permite que o tribunal, se assim o entender, elabore uma *lista provisória de factos assentes* e, portanto, já não controvertidos e carecidos de prova; mas não que lhes atribua força de caso julgado, ainda que apenas formal, naturalmente.

Em segundo lugar, substituiu a base instrutória pela enunciação dos *temas da prova*. Elaborados de modo mais genérico ou mais concretizados, os *temas da prova* não deixam de constituir uma selecção de factos controvertidos, adianta-se desde já: assim resulta da conjugação do n.º 1 do artigo 596.º com o artigo 410.º, ambos do Código de Processo Civil.³²

Em terceiro lugar, alterou as funções desta *selecção de factos controvertidos*, que deixou de delimitar a competência para julgar prova livre (seja pelo colectivo, seja pelo juiz singular em momento anterior à sentença): agora, é o mesmo juiz, na sentença, que julga todas as provas. É a fundamentação deste julgamento de facto que revela a força probatória do elemento de prova que concretamente determinou o juízo efectuado,³³ que não se faz *respondendo a quesitos*, mas discriminando os diversos factos que o tribunal julga provados e não provados: a *discriminação* deixou de constar das perguntas dirigidas ao julgador (*os quesitos*), mas tem de ser realizada na sentença,³⁴ *desdobrando* os temas da prova.

A *selecção* a que correspondem os temas da prova continuou, portanto, a balizar a instrução, embora “*menos formalmente*”;³⁵ hoje significa apenas que a instrução recai sobre os factos *contidos* nos temas da prova enunciados – cfr. artigo 410.º.^{36/37/38/39}

mesmo na ausência de causas supervenientes, até ao trânsito em julgado da decisão final do litígio.»

³² “A instrução tem por objecto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova” – artigo 410.º citado. Também se deve referir, a propósito, o disposto no n.º 6 do artigo 588.º, que, a propósito da alegação de *factos supervenientes*, determina que “Os factos articulados que interessem à decisão da causa constituem tema da prova nos termos do disposto no artigo 596.º”.

³³ Cfr. os n.ºs 3 a 5 do artigo 607.º do Código de Processo Civil.

³⁴ Cfr. n.º 4 do citado artigo 607.º.

³⁵ A título de exemplo, recorda-se que desapareceu a limitação a um certo número de testemunhas *por facto* – cfr. artigo 633.º do Código de Processo Civil anterior.

³⁶ Cfr., por exemplo, relativamente à inquirição de testemunhas, o disposto no n.º 1 do artigo 516.º: (“a testemunha depõe... sobre a matéria dos temas da prova...”)

³⁷ Como se diz no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17 de Dezembro de 2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 2777/12.1TBBERG.G1, “(...) a enunciação dos temas de prova visa delimitar o âmbito da instrução, para que ela se efectue dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas excepções deduzidas, assegurando uma livre investi-

5. Regras orientadoras da elaboração dos temas da prova

Como comecei por lembrar, o Código de Processo Civil de 2013 não contém regras directas para a elaboração dos *temas da prova*. No entanto, a forma como são disciplinados os pontos particularmente relevantes para a determinação do objecto da prova, a que sumariamente se fez referência, os objectivos de flexibilização e adequação ao caso concreto, que nortearam o legislador de 2013, e a correcta compreensão de princípios como os da *adequação formal*, da *gestão processual*, do *contraditório* ou da *cooperação* permitem uma tentativa de formulação de *regras orientadoras* para a sua elaboração.

Com esta finalidade, proponho-me tentar responder às seguintes questões:

5.1. Os temas da prova devem conter apenas matéria de facto? Ou podem ser enunciados com referência a conceitos de direito, com formulações mais ou menos genéricas ou conclusivas?

Tomemos dois exemplos: numa acção de responsabilidade civil, podem ser definidos como temas de prova “*os danos não patrimoniais do autor*” ou “*os danos patrimoniais futuros*”, sem qualquer referencial factual mais concretizada?

gação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa, incontornável igualmente daí resulta que a instrução continua a ter por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova, que constituem, impedem, modificam ou extinguem o direito controvertido, tal como plasmados nos articulados”. Concluiu-se que cumpria anular a decisão então recorrida, “para que aí, em novo julgamento, se proceda à ampliação dos temas da prova, de molde a abrangerem o facto em referência”, porque se não podia considerar abrangido pela formulação dos temas da prova um facto essencial para a decisão, que havia sido articulado.

³⁸ “Não obstante a redacção dada ao artigo 410º do nCPC, nos termos do qual a instrução tem por objecto 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 respectivos meios incidirão, como se infere dos artigos 452.º, n.ºs 1 e 2, 454.º, 460.º, 466.º, n.º 1, 475.º, 490.º ou 495.º, n.º 1, do nCPC, e não sobre os respectivos temas de prova enunciados.” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Abril de 2015, www.dgsi.pt, proc. n.º 185/14.9TBRGR. L1-2.

³⁹ “Objecto da prova são os factos, não os temas; estes podem, aliás, integrar, como se tem entendido, conceitos de direito e conclusivos, que não poderão constar da decisão que vier a ser proferida.” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Novembro de 2018, www.dgsi.pt, proc. n.º 2790/16.0T8VFX.L1.S1.

Ou numa acção na qual as partes, proprietárias de prédios vizinhos, discutem a propriedade de uma parcela de terreno situada entre os dois, pode definir-se como tema de prova saber se a parcela em litígio integra o prédio do autor, questão que tem implícita uma conclusão?

5.1.1. Suponho que terá existido alguma divergência entre a proposta da Comissão de Revisão e a solução que acabou por vir a constar do Código de Processo Civil. A Comissão de Revisão, entendendo que os temas da prova deveriam corresponder “à *factualidade essencial controvertida e decisiva para a resolução do pleito*” sugeriu a seguinte formulação: “*Quando a acção tiver sido contestada, o juiz profere despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar as questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*”. Nesta perspectiva, fará sentido procurar determinar que factos devem ser enunciados como temas de prova – só os essenciais? Ou até que grau de concretização?

No Código de Processo Civil que veio a entrar em vigor, ficou tão somente “*Proferido despacho saneador, quando a acção houver de prosseguir*⁴⁰, o juiz profere despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas da prova” (n.º 1 do artigo 596.º). Deste ponto de vista, o preceito, só por si, não permite tirar uma conclusão semelhante.

No entanto, a consideração conjunta da *função dos temas da prova* – servir de base à instrução⁴¹ – e da intenção de que sejam enunciados *antes* de iniciada a instrução, numa fase preparatória – possibilitar às partes prever, com segurança suficiente, o que terão de provar⁴² –, permite ensaiar uma conclusão: os temas da prova devem corresponder a *questões de facto*, definidas por referência às previsões normativas das normas aplicáveis (naturalmente seleccionadas em função da causa de pedir e do pedido, e das excepções, cuja *base, pelo menos, está dependente de alegação*), desde que controvertidas.

Essas *questões de facto* têm necessariamente de estar delimitados *pela causa de pedir* e pelas *excepções*.

Deverão, portanto, enunciar os factos essenciais, que constituem a causa de pedir e a base da excepção e os factos complementares e concretizadores, quan-

⁴⁰ O que abrange acções não contestadas. Cfr., aliás, o disposto nos artigos 592.º e 593.º do Código de Processo Civil.

⁴¹ Cfr. artigo 410.º.

⁴² Por isso se permite alterar os requerimentos probatórios apresentados nos articulados, cfr. n.º 1 do artigo 598.º.

to a estes, se tiverem sido alegados;⁴³ mas não, por princípio, os factos instrumentais, ainda que alegados, tendo em conta a respectiva função – aliás, hão-de respeitar aos demais factos; mas nada impede que, tendo sido alegados, sejam incluídos.

Esta afirmação, todavia, tem de ser devidamente entendida: cada tema da prova pode enunciar *uma questão de facto*, que se traduzirá em diversos factos concretos, no julgamento da matéria de facto.

Ou seja: cada facto não tem que estar concretizado; mas os *temas da prova*, ainda que formulados mais genericamente, ou de forma conclusiva,⁴⁴ devem *corresponder a questões de facto suficientemente determinadas* para que sejam identificáveis os concretos factos a provar e a julgar; e o mesmo se diga se forem incluídos nos temas de prova conceitos de direito que não sejam puramente normativos ou abstractos.⁴⁵

5.2. Os *temas da prova*, tendo em conta a função de servir de base à instrução, devem conter apenas *questões de facto controvertidas*,⁴⁶ *relevantes* para a deci-

⁴³ A utilização de *factos complementares* ou *concretizadores* não determina ampliação dos temas da prova; o mesmo não sucede com os *factos supervenientes*, pese embora a sua necessária ligação com o objecto do processo (cfr. n.º 6 do artigo 588.º e n.º 2 do artigo 589.º).

⁴⁴ O que não é motivo para reclamação, cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 2021, www.dgsi.pt, proc. n.º 15319/16.0T8PRT.P1.S1.

⁴⁵ Cabe à sentença, na fundamentação de facto, referir a prova ou a falta de prova aos factos que relevam. Essa função da sentença deve ser cuidadosamente cumprida, mesmo que os temas da prova tenham sido formulados de forma bastante genérica: cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 444/12.5TVLSB.L1.S1: “*face ao modo excessivamente genérico como haviam sido definidos os temas da prova, sem a indispensável densificação e concretização factuais, a decisão proferida em 1ª instância tinha-se limitado a considerar não provada a matéria genericamente enunciada nos referidos temas da prova, sem ter na devida conta a natureza factualmente indeterminada e puramente conclusiva dos mesmos, na enunciação efectuada: ou seja, no caso, a excessiva fluidez e falta de densificação factual que afectava a definição dos temas da prova acabou por inquinar ou contaminar as respostas às questões de facto ali genericamente enunciadas, levando a considerar não provados – não propriamente os factos alegados e que serviam de suporte a tal enunciação vaga dos temas da prova – mas apenas e directamente a mera conclusão, factualmente indeterminada, que os integrava.*”

No mesmo sentido, cfr. por exemplo o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2021, www.dgsi.pt, proc. n.º 26069/18.3T8PRT.P1.

⁴⁶ Como resulta do que se disse no ponto 5.1, a afirmação agora feita não invalida que os *temas da prova* possam assumir uma feição *conclusiva* ou ser redigidos com recurso a *conceitos de direito*. Relevante é que a respectiva enunciação permita compreender *que questões de facto* ficam abrangidas. Como observa Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, *Direito Processual Civil*, II, Coimbra, 2015, pág. 213, “*A elaboração dos ‘temas da prova’ não reclama ou exige (...) uma redação expurgada de termos ou qualifica-*

são da causa, segundo as soluções de direito que forem *plausíveis*, o que implica formular os temas da prova de modo a abarcarem os diversos factos que possam ser necessários aos desfechos da solução de direito que for *razoável* admitir, ou seja, às diversas normas que *razoavelmente* possam ser convocadas para solucionar o litígio.^{47/48/49}

5.3. Tendo em conta o cariz *objectivo* que as regras sobre ónus da prova assumem no direito português, a repartição do ónus da prova dos diversos factos concretos que devem ser considerados para a formulação (mais ou menos genérica) dos temas da prova não deve relevar.⁵⁰

ções jurídicas, *mormente quando os mesmos assumam contornos coincidentes na linguagem vulgar e na conceptualogia legal ou doutrinal técnico-jurídicas*”.

⁴⁷ Se, por exemplo, estiver em causa saber se o direito invocado pelo autor da acção foi exercido *a tempo* e for *plausível* considerar que o correspondente prazo seja de caducidade ou de prescrição, a definição dos temas da prova deve permitir fazer prova sobre factos interruptivos ou suspensivos da prescrição.

⁴⁸ Este critério deve naturalmente ser seguido na discriminação dos factos provados e não provados, constante da sentença, de modo a evitar anulações para ampliação da matéria de facto, em sede de recurso.

⁴⁹ Cfr. citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2021: “*Assim, e quanto ao que agora releva, importa realçar que, sejam enunciados de forma mais genérica ou de modo mais concretizado, como se disse, os temas da prova devem corresponder a questões de facto controvertidas que interessem à decisão da causa, perspectivada esta de modo a abranger as soluções de direito que forem plausíveis. Ou seja: devem ser formulados de forma a permitir que se produza prova sobre os factos que possam vir a ser relevantes, de acordo com as soluções plausíveis da questão de direito, o que implica tomar como referência de relevância as diversas normas que plausivelmente poderão vir a ser aplicadas.*”

Esta regra constava das normas relativas à elaboração do questionário e, posteriormente, da base instrutória e explicava-se, como todos sabemos, pelo objetivo de evitar a necessidade de voltar à elaboração destas peças sempre que o juiz a quem coubesse a elaboração da sentença, ou o tribunal de recurso, não acompanhassem o entendimento do juiz do processo quanto à solução de direito do caso a julgar e, por esse motivo, houvessem sido desconsiderados factos que afinal tinham de ser objecto de prova.

Ora o mesmo problema se pode colocar no âmbito do Código de Processo Civil de 2013: se “a instrução tem por objecto os temas da prova enunciados”, tendo sido elaborada a correspondente selecção (n.º 1 do artigo 410.º do Código de Processo Civil), o objetivo de evitar retroceder no processo porque o tribunal de recurso discorda da solução de direito seguida em 1.ª Instância e carece de matéria de facto não compreendida nos temas da prova aconselha a que estes sejam enunciados tendo em conta as soluções plausíveis da questão de direito.

⁵⁰ Como todos temos presente, assim resulta da atribuição ao juiz de iniciativa probatória e do princípio da aquisição processual, hoje constantes, respectivamente, dos artigos 411.º (e de diversas normas relativas aos meios de prova em especial) e 413.º do Código de Processo Civil. Para dar um facto como provado, não releva saber se foi provado pela parte onerada, pela parte contrária ou por iniciativa do juiz. A repartição do ónus da prova continua, naturalmente, a dar ao tribunal um critério de decisão, em caso de falta de prova: *julga contra a parte que tinha o ónus da prova.*

Note-se, aliás, que a formulação em termos mais genéricos ou mais complexos dos temas da prova pode envolver a sua *decomposição* em factos cujo ónus da prova não caiba sempre à mesma parte.

6. Conclusão

Suponho, assim que se deverá concluir que os temas de prova devem corresponder “à *factualidade essencial controvertida e decisiva para a resolução do pleito*”, como sugeriu a Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, atrás já citada.

Não deverão ter uma formulação tão genérica que não cumpram a função de enunciação da matéria de facto sobre a qual recairá a instrução, *advertindo as partes* da matéria sobre a qual terão de fazer prova, balizando, por exemplo, o interrogatório das testemunhas de forma eficaz, na prática, mas sem o constringer⁵¹; e a respectiva enunciação, seja mais genérica ou mais concretizada, “*não corresponde a nenhuma decisão definitiva no processo, que adquira força de caso julgado formal*”, mesmo que não tenha sido apresentada reclamação.^{52/53}

Mas também não carecem, de forma alguma, de ser tão concretizados como acabaram por se tornar o questionário e a base instrutória ou tem que ser o *julgamento de facto*, constante da sentença. Todavia, não implica qualquer irregularidade uma enunciação que distinga todos os factos a provar; apenas caberá ter em conta que o interrogatório das testemunhas, por exemplo, não poderá estar condicionado pelos termos concretos do que então poderemos continuar a chamar *quesitos*.

⁵¹ Cfr. n.º 1 do artigo 516.º do Código de Processo Civil.

⁵² Cfr. citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2021: «8. *Como definição instrumental e preparatória das fases processuais que se seguem, os temas da prova – tal como sucedia com o questionário ou a base instrutória –. ou melhor, a sua enunciação, não corresponde a nenhuma decisão definitiva no processo, que adquira força de caso julgado formal (artigo 620.º do Código de Processo Civil). Não pode assim sustentar-se que a inclusão, nos temas da prova, da aferição “do concreto e real valor dos lotes que compõem cada um dos quinhões segundo os quais as partes acordaram proceder à partilha” signifique a obrigatoriedade, neste processo, de se considerar necessário apurar o concreto e real valor desses bens para a decisão da causa. O Supremo Tribunal de Justiça já teve ocasião de se pronunciar neste mesmo sentido de não aquisição de força de caso julgado formal da decisão de enunciação dos temas da prova; assim, por exemplo, nos acórdãos de 12 de Junho de 2016, www.dgsi.pt, proc. n.º 3296/11.9TBLL.E1.S1, de 27 de Abril de 2017, www.dgsi.pt, proc. n.º 1204/12.9TVLSB.L1.S1 ou de 8 de Janeiro de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 4814/17.4T8GMR.G1.S1.»*

Aqui chegados, suponho que se deverá concluir que a *formulação dos temas da prova*, no momento previsto para a sua elaboração – antes da produção de prova e, como regra, em audiência, em conformidade com as vantagens reconhecidas ao princípio da cooperação entre as partes e o tribunal – continua a ser uma boa solução do ponto de vista da ordenação do processo e da efectividade do princípio do contraditório. A prática dos tribunais e a sua jurisprudência assim o revelam; e suponho que a flexibilização da forma da respectiva enunciação é um instrumento que, com vantagem, permite a adequação a cada caso concreto.

Bibliografia efectivamente utilizada

- José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, vol III. Coimbra, 1950
- Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.º ed., Coimbra, 1985
- José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 2.º, 4.ª ed., Coimbra, 2019
- José Lebre de Freitas, *A Acção Declarativa Comum, à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.º Ed., Coimbra, 2013
- João Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, vol. II, Lisboa 2022
- Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, *Direito Processual Civil*, II, Coimbra, 2015
- Carlos Lopes do Rego, *Os princípios Orientadores das Reforma do Processo Civil em Curso: o Modelo de Acção Declarativa*, *Julgar*, n.º 16 (201), pág. 99 e segs.
- António Abrantes Geraldès, *Temas da Nova Reforma do Processo Civil* (2012), *Julgar* n.º 16 (2012), pág. 47 e segs.
- António Abrantes Geraldès, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, *Código de Processo Civil anotado*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2020
- Paulo Pimenta, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, 2014