

O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E A ALEGAÇÃO DE FACTOS EM PROCESSO CIVIL: A INCESSANTE PROCURA DA FLEXIBILIDADE PROCESSUAL(*)

*Pela Prof. Doutora Mariana França Gouveia(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Questão e Objetivo. 3. Princípio dispositivo. 4. Momento da alegação. 5. Em especial, o regime dos factos complementares e concretizadores. 6. Conclusão.

Resumo:

A criação pela reforma de 95/96 da categoria dos factos complementares e concretizadores teve como intenção expressa e única a restrição do efeito preclusivo da alegação dos factos principais à fase dos articulados. A partir de então, passou a tratar-se na mesma regra (o art. 264.º) dois problemas diversos: quem alega os factos e até que momento esses factos podem ser alegados. Esta confusão é, no meu ponto de

(*) Texto escrito para os Estudos em Homenagem aos Professores Palma Carlos e Castro Mendes.

(**) Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Consultora da SRS Advogados.

vista, não só incorreta como prejudicial, pois tem dificultado seriamente a percepção das regras. Os problemas deveriam ser separados, tratando-se numa norma a questão de quem alega (princípio dispositivo) e noutra a determinação de até quando se alega (princípio da estabilidade da instância). Só para o primeiro problema se deveria utilizar o conceito de causa de pedir (factos principais ou essenciais) e factos instrumentais. Para tratar o segundo problema deveriam utilizar-se critérios flexíveis de decisão, como nexos factuais, mesma transação económica ou pretensões dependentes. A categoria de factos complementares e concretizadores deveria ser pura e simplesmente eliminada do Código. Embora não seja este o regime transposto para o Código (art. 5.º) e este reduza erradamente na letra o princípio dispositivo, procuro criar condições para que a sua interpretação vá neste sentido — porque no fundo é o que lhe está subjacente.

1. Introdução

Pretende-se neste estudo analisar o regime da alegação dos factos no Código de Processo Civil resultante da reforma de 2013. O tema inclui o momento e o modo como os factos podem ser considerados pelo juiz na sua decisão final. Inclui-se no tema não só o momento de alegação (na fase dos articulados e posteriormente nas diversas fases do processo), mas também ao modo como *entram* no processo, que pode incluir não apenas a sua alegação pelas partes, mas a sua notícia por uma testemunha, por um perito ou o seu conhecimento pessoal pelo juiz.

Esta matéria cruza diversas regras, princípios, interesses, preocupações. É tema essencial à estrutura processual, ao seu desenrolar, joga com preocupações de justiça e de eficiência. Tem, ainda, uma influência direta no figurino processual. É um tema central do processo civil, é um tema de enorme relevância que não tem, penso, merecido uma reflexão proporcional.

O objetivo do texto é analisar o novo regime para concluir se há realmente diferenças nessa alegação. Pretendo, porém, ir um pouco mais além, apresentando um modelo alternativo de aquisição dos factos no processo. Este modelo alternativo, ainda que não diretamente consagrado na letra da lei, pode, ainda assim, servir de mote à sua interpretação. Isto com o intuito assumido, expresso de aproveitar uma reforma claramente insuficiente para verdadeiramente começar o processo de modernização do processo civil.

Devo desde já assumir a minha posição relativamente a esta mais recente reforma do Código de Processo Civil. Fiz parte da equipa de investigação do Estudo Justiça Económica em Portugal realizado pela Fundação Francisco Manuel dos Santos sob encomenda da Associação Comercial de Lisboa⁽¹⁾. No âmbito desse Estudo foi proposta a revogação do atual Código de Processo Civil e a sua substituição por um integralmente novo, que represente verdadeiramente um novo paradigma processual. Qualquer reforma do atual Código está, penso, votada ao insucesso.

Portugal precisa urgentemente de um novo Código de Processo Civil. Mas um Código realmente novo, original, que assuma um modelo processual totalmente diferente daquele que nos regula desde 1939. Não só diferente quanto aos princípios enformadores, mas também (até porque não é possível desligar) quanto à tramitação em concreto, quanto aos atos previstos para o prosseguimento da ação.

Esta recente reforma do Código inova alguma coisa nos princípios enformadores, designadamente na inserção no articulado do dever de gestão processual, e altera ligeiramente a estrutura processual ao eliminar a réplica e a tréplica.

Estas alterações singelas permitem todavia, mas claramente, que se faça do Código uma interpretação idêntica à do Código anterior à revisão, ou seja, que se continue a fazer tudo exatamente da mesma forma. E o curto período de *vacatio legis* aumenta exponencialmente este risco.

(¹) O Estudo foi coordenado cientificamente por Nuno Garoupa, Pedro Magalhães e por mim e teve como diretor executivo Jorge Morais Carvalho. Todos os documentos e livros do Estudo estão disponíveis em <<https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica>>.

Repare-se.

O processo continua a iniciar-se com uma fase de articulados composta por petição inicial, citação e contestação. Segue com a fase de saneamento e condensação, agora sob o título “*da gestão inicial do processo e audiência prévia*” onde, apesar de se afirmar que tudo muda, se mantém o despacho pré-saneador, a audiência preliminar (agora prévia), o despacho saneador e a seleção da matéria de facto (agora chamada identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas de prova). Segue-se depois a audiência de julgamento, excluindo a nova formulação do Código a denominada fase da instrução. Como se sabe ela foi apenas “deslocalizada” para a parte geral, pelo que ainda se realizam os atos de produção de prova a constituir que não cabem na audiência final. Falamos essencialmente da prova pericial, mas também da inspeção judicial e do novo meio, as verificações judiciais não qualificadas. Prontos estes elementos, realizar-se-á então a audiência final. O processo termina com a sentença, que engloba, no novo texto, julgamento da matéria de facto e de direito.

Temos, então, apenas duas diferença nos atos previstos na tramitação genérica: a eliminação da réplica e da tréplica (que na verdade já eram articulados eventuais) e a inclusão do julgamento da matéria de facto na sentença. Tudo o resto se mantém.

Por outro lado, a gestão processual, que poderia ser encarada como um elemento motor da mudança, encontra sinais contraditórios no diploma. O primeiro quando se estabelecem atos obrigatórios⁽²⁾ (como a audiência prévia), o segundo quando se coloca a secretaria a controlar atos do juiz (art. 156.º, n.º 5). Que prazos são estes se o juiz pode, ao abrigo da gestão processual, decidir não praticar certo ato?

É certo, dir-se-á, que há alterações no conteúdo dos atos e até é, em certa perspectiva, verdade. Essa diferença assume maior relevância na fase intermédia do processo — onde a audiência prévia pretende assumir especial novidade. Mas a exata medida destas inovações terá de resultar do conjunto integralmente analisado.

(²) Ou de dispensa dependente de critérios definidos pela lei.

Nesse conjunto assume relevância a matéria que me proponho aqui tratar — a aquisição dos factos em processo civil. O momento e o modo como se adquirem os factos em processo civil é determinante para a sua estrutura, mas e infelizmente, como se verá, também aqui não há alteração.

Tudo analisado, a conclusão a que chego só pode ser uma. Este não é um Código novo — antes pelo contrário este é um Código que, lido de certa forma, pouco ou nada altera o anterior processo civil. O que — face ao total desajustamento das regras — é dramático. E há alternativas, diversas. É necessário questionar tudo, desde o princípio até ao fim, desde a estrutura à pequena regra, do conceito à sua concretização prática. O debate processual civil em Portugal tem sido muito limitado, como se todos os problemas do processo civil se centrassem na existência da base instrutória. É caricato que seja assim, como se os problemas da justiça civil portuguesa se resolvessem através deste instrumento.

Não há, portanto, novidade de monta e, é certo, perdeu-se uma oportunidade de verdadeira reforma, uma oportunidade de ouro. Mas, feito este lamento, permita-me o leitor que assuma uma postura positiva em relação ao futuro. Essa postura positiva passa, no meu entender, por duas vertentes.

A primeira, mais profunda, de preparação imediata de um verdadeiro novo Código, moderno, atual, amigo dos cidadãos e das empresas, respeitador e dignificante dos juizes, dos advogados e de todos os profissionais da justiça. Um código que motive quem trabalha, que lhes dê valor e responsabilidade. Esse trabalho faz-se com o debate permanente de alternativas e com a obtenção de consensos mais ou menos alargados e demorados sobre diversos assuntos. Faz-se com uma longa *vacatio legis* e com formação intensiva de recursos humanos e preparação consciente de recursos técnicos.

A segunda, mais imediata, mas igualmente importante, consiste numa leitura das normas já de acordo com um espírito diferente, mais atual, menos preso ao formalismo próprio do Direito Processual Civil clássico (chamemos-lhe assim) e mais próximo de uma ciência processual moderna, que tenha como ponto de referência os princípios do processo justo, as garantias das partes e um sistema de justiça eficiente, produtivo e inteligível.

É esse esforço, em simultâneo de crítica e de aproveitamento, que tentarei aqui fazer a propósito da questão essencial dos factos no processo civil.

2. Questão e objetivo

Questão essencial do presente texto é a de saber se há alguma mudança no regime de alegação de factos em processo civil. Como disse já, entendo que tal alteração é necessária. E é necessária em termos radicais.

Na minha opinião, deveria admitir-se a alegação ou aquisição de factos até ao fim do julgamento. Repito, entendo que o melhor sistema processual é aquele que considera na sua decisão todos os factos que resultaram da produção de prova e não apenas aqueles que, além de terem resultado da produção de prova, foram alegados nos articulados.

É certo que no regime atual tal possibilidade já é admitida em relação aos factos instrumentais, mas não aos factos principais ou, melhor, aos factos que possam implicar uma alteração da causa de pedir. Tal limitação teórica tem sido na prática interpretada de forma muito limitada, tendo como resultado um incremento absurdo da alegação de factos nos articulados. É ingénuo pensar que sem restrições claras ao efeito preclusivo se consegue esvaziar de factos inúteis os articulados.

A minha posição, quanto a este ponto, é um pouco diversa: a de se admitir essas alterações de factos sem referência a estes critérios (factos essenciais, instrumentais, complementares, concretizadores), mas antes a critérios flexíveis como nexos factuais, transação económica ou pretensões dependentes⁽³⁾.

Esta posição assenta, claro, numa ideia de mais fácil e mais justa aplicação do Direito, mas também e sobretudo, numa valorização do julgamento, enquanto momento chave de um processo

⁽³⁾ No Código de Processo de Trabalho (art. 72.º), o regime é bem mais flexível — o critério da ampliação da base instrutória é tão só que os factos sejam relevantes.

declarativo. O processo civil português, de cariz preclusivo muito acentuado, hipervaloriza o momento da alegação dos factos (nos articulados) em detrimento do julgamento e da produção de prova aí realizada. Esta é dependente daquela, quando, numa lógica mais compreensível da própria Justiça, deveria ser, parece-me, exatamente o oposto.

O padrão atual é “*o que não foi alegado não pode ser provado*”⁽⁴⁾, gerando a exclusão da decisão dos factos que, embora provados em audiência final, não constam dos articulados ou da base instrutória. É certo, como já referi, que os factos instrumentais poderiam fugir a esta regra, mas não mesmo verdadeiro é dizer que, perante o risco de não serem considerados na decisão certos factos (por se entender que são essenciais), as partes alegam usualmente todos os factos nos articulados e pressionam a sua inclusão na base instrutória.

É absolutamente necessário contrariar isto, o que tem sido reconhecido por todos, incluindo o legislador deste “novo” Código de Processo Civil. Com efeito, na exposição de motivos da Proposta de Lei enviada pelo Governo à Assembleia da República, é referida a “*possibilidade de, ao longo de toda a tramitação, (...) vir a entrar nos autos um acervo factual merecedor de consideração pelo tribunal com vista à justa composição do litígio.*”

Veremos, então, como regula o Código reformado esta matéria.

3. Princípio dispositivo

A matéria da alegação de factos estava e está dispersa por vários artigos do Código, um dos quais o art. 264.º sob a epígrafe “*princípio dispositivo*”. Este preceito foi transportado para o início do Código (art. 5.º) sob a epígrafe “*ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal*”.

⁽⁴⁾ Nas palavras de um advogado entrevistado no âmbito do *Estudo Justiça Económica em Portugal — Factos e Números*, Lisboa, FFMS, 2013, p. 38.

Com esta alteração deixou de haver qualquer referência no Código ao princípio dispositivo — a primeira sensação que temos é que esse princípio deixou de ser um dos princípios orientadores do sistema processual civil.

Esta ideia não corresponde, porém, à realidade e ainda bem — seria muitíssimo grave que o processo civil deixasse de se nortear pelo princípio dispositivo.

O princípio dispositivo⁽⁵⁾ é a tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade. Subjacente ao processo civil está um litígio de direito privado, em regra disponível, pelo que são as partes que têm o exclusivo interesse na sua propositura em tribunal. O interesse público, neste âmbito, limita-se à correta aplicação do seu Direito para que haja segurança e paz nas relações privadas. Assim, o exato limite da intervenção estadual é fixado pelas partes que não só têm a exclusiva iniciativa de propor a ação (e de se defender), como delimitam o seu objeto.

O princípio dispositivo traduz-se, assim, na liberdade das partes de decisão sobre a propositura da ação, sobre os exatos limites do seu objeto (tanto quanto à causa de pedir e pedidos, como quanto às exceções perentórias) e sobre o termo do processo (na medida em que podem transacionar)⁽⁶⁾.

No fundo, é um princípio que estabelece os limites de decisão do juiz — aquilo que, dentro do âmbito de disponibilidade das partes, estas lhe pediram que decidisse. Só dentro desta limitação se admite a decisão⁽⁷⁾.

O princípio dispositivo é, repito, uma consequência do respeito pela propriedade privada e liberdade das partes em agir priva-

⁽⁵⁾ *Stricto sensu* ou, na expressão alemã muito difundida, “*Dispositionsmaxime*”. É também usual incluir no princípio do dispositivo o “*Verhandlungsmaxime*”, relativo ao monopólio dos factos e dos meios de prova. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 136; JUAN MONTERO AROCA, *Proceso (civil y penal) y garantía*, Valencia, tirant lo blanch, 2006, p. 69.

⁽⁶⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 136.

⁽⁷⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, in *Scientia Iuridica*, 2013, ponto 1 (no prelo).

damente. Em nada se relaciona com uma visão retrógrada do processo civil, pelo contrário, é um princípio que existe em todos os ordenamentos jurídico-processuais ocidentais democráticos.

Assim está expressamente consagrado no texto constitucional do processo civil atual, os *Principles of Transnational Civil Procedure* do American Law Institute e do UNIDROIT⁽⁸⁾.

O Princípio 10, sob a epígrafe “*Iniciativa das partes e objeto do processo*”⁽⁹⁾ estabelece as seguintes regras:

“10.1. *O processo inicia-se através do pedido ou pedidos do autor, nunca pela atuação oficiosa do tribunal.*

(...)

10.3. *O objeto do processo é determinado pelo pedido e pela defesa deduzidas pelas partes nos articulados, incluindo quaisquer alterações.*”⁽¹⁰⁾.

Na senda da tradição ocidental, Montero Aroca define claramente a importância do princípio dispositivo como consequência direta da natureza privada do direito subjetivo cuja tutela se pede. Desse princípio decorrem as diversas e importantíssimas regras já referidas: a atividade judicial só pode iniciar-se a pedido das partes; a fixação do objeto do processo cabe exclusivamente às partes; os tribunais, quando chamados a decidir, têm de fazê-lo nos limites das pretensões formuladas; as partes podem terminar o processo caso acordem nesse sentido⁽¹¹⁾.

O princípio dispositivo é, portanto, uma regra basilar do nosso processo civil, ele traduz o respeito pela liberdade, pela iniciativa privada. A sua saída do Código seria, sem exagero, catastrófica. Permitiria ao juiz julgar o que lhe apetece e não o que lhe é pedido

⁽⁸⁾ Documento disponível em <www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>.

⁽⁹⁾ “*Party Initiative and Scope of the Proceeding*”

⁽¹⁰⁾ “10.1. *The proceeding should be initiated through the claim or claims of the plaintiff, not by the court acting on its own. (...) 10.3. The scope of the proceeding is determined by the claims and defenses of the parties in the pleadings, including amendments.*”

⁽¹¹⁾ JUAN MONTERO AROCA, *Proceso (civil y penal) y garantía*, Valencia, tirant lo blanch, 2006, p. 70.

Não se compreende, pois, porque se eliminou a epígrafe do art. 5.º⁽¹²⁾ e também porque não há em todo o diploma uma única referência a este importantíssimo princípio estruturante do processo civil ocidental e democrático.

Seja quais forem as razões para este apagão, o certo é que o princípio dispositivo continua a vigorar no nosso Direito Processual Civil, como não podia deixar de ser.

Assim, o art. 3.º, n.º 1 estatui: *“O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.”*

E o art. 5.º, n.º 1 estabelece: *“Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas.”*

O art. 664.º foi transportado para o art. 5.º, n.º 3 que passa apenas a consagrar a regra *iura novit curia*, nos seguintes termos: *“O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.”* Donde se conclui que, no que diz respeito aos factos, está limitado pelas regras previstas nos números anteriores, de onde se retira que os factos que constituem a causa de pedir e as exceções têm de ser alegados por estas.

Por último, 615.º, n.º 1 *d*) e *e*)⁽¹³⁾ continuam a fulminar com a nulidade a sentença que conheça de questões de que não podia tomar conhecimento ou condene em pedido diverso do deduzido.

Em suma, a estrutura não foi alterada: às partes cabe iniciar o processo e fixar o seu objeto. Ao juiz cabe decidir dentro desse objeto, tendo ampla liberdade (com cumprimento do contraditório) para aplicar regras de direito não alegadas pelas partes.

Diferente desta questão essencial é um outro problema que este art. 5.º também trata: o do momento da alegação dos factos. Até aqui estivemos a tratar da regra sobre quem alega os factos, outra totalmente diferente é a que regula o quando esses factos dão entrada no processo.

⁽¹²⁾ Correspondente ao art. 264.º.

⁽¹³⁾ Correspondente ao art. 668.º.

A confusão entre estas duas questões, penso, estará na origem de alguma percepção negativa sobre o princípio dispositivo, percepção que tentei combater (veemente) nas páginas anteriores.

O que procurei demonstrar é que em relação à questão chave do princípio dispositivo, nenhuma alteração é introduzida (e bem) por este diploma. Às partes continua a caber a alegação dos factos essenciais ou principais (causa de pedir e exceções); quer ao juiz, quer às partes fazer adquirir para o processo os factos instrumentais.

Questão diversa, como disse, é o do momento da alegação e é dessa que tratarei de seguida. Penso que a regulação na mesma norma de duas questões diferentes — quem e quando — prejudica a correta compreensão do regime de alegação de factos. É que para o princípio dispositivo o conceito de causa de pedir torna-se indispensável; já para o problema do momento da alegação desses factos é perfeitamente dispensável, podendo ser substituído por aqueles critérios, de conexão factual, que já defendi.

4. Momento da alegação

Diz-nos o art. 552.º⁽¹⁴⁾ que na petição inicial, o autor deve *“expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de fundamento à ação”*. Há aqui uma alteração face à formulação anterior que era a seguinte: *“expor os factos e as razões de direito que servem de fundamento à ação.”*

A alteração pretende, tanto quanto se possa perceber, enfatizar que apenas os factos essenciais têm de ser alegados na petição inicial, deixando clara a regra, que já existia, que os factos instrumentais podem ser mais tarde adquiridos no processo. A regra, portanto, mantém-se: na petição inicial alegam-se os factos principais. Se se identificar os factos principais com a causa de pedir, este é

⁽¹⁴⁾ Correspondente ao art. 467.º.

um ónus, já que de acordo com o art. 186.^o(¹⁵), a não alegação da causa de pedir implica a ineptidão da petição inicial(¹⁶).

Seguindo o regime do Código de 2013, mantém-se na contestação o princípio da concentração da defesa, agora no art. 573.^o, que determina que toda a defesa tem de ser alegada na contestação sob pena de não poder ser mais tarde considerada. Este princípio foi, porém, mitigado em linha com a nova formulação do preceito relativo à petição inicial (o já referido art. 552.^o). Diz-se, agora, que o réu deve tomar posição sobre os factos que constituem a causa de pedir invocado pelo autor (n.^o 1 do art. 574.^o) e diz-se mais: que os factos instrumentais apenas são provisoriamente admitidos caso não sejam impugnados.

Não me vou, porém, ater agora ao efeito prático desta nova (e seguramente enigmática) disposição(¹⁷), mas tão só concluir que também na contestação o réu está sujeito ao ónus de alegar os factos que consubstanciam as exceções, os factos principais. Os factos instrumentais podem ser mais tarde adquiridos, sejam eles favoráveis ao autor ou ao réu.

Conclui-se, pois, que o regime do Código se mantém nesta parte idêntico — apenas se reforçou o que já antes estava no art. 264.^o (atual 5.^o) com a inclusão nas normas referentes à petição inicial e à contestação dos factos principais. Limitou-se o efeito probatório da admissão dos factos instrumentais, mas isso em nada altera o ponto que estamos a analisar que é o do momento da alegação.

É importante ainda referir que o limite ao aperfeiçoamento continua a ser o mesmo, ou seja, a causa de pedir e as exceções alegadas nos articulados iniciais. Tal regra retira-se, como até aqui, da remissão que o art. 590.^o, n.^o 6(¹⁸) faz para os artigos relativos à

(¹⁵) Correspondente ao art. 193.^o.

(¹⁶) Sobre o conceito de causa de pedir para efeitos de ineptidão da petição inicial, ver MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 147 e ss.

(¹⁷) Diria, porém, que o que se fez foi alterar o valor probatório da prova por admissão, passando a ser possível afastá-la por mera contraprova. Parece ir também neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in ROA 2013, ponto 5.

(¹⁸) Correspondente ao anterior art. 508.^o, n.^o 5.

alteração do objeto do processo e ao princípio da concentração de defesa e ónus de impugnação.

A alteração do objeto está agora prevista no art. 265.º⁽¹⁹⁾ e, com a eliminação da réplica e da tréplica, deixou de haver qualquer referência à alteração do pedido e/ou da causa de pedir naquele momento. Estas alterações foram, no que diz respeito à causa de pedir, restringidas aos casos de haver confissão e relativamente ao pedido, à redução do pedido e ampliação se for desenvolvimento do pedido primitivo. Caem, portanto, as possibilidades de alteração totalmente livres que antes aqui se previam.

Este enquadramento normativo impõe, portanto, que os factos que compõem a causa de pedir e as exceções têm de ser alegados na fase inicial do processo, nos articulados que estas têm ao seu dispor. Não é admitido que haja quaisquer alterações quanto ao objeto em novos articulados que surjam no seguimento de despacho de aperfeiçoamento proferido pelo juiz ou mesmo articulados supervenientes⁽²⁰⁾.

Chegamos, portanto, a uma conclusão relativamente ao momento de alegação dos factos principais: hoje como antes, eles devem ser alegados na fase dos articulados, marcando indelevelmente a matéria a decidir na ação. Alterações posteriores apenas serão admitidas nos estritos condicionalismos que o Código estabelece e que analisaremos mais à frente.

Este regime parece ser totalmente contrário à ideia que inicialmente defendi e que agora retomo. Entendo que a melhor opção no processo civil é a de se admitir as alterações de factos sem referência aos conceitos dogmáticos de factos essenciais, instrumentais, complementares, concretizadores, mas antes a critérios flexíveis como nexos factuais, transação económica ou pretensões dependentes. É certo que esta ideia não está consagrada no Código

⁽¹⁹⁾ Correspondente ao art. 273.º.

⁽²⁰⁾ Uma hipótese alternativa é admitir essas alterações num terceiro articulado através da aplicação do princípio da gestão processual — tal foi a solução defendida por PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime Processual Civil Experimental Comentado*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 121, tendo como critério um ganho de eficiência proporcionado. Conforme se verá adiante pode chegar-se ao mesmo resultado através de um conceito flexível de causa de pedir.

mas, como procurarei demonstrar mais à frente, é possível interpretar os conceitos nesse sentido.

Mas antes há que analisar a regra relativa ao momento da alegação de outros factos, diversos dos principais.

Os factos não principais dividem-se, na terminologia do Código, em factos instrumentais, concretizadores e complementares. Esta última categoria foi incluída no texto do Código em 95/96 (no então n.º 3 do art. 264.º), mantendo-se agora com uma ligeira alteração. Antes eram designados como “*factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outras que as partes hajam oportunamente alegado*”, hoje “*factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado*”. A diferença está no desaparecimento do qualificativo essenciais, o que, dependendo da interpretação que se faça, pode ou não alterar o regime.

De acordo com o art. 5.º, n.º 2 b) e c), os factos instrumentais e os factos complementares e concretizadores podem ser adquiridos para o processo (quer através de alegação das partes, quer através de iniciativa oficiosa do juiz) até ao encerramento da discussão, na medida em que é este o momento que encerra a instrução do processo.

Não há novidades nas regras quanto ao momento, já que esta admissibilidade existia desde a reforma de 95/96.

Tendo em conta a já referida restrição do efeito probatório, prevista no art. 574.º, n.º 2, em relação aos factos instrumentais — de acordo com a qual os factos instrumentais alegados na petição inicial apenas ficam provisoriamente provados, caindo tal prova caso outra seja produzida em sentido contrário — fica ainda mais clara a possibilidade de alegação posterior destes factos, excluindo de vez qualquer efeito preclusivo pela não alegação ou não impugnação de factos instrumentais.

Uma outra alteração tem ainda de ser conciliada com estas. Deixou de prever-se a ampliação da base instrutória no art. 602.º⁽²¹⁾,

(21) Correspondente ao art. 650.º.

ampliação que estava prevista precisamente para a possibilidade de novos factos essenciais complementares ou concretizadores surgirem no decurso da instrução.

Esta eliminação não significa que estes factos não possam ser considerados na decisão — porque o contrário é estabelecido expressamente no art. 5.º — mas tão só dispensar a inclusão destes factos nos temas de prova, que estão restritos aos factos essenciais (senão menos).

Os temas da prova vieram substituir a base instrutória, instrumento malfadado, incompreendido e que, de acordo com a voz que se tornou comum (e que nunca fui capaz de compreender), parece reunir a culpa de todos os males do processo civil.

Preferiria a pura e simples eliminação de qualquer instrumento deste género, deixando ao critério do juiz e das partes a melhor forma de organizar a prova. Na verdade, ao abrigo da gestão processual, pode ser dispensada a elaboração deste guião de prova ou, naturalmente, a manutenção de um instrumento do género base instrutória.

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. Por isto mesmo, a flexibilidade deve ser a tónica e essa flexibilidade, num momento de transição entre paradigmas, deve aparecer como catálogo de opções que, no caso concreto, juiz e partes acordam ser a melhor⁽²²⁾.

Face ao texto aprovado, começa a sentir-se a necessidade de definir “*temas da prova*”, dogmatizando o instrumento, conceptualizando o ato. Nada de mais errado: os temas da prova serão aquilo que melhor servirem o processo e o caso concreto.

Quanto muito pode estabelecer-se um limite máximo: os temas da prova nunca podem ir além dos factos principais, isto é, os factos instrumentais, concretizadores e complementares não podem constar deste guião.

⁽²²⁾ Para uma análise ponderada das várias opções, ver PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime Processual Civil Experimental Comentado*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 149 e ss. Cf. ainda *Justiça Económica em Portugal — Síntese e Propostas*, Lisboa, FFMS, 2013, p. 39.

A razão de ser é muito simples: a base instrutória e a factualidade assente limitavam aquilo que poderia ser o acervo de factos da sentença. O juiz estava limitado na sua decisão pelos factos constantes dessas duas listagens: factos assentes e base instrutória. Esta restrição, relacionada com o princípio da estabilidade (precoce) da instância e com a separação absoluta (embora irrealista)⁽²³⁾ entre facto e direito, transformou-se em formalismo rígido e de muito difícil compreensão social.

A alteração pretende, é sabido, romper esta rigidez, limitando o instrumento a uma enunciação não taxativa das principais questões a decidir. Nesta enumeração, o juiz e as partes não têm sequer de se preocupar com a clássica (mas irrealista) distinção entre facto e direito. Podem simplesmente elencar como tema de prova, a validade ou invalidade do contrato, o defeito alegado, o atraso na entrega dos bens ou do pagamento, certos acontecimentos que modificaram as circunstância da celebração do contrato, o modo de aquisição da propriedade, etc., etc.

Ora bem, voltando àquilo que é objeto do presente texto, face a esta contextualização do que são os temas de prova, não faria realmente qualquer sentido prever a sua ampliação para a inclusão de factos não principais, como são os factos complementares ou concretizadores.

Dito de outra forma, a revogação da possibilidade de ampliação dos temas de prova não significa que os factos complementares ou concretizadores não possam ser tomados em consideração quando apenas resultem da audiência de produção de prova, mas antes e tão só que esses factos não são incluídos nos temas de prova⁽²⁴⁾.

E que o juiz, ao redigir a sentença, terá de incluir esses novos factos na fundamentação de facto, escrevendo-os pela sua mão —

(23) Não existem, em processo civil, factos naturais ou brutos — MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 65 e ss. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, in *Scientia Iuridica*, 2013, ponto 3 (no prelo).

(24) Também neste sentido LEBRE DE FREITAS, *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in *ROA* 2013, ponto 5.

sem apoio em articulados das partes⁽²⁵⁾. Este é um ponto importante que implica uma profunda alteração nos hábitos processuais — veremos como a prática se adapta a isto. Permita-me, aliás, o leitor acrescentar que este aspecto — de que ninguém fala⁽²⁶⁾ — me parece bem mais desafiante que a elaboração dos temas da prova.

Em resumo, temos o seguinte quadro: factos principais alegados nos articulados, fixação neste momento do objeto do processo (dada a regra da inadmissibilidade posterior de alteração), factos instrumentais, complementares ou concretizadores alegados ou adquiridos para o processo até ao encerramento da discussão.

Mantém-se portanto o efeito preclusivo quanto aos factos principais — a sua não alegação inicial impede a alegação posterior; mantém-se a não preclusão em relação aos outros factos, reforçando-se esta não preclusão relativamente aos factos instrumentais já que o efeito probatório da não impugnação é meramente provisório, podendo ser afastada por contraprova.

Assim, os factos principais têm de ser alegados na fase inicial, nos articulados, enquanto os factos instrumentais podem ser alegados ou adquiridos oficiosamente até ao fim do julgamento. Também os factos complementares e concretizadores podem ser adquiridos até ao fim do julgamento. Mas há que perguntar se podem sê-lo oficiosamente, questão que — repare-se — já se relaciona e novamente com o princípio dispositivo.

Há a este propósito uma alteração na letra da lei que pode ter consequências. Vejamos em pormenor.

⁽²⁵⁾ No âmbito do Regime Processual Experimental, já havia defendido a possibilidade de factos não incluídos na base instrutória serem levados à sentença em MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual Experimental Anotado*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 149.

⁽²⁶⁾ No Regime Processual Civil Experimental era já esta a regra em vigor, pelo que o tema foi aí debatido. Ver a excelente reflexão de PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime Processual Civil Experimental Comentado*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 188 e ss.

5. Em especial, o regime dos factos complementares e concretizadores

No Código de Processo Civil anteriormente em vigor defendi que os factos complementares e concretizadores eram factos principais⁽²⁷⁾, tendo em conta que o anterior art. 264.º, n.º 3 se lhes referia como factos essenciais e exigia, para a sua inclusão no acervo factual, a vontade das partes. No meu entendimento, eram factos principais que, naturalmente, faziam parte da causa de pedir ou das exceções. Contra esta posição poderia objetar-se que tal implicaria a possibilidade de alteração do objeto do processo numa fase muito adiantada. Mas tal objeção é facilmente revertida quando se defende, como faço, que uma alteração ao objeto do processo apenas se verifica quando há alteração de todos os factos principais. Explicando melhor, a causa de pedir só se altera se nenhum dos factos constitutivos das várias normas for idêntico, ou seja, se houver coincidência meramente parcial entre as previsões normativas onde se inserem os factos alegados, já não haverá alteração^(28/29).

À luz do anterior Código, entendi assim que os factos complementares e concretizadores integravam a causa de pedir, pelo que apenas poderiam ser tomados em consideração na decisão (para obedecer ao princípio dispositivo) caso a parte, que deles beneficiasse, concordasse com a sua inclusão no processo. Esta posição, repito, não conflituava com a proibição de alteração da causa de pedir depois da fase dos articulados, na medida em que esta só se alteraria caso nenhum facto principal comum existisse entre a nova e primitiva alegação.

Esta tese só é sustentável porque parte de uma posição não monista do conceito de causa de pedir. Entendo que o conceito é

(27) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Ação Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 386.

(28) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Ação Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 306.

(29) O raciocínio é idêntico para as exceções, já que são tratadas em paralelo ou, na expressão de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA “*realidades funcionalmente equivalentes.*” MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*”, in *Scientia Iuridica*, 2013, ponto 3 (no prelo).

polissémico, assumindo diversas modalidades consoante os institutos a que se aplica, o que é o mesmo que dizer às funções que estão subjacentes a cada um destes institutos⁽³⁰⁾.

Esta posição não carece de qualquer rigor técnico, nem cria insegurança jurídica. Antes permite obtê-la porque resulta de uma mera constatação: a expressão “causa de pedir” é utilizada para fins diferentes ao longo do processo, desenhando esses fins conteúdos diversos que se reconduzem, porém, a um conceito amplo (mas coeso), a um conjunto de elementos interligados entre si.

Ora bem, com este pano de fundo, retomo a análise do novo Código de Processo Civil quando, no art. 5.º, n.º 2 b), elimina a qualificação dos factos complementares e concretizadores como essenciais. Na anterior formulação desta regra — constante do art. 264.º, n.º 3 — eram denominados “factos essenciais”, agora deixam de o ser.

A questão que se coloca, então, é a de saber se o conceito que defendi de factos complementares e concretizadores — a sua recondução aos factos principais — se altera com esta nova qualificação.

Parece-me que não. Aliás, tenho criticado este *tertium genus* porque entendo que apenas é possível distinguir entre factos principais e não principais. Os primeiros são aqueles que constam da previsão normativa a aplicar, ou sejam, reconduzem-se aos factos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos. Os segundos são todos os outros. Distinguir de entre estas categorias, nunca me pareceu de qualquer utilidade. A distinção entre factos principais e não principais é necessária tão só para delimitar os poderes do juiz, para operacionalizar o princípio dispositivo. Quando se pretende usá-la para o problema do momento da alegação de factos, o resultado é desastroso. Aliás, a criação desta nova categoria teve como único propósito aligeirar o efeito preclusivo, alterando o limite temporal da inclusão de factos principais no processo⁽³¹⁾. Este fim era facilmente atingível sem a utilização destes conceitos.

⁽³⁰⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Ação Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 507 e ss.

⁽³¹⁾ Conforme LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado — Volume 1.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 507, dão notícia,

Pois bem, mas posso estar errada. Pode haver alguma diferença entre factos instrumentais e complementares/concretizadores ou entre estes e os factos principais. E ser essa distinção que justifica a terminologia da lei.

A doutrina tem consistentemente entendido que os factos complementares e concretizadores são factos principais, ou seja, são factos que se incluem na previsão da norma — são factos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos⁽³²⁾. São é tão só parte dessa previsão, pelo que, a prova parcial dos mesmos impede a procedência da ação, mas não impede a sua admissibilidade (não gera ineptidão) e é passível de correção até ao fim da produção de prova.

Se é assim, a presente alteração legal limitou-se a derrogar parcialmente o princípio dispositivo ao não fazer depender a inserção destes factos no processo da vontade das partes. Esta derrogação é, no meu ponto de vista, incorreta⁽³³⁾ — assim como a supres-

“Data do Anteprojecto da comissão Varela a ideia de romper com a rígida circunscrição da alegação à fase dos articulados e admitir no processo civil factos essenciais cujo conhecimento resultasse da fase da instrução.”

(32) MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, in *Scientia Iuridica*, 2013, ponto 1 (no prelo), define factos complementares como “*aqueles que concretizam ou complementam os factos que integram a causa de pedir e que asseguram a conclusão da alegação da parte; os factos complementares não esgotam uma previsão legal, mas, como complemento dos factos que integram a causa de pedir, são necessários para a procedência da pretensão da parte.*” Mais refere o Autor, “*Os factos complementares apenas são necessários para que a petição inicial seja concludente, isto é, para que esse articulado contenha todos os factos que são indispensáveis à procedência da ação.*” A restante doutrina qualifica-os também como factos principais ou essenciais. Assim, LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado — Volume 1.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 507-509 e mantém a posição em LEBRE DE FREITAS, *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in *ROA* 2013, ponto 5. No mesmo sentido, ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil — I Volume*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 64; PAULO PIMENTA, *A Fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 188; CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil — Volume I*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 254.

(33) É interessante notar que já na preparação da reforma de 95/96 este reparo foi feito por LEBRE DE FREITAS e RIBEIRO MENDES e foi, a tempo, corrigido. Agora e inexplicavelmente caiu. ARMINDO RIBEIRO MENDES e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil*, in *Revista da Ordem dos Advogados* 1989 (Ano 49-II), pp. 621-622.

são do próprio princípio (como acima referi). Resulta de confusão entre o quem e o quando.

Mas é fácil corrigir. O princípio dispositivo é o sucedâneo da proteção constitucional da propriedade privada, da autonomia privada, da liberdade das partes. Suprimi-lo viola a Constituição da República Portuguesa. Não foi seguramente isso que o legislador pretendeu, até porque no n.º 1 deste art. 5.º mantém a regra de acordo com a qual os factos principais só podem ser alegados pelas partes. Pelo que se deve manter a necessidade de acordo da parte beneficiada com esta inclusão. Como esse acordo — expresso ou tácito — naturalmente acontecerá (porque a parte sai beneficiada), o problema é facilmente resolvido⁽³⁴⁾.

Do ponto de vista prático, a questão também se resolve facilmente na medida em que o art. 5.º, n.º 2 b) exige que as partes se pronunciem sobre os factos — desta pronúncia (anterior ou posterior ao surgimento dos factos no processo) se retirará o acordo (expresso ou tácito) na sua alegação.

Os factos complementares e concretizadores são, assim, factos principais que podem ser alegados até à fase final do processo. Necessitam sempre do acordo da parte a quem aproveitam. A sua admissibilidade depende da não alteração do objeto primitivamente delimitado pelos factos principais alegados na petição e, caso haja exceções, na contestação.

6. Conclusão

Tudo visto, diria que o regime de alegação de factos não se altera com o novo texto do Código, embora tal intenção conste do preâmbulo da Proposta de Lei elaborada pelo Governo.

Em síntese, o regime de alegação de factos em processo civil é o seguinte:

— factos principais devem ser alegados na fase inicial;

⁽³⁴⁾ Também assim LEBRE DE FREITAS, *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in ROA 2013, ponto 5.

- factos instrumentais podem ser alegados ou oficiosamente adquiridos até ao fim do julgamento;
- factos principais que não alterem o objeto do processo (factos complementares ou concretizadores) podem também ser alegados até ao fim do julgamento, mas não podem ser oficiosamente adquiridos.

Não há alteração da causa de pedir sempre que estes factos principais tenham com os factos principais inicialmente alegados pelo menos uma identidade parcial, o que significa que os factos principais alegados na petição inicial e na contestação têm uma função não de preclusão absoluta de alteração, mas de delimitação do âmbito possível da posterior alteração.

O sistema consagrado é confuso, provavelmente porque conceptual⁽³⁵⁾, mas não só. O regime legal está assente em conceitos de difícil concretização prática o que tem como resultado a insegurança na aplicação — a finalidade exatamente oposta à existência de conceitos jurídicos. Esta matéria tem, pois, de ser objeto de profunda reflexão pela doutrina para que se possam encontrar soluções que possam gerar segurança jurídica e justiça processual. Não é admissível que se privilegie a teoria jurídica à eficácia e utilidade do regime processual. Regime que é, não esqueçamos, adjetivo.

Para além da base conceptual, há uma amálgama de dois problemas diversos, como procurei demonstrar, que dificulta a clareza das soluções. Uma questão é a de saber quem pode fazer incluir no processo determinados factos, outro problema é até que momento estes factos podem ser tomados em consideração no decurso do processo.

O primeiro problema — o do princípio dispositivo — está resolvido há muito e em nada foi alterado pelo novo texto do Código de Processo Civil.

O segundo problema — que no fundo se reconduz ao princípio da estabilidade da instância, a determinar quando essa estabili-

⁽³⁵⁾ A verdade, porém, é que nem na terminologia — essenciais, principais, constitutivos — há uniformidade na lei (substantiva e processual), o que é criticável, conforme refere LEBRE DE FREITAS, *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in ROA 2013, ponto 5.

dade se verifica — está mal resolvido, com pouca clareza e alguma contradição. No fundo, o novo texto do Código em nada altera o regime em vigor desde 95/96. E essa alteração era necessária, conforme o próprio preâmbulo da Proposta enviado pelo Governo referia.

Esta questão — essencial — deveria ser resolvida com recurso a critérios flexíveis como nexos factuais, transação económica ou pretensões dependentes e conexas. Deveria admitir-se factos que surgem apenas no decurso da produção de prova quando esses factos estejam em conexão com os inicialmente alegados e, de acordo com o critério discricionário do juiz, não perturbem indevidamente a instrução da causa⁽³⁶⁾. Estes critérios deveriam substituir os factos complementares e concretizadores que, no meu entendimento, seriam pura e simplesmente eliminados do Código.

É verdade que estes critérios não estão previstos no novo texto do Código de Processo Civil, mas nada impede que sejam utilizados como inspiração para casos duvidosos. Na dúvida, há que admitir novos factos quando entre os novos e os primitivamente alegados exista um nexo factual forte, por, por exemplo, se tratar da mesma transação económica.

Um raciocínio deste género é, no meu ponto de vista, uma boa contribuição para a flexibilidade processual que o novo texto do Código propugna (embora pouco pratique).

⁽³⁶⁾ O critério da perturbação indevida existe já no Código — precisamente para a alteração do objeto por acordo das partes — art. 264.º (correspondente ao art. 272.º). Também é o utilizado na Lei de Arbitragem Voluntária — art. 33.º, n.º 3. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 195.