

DO CONTEÚDO DA BASE INSTRUTÓRIA *

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

O autor reflecte sobre as implicações que, consideradas as normas sobre a distribuição do ónus da prova, a opção por uma base instrutória compreendendo as “questões essenciais de facto” e os “temas controvertidos” terá na decisão sobre a matéria de facto relevante.

1. Desafiado a vir-vos falar sobre “A prova e a decisão de facto”, propus-me num primeiro momento, porque o tema é vasto, fazer incidir a minha atenção sobre dois pontos principais, ambos tratados na perspetiva das alterações ao nosso martirizado Código de Processo Civil (CPC): o primeiro trataria de saber das implicações que, consideradas as normas de distribuição do ónus da prova, a projetada atuação legislativa sobre a compressão da base instrutória terá na decisão de facto; o segundo trataria de alguns aspetos práticos da distinção entre questão de facto e questão de direito, nomeadamente no âmbito da aplicação dos arts. 712 CPC e 729 CPC, à luz da recente reforma dos recursos cíveis. O encurtamento do tempo concedido à minha comunicação leva-me a só tratar do primeiro ponto.

2. O novo anteprojeto de alteração do CPC vem, no campo da prova, fundamentalmente alterar os seguintes pontos: proposição da prova nos articulados, ainda que com possibilidade de reajustamentos na fase da condensação e com manutenção do art. 512-A CPC (o que levará a questionar se, ao invés, não seria preferível permitir que a proposição da prova a produzir em audiência tivesse lugar até um certo prazo — 20 dias? — antes da data da sua realização); redução da base instrutória às questões essenciais de facto e aos temas controvertidos; admissão do testemunho de parte, por iniciativa do próprio, do juiz ou da parte contrária; admissão da inspeção judicial intermediada por um técnico designado pelo juiz (tratar-se-á ainda de inspeção?); concentração da discussão de facto e de

* Comunicação apresentada nas Primeiras Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares transmontanos”, Valpaços, 5 e 6 de Novembro de 2011. Depois destas jornadas, o projeto, indo ao encontro do sentido da comunicação, passou a referir “as questões essenciais de facto que constituem o tema da prova”.

direito, em momento anterior à decisão sobre a matéria de facto (mistura que creio pouco saudável e castrante da contraditoriedade na discussão da matéria de direito).

Destas propostas de alteração retiro a que tem a ver com a definição do objeto da prova: alegados os factos nos articulados, o juiz — dirá o art. 511 CPC — selecionará, na base instrutória, os temas controvertidos e as questões essenciais de facto. Esta formulação causa perplexidade e merece algumas reflexões.

3. Quando, na revisão do CPC dos anos de 1995 e 1996, se substituiu o anterior questionário pela base instrutória, pretendeu-se que esta se confinasse aos factos principais da causa (factos constitutivos, integrantes da causa de pedir; factos impeditivos, modificativos e extintivos, base das exceções) — aqueles que o art. 264-1 CPC determina que sejam introduzidos no processo pelas partes, ainda que venham completar uma alegação inicial incompleta (art. 264-3 CPC; art. 508-3 CPC). Não é que tal não correspondesse já ao espírito do velho questionário, mas este apresentava-se, na prática, normalmente prolixo, reproduzindo tudo aquilo que as partes tivessem alegado, e pretendeu-se vincar que assim não devia ser: dos factos instrumentais, só **deveriam** ir à base instrutória aqueles que constituíssem a base duma presunção **legal** ou um facto contrário ao legalmente presumido; ao invés, os factos que constituíssem base duma presunção **judicial** ou visassem **a sua ilisão** só **poderiam** ser incluídos na base instrutória quando assumissem especial relevância concreta para a prova dos factos principais ou quando fosse duvidosa a ilação que, a partir deles, pudesse ser tirada para esta prova ¹.

Mais uma vez, os tribunais, na prática, embora com algumas simplificações (remissões para os articulados) e inegáveis progressos (juízes que sabem condensar e sintetizar), foram além do que lhes era exigido. Daí a nova formulação.

Esta é, porém, ambígua: questões essenciais de facto e temas controvertidos não estão no mesmo plano e entre as duas expressões o texto final terá de optar.

4. Sabemos que, diferentemente do que acontecia na vigência do CPC de 1876, o CPC de 1939 criou um **questionário único** para ambas as partes, baseando a formulação dos quesitos nas regras da distribuição do

¹ Remeto para a minha **Acção declarativa comum**, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, n.º 13.2.1, a págs. 177. Refere-se também a finalidade de assegurar o direito à prova quando, de outro modo, ele seria severamente restringido por limitações legais como a do art. 633 CPC para a prova testemunhal; mas esta finalidade é igualmente atingida quando se entende que os factos do art. 633 CPC não são só os factos principais da causa, mas também os factos probatórios que hajam sido alegados como meio de atingir a prova dos factos principais (LOPES DO REGO, **Comentários ao CPC**, Coimbra, Almedina, 2004, I, anotação II ao art. 633).

ónus da prova: no questionário não deviam figurar o facto e o seu negativo, mesmo quando este consistisse na negação indirecta do primeiro; determinado quem tinha o ónus de provar determinada realidade fáctica, a formulação do quesito havia de ser feita de modo a permitir a prova do facto que, consoante os casos, onerasse o autor (facto constitutivo) ou o réu (facto impeditivo, modificativo ou extintivo), não cuidando nem da negação directa desse facto nem dos factos (instrumentais) a ele (indirectamente) contrastados ².

A revisão de 1995-1996 do CPC de 1961 mais não fez do que deixar mais claro que assim era. Quando agora se fala em **questões essenciais de facto**, é também isso que se pretende deixar ainda mais claro: para terem um significado distinto dos grandes temas da prova, são questões essenciais de facto os factos constitutivos do direito e os que impedem a sua constituição, o modificam ou extinguem, desde que sejam controvertidos (questionados). Uma base instrutória que inclua essas questões terá, pois, de ser entendida em função das regras de distribuição do ónus da prova, ainda que tal não comprometa a decisão final sobre esta distribuição ³.

5. Mas uma base instrutória constituída pelos **temas controvertidos** ganha fisionomia diversa.

Agora, o juiz não tem de se preocupar, no momento em que a elabora, com as regras da distribuição do ónus da prova. Limitando-se a verificar a existência de **controvérsia**, entre as partes, sobre a verificação de determinadas ocorrências principais, vai delas o juiz dar conta ao elaborar a base instrutória, deixando para a decisão sobre a matéria de facto a **descrição** dos factos que, relativamente a cada grande tema, tenham sido provados ou não provados. Assim, por exemplo, alegados pelo autor os factos concretos que consubstanciam a celebração de determinado contrato, que o réu negue ter sido celebrado, o tribunal não os incluirá na base instrutória, limitando-se a enunciar como tema controvertido saber se o contrato foi ou não celebrado.

Com isto, a prova não deixará de incidir, tal como hoje, sobre os **factos concretos** que o autor alegou como constitutivos do seu direito, tal como plasmados nos articulados (petição, réplica, resposta à contestação, articulado complementar, articulado superveniente), bem como sobre os factos probatórios de onde se deduz, ou não, a ocorrência desses factos principais e sobre

² Só quando a própria distribuição do ónus da prova seja controvertida é que faz sentido que, prevenindo as duas hipóteses (de ónus do autor e de ónus do réu), a mesma situação seja encarada, na base instrutória, nas duas perspetivas, uma vez que a resposta “não provado” não constitui fundamento de facto da sentença (art. 659-2 CPC).

³ As normas de distribuição do ónus da prova destinam-se a ser aplicadas quando, no final, o juiz verifica que certos factos principais não foram provados, visto que tem, mesmo assim, que proferir a sentença. Remeto para a minha **Introdução ao processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, n.º I.3.3, a ps. 35.

os factos acessórios que permitam ou vedem esta dedução, uns e outros denominados no art. 264-2 CPC como factos instrumentais ⁴.

Os **articulados** continuarão a realizar a sua função de meio de alegação dos factos da causa, essencial no que respeita aos factos principais e facultativo no que respeita aos factos instrumentais.

Por sua vez, a **decisão de facto** deverá, tal como hoje, incluir todos os factos relevantes para a decisão da causa, quer sejam os principais (dados como provados ou não provados), quer sejam os instrumentais, trazidos pelas partes ou pelos meios de prova produzidos, cuja verificação, ou não verificação, levou o juiz a fazer a dedução quanto à existência dos factos principais: o tribunal relatará tudo o que, quanto ao tema controvertido, foi provado, ainda sem qualquer preocupação quanto à distribuição do ónus da prova.

Sobre esta distribuição apenas o juiz, na **sentença**, se preocupará ⁵. Com vantagem. Ficando assente tudo o que tenha sido provado, sem cuidar de saber se era o autor ou o réu quem tinha o ónus da prova, se o tribunal de recurso, em apelação ou em revista, vier a fazer uma interpretação, diferente da do tribunal da 1.^a instância, da norma, geral ou específica, de distribuição do ónus da prova, os factos que interessem a esta nova perspectiva constarão todos da decisão de facto.

Ao invés, se se optar pelas “questões essenciais de facto” em detrimento dos “temas de prova”, não sendo lícito tirar ilações probatórias das respostas negativas aos factos da base instrutória, a mesma nova perspectiva do tribunal de recurso poderá (tal como hoje) implicar a baixa do processo à 1.^a instância para obter prova do facto, contrário ao não provado, que a Relação entenda dever ser apurado.

Dou um exemplo.

É controvertido se, em face do art. 1380 CC, o preferente tem o ónus de alegar e provar que o adquirente não era, à data da transmissão, proprietário de nenhum prédio que confinasse com o transmitido. Suponhamos que, sendo este facto controvertido, o juiz da ação de preferência o entende como constitutivo do direito de preferência e, por isso, pergunta na base instrutória se o réu **não** era proprietário de nenhum dos prédios confinantes, o que tem a resposta “não provado”. A Relação, entendendo — a meu ver, bem ⁶ — que se está perante um facto impeditivo e por isso cabia ao adquirente alegar e provar que era proprietário, à data da aquisição, de determinado prédio confinante com o alienado, terá de com ele aditar a base ins-

⁴ Para a distinção entre facto probatório e facto acessório, veja-se **Introdução** cit., n.º II.6.4.3.

⁵ Assim, no essencial, se passam as coisas no direito alemão, no direito francês e quase sempre nas arbitragens internacionais. Os sistemas processuais dos outros países europeus não usam ter nada que se assemelhe à nossa base instrutória, *maxime* nos termos em que ela continua a ser entendida na prática dos tribunais portugueses. E não deixa, por isso, de vigorar aí o princípio dispositivo, bem como os ónus da alegação e da prova.

⁶ Remeto para os meus **Estudos sobre direito civil e processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ps. 495-500.

trutória, seguindo-se novo julgamento (art. 712-4 CPC); e, se só o Supremo tiver este entendimento, seguir-se-á a baixa do processo para a ampliação da matéria de facto (art. 729-3 CPC), percorrendo assim os autos a via sacra de subidas e descidas em três graus antes da decisão de mérito definitiva.

6. Estando esgotados os 15 minutos que me foram concedidos, resta-me apenas desejar que a comissão revisora tenha em conta, não só que não pode enunciar, lado a lado, no art. 511 CPC, os temas controvertidos e as questões essenciais de facto, mas também que, ao escolher entre uma e outra das duas expressões, terá de ter bem em conta que elas cobrem realidades diferentes, cuja implicações devem ser bem ponderadas.