

O Princípio Dispositivo e os Poderes de Cognição do Tribunal quanto à Matéria de Facto*

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Juiz de Direito do Tribunal de Competência Genérica de Macau

1. Numa noção aproximada, o princípio dispositivo significa que as partes dispõem do processo, como da relação material¹.

Este princípio tem vários corolários, podendo ser enumerados da seguinte forma:

- O processo só se inicia sob o impulso da parte e não do juiz (artigos 3º, nº 1 e 264º, nº 1, do Código de Processo Civil²).

A norma fundamental nesta matéria é a do artigo 3º, nº 1, nos termos da qual “o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes...”.

- As partes é que circunscrevem o que irá ser decidido, não podendo o juiz condenar em mais ou em objecto diverso do que for pedido (artigo 661º), a menos que as partes se tenham servido do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, caso em que a decisão deve obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes (artigo 665º).

Estas duas regras são também designadas como o princípio do pedido.

- Em regra, as partes podem pôr livremente termo ao processo (artigos 293º e segs.).

* Aula aberta proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Março de 1998.

¹ Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, p. 373.

² Os artigos citados no texto sem indicação da respectiva fonte referem-se ao Cód. do Processo Civil.

- Em regra, o juiz só pode servir-se de factos articulados pelas partes (artigo 664º).

Ou seja, as partes além de terem de solicitar ao tribunal uma providência concreta, têm também de carrear para o processo os factos que consideram relevantes, para o conhecimento do pedido æ no caso do autor æ ou para conhecimento das excepções opostas pelo réu (excepções processuais são os factos que obstam à apreciação do mérito da acção, do fundo da causa, ou que, impedindo, modificando ou extinguindo o direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total ou parcial do pedido æ artigo 487º, nº 2).

Ao juiz está vedado invocar factos que não tenham sido alegados pelas partes, mesmo que considere que estão provados no processo e que têm relevância para a decisão sobre o pedido.

É esta vertente do princípio dispositivo, que me proponho tratar.

Começarei por uma abordagem de carácter histórico, a que se seguirá a exposição do regime vigente em Macau e concluirei com o regime que vigora, actualmente, em Portugal e com o que se espera ser o que constará do projecto de novo Código de Processo Civil de Macau.

2. No Código de Processo Civil de 1939 havia várias normas com interesse nesta matéria.

Disponha o artigo 664º (Relação entre a actividade das partes e a do juiz):
“O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, salvo o que vai disposto no artigo 518º”.

Outra norma pertinente era a da alínea g), do artigo 653º (Actos a praticar na audiência):

“Se não houver motivo para adiar a discussão, observar-se-á a ordem seguinte:

...

g) Encerrada a discussão, pode o presidente formular quesitos novos, quando os considere indispensáveis para a boa decisão da causa...”

O artigo 664º, inserido no capítulo que regulava a sentença, era claro no sentido de que no tocante à adução da matéria de facto, o juiz só podia servir-se dos factos articulados pelas partes, salvo no que respeita a factos notórios e daqueles que tinha conhecimento no exercício das suas funções, que não careciam de ser alegados (artigo 518º).

E o § 1º, do artigo 515º estatua que “o questionário só compreenderá, *de entre os factos articulados*, controvertidos e pertinentes à causa, os que forem

indispensáveis para a resolver”.

Porém, a mencionada alínea g) do artigo 653º, que se referia aos poderes do presidente do tribunal colectivo, em audiência, admitia que este pudesse acrescentar quesitos novos ao questionário, sem esclarecer se os quesitos teriam de se referir a factos articulados ou não.

Formaram-se, então, duas correntes:

- Para uns, esses novos quesitos só podiam incidir sobre factos articulados pelas partes. Foi esta a posição sustentada, entre outros, por ALBERTO DOS REIS³ e MANUEL DA PALMA CARLOS⁴.
- Para uma segunda corrente, os quesitos podiam respeitar tanto a factos articulados pelas partes, como a quaisquer factos que viessem ao conhecimento do juiz. Era a tese de MANUEL DE ANDRADE⁵ e PESSOA VAZ⁶.

Para esta segunda corrente, o poder atribuído ao presidente, pela alínea g), visava os factos não articulados, porque os articulados já deviam constar do questionário.

Mas a isto respondiam os seguidores da primeira tese que pode ter acontecido que determinado facto não tenha sido incluído no questionário por se ter entendido que não era indispensável à decisão do pleito. Mas com a discussão da causa, bem pode ter acontecido que se venha, então, a constatar que tal facto era fundamental para a solução do litígio.

O outro argumento importante da tese de que o juiz podia quesitar factos não alegados pelas partes, era o de que se não fosse assim, o artigo 663º seria inútil.

Este artigo estabelecia que “no julgamento devem tomar-se em consideração os factos constitutivos ou extintivos do direito que se produzirem posteriormente à proposição da acção, de modo a que a decisão corresponda ao estado das cousas no momento do encerramento da discussão...”.

Ora, diziam os partidários desta corrente, como, de acordo com o artigo 664º, o juiz só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, o artigo 663º constitui uma excepção a tal norma, já que os factos constitutivos ou extintivos do direito que se produzirem posteriormente à proposição da acção, não estão articulados.

³ RLJ, 72º, p. 372, 373, 401 e 402, e *Código de Processo Civil Anotado*. vol. IV, p. 545.

⁴ *In* Revista da Ordem dos Advogados, ano 5º, nºs 3 e 4, p. 282 e segs.

⁵ *Ob. cit.*, p. 107.

⁶ *Atendibilidade de factos não alegados*, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vols. 19º a 21º, p. 167 e segs.



Importa recordar aqui que o Código de 1939 embora já previsse a defesa superveniente no § 3º do artigo 493º, não regulava os termos subsequentes à sua apresentação, nem qualificava tal peça como articulado superveniente, como consta agora dos artigos 506º e 507º.

Mas àquele argumento respondiam os defensores da opinião mais restritiva dos poderes do juiz que a palavra “*articulados*” do artigo 664º tem aqui o significado de “*alegados*” pelas partes: o juiz só pode servir-se de factos alegados pelas partes, “factos que as partes tenham trazido para o processo. Ao passo que o tribunal mobiliza o direito segundo a sua ciência e cultura, pelo que respeita ao facto está adstrito à contribuição das partes: só pode servir-se da matéria de facto carreada pelas partes.

Que estas tenham introduzido o facto no processo mediante as peças que a lei dá o nome de articulados ou através de outras peças ou meios admitidos pela lei, pouco importa; num caso e noutro o juiz serve-se de facto fornecido pelas partes, e é isso que interessa”⁷

PESSOA VAZ⁸ considerava que através dos textos legais mencionados não era possível chegar-se a nenhuma conclusão. Mas entendia que o presidente podia aditar quesitos novos sobre factos não alegados pelas partes, como consequência necessária do sistema inquisitório moderado que caracterizaria o então novo Código de Processo Civil de 1939.

Num aspecto todos estavam de acordo, os quesitos novos aditados pelo presidente em audiência teriam de se “confinar a factos insusceptíveis de alterar a causa de pedir”⁹.

Atente-se no seguinte caso narrado por ALBERTO DOS REIS¹⁰: “tinha-se proposto acção de separação de pessoas e bens com fundamento em adultério; a mulher acusava o marido de adultério com a criada Maria Aurora Filipe. Não se fez prova deste facto, mas provou-se que já no curso da acção o marido cometera adultério com outra mulher... Aqui temos um caso nítido em que o presidente do tribunal colectivo não poderia formular quesito novo. Embora na audiência de discussão e julgamento se apurasse que o réu praticara adultério com mulher diferente da indicada na petição, não era lícito formular quesito sobre este ponto, porque o facto novo emergente da discussão da causa importava alteração da causa de pedir”.

A jurisprudência encontrava-se dividida entre as duas correntes.

⁷ Alberto dos Reis, *Código...*, vol. IV, p. 547.

⁸ Ob. cit., p. 168 a 170

⁹ Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. III, 1982, p. 160.

¹⁰ *Código...*, vol. IV, p. 549.

3. A questão foi resolvida definitivamente na reforma processual de 1961, operada pelo Decreto-Lei nº 44129, de 28 de Dezembro de 1961, que, no que respeita à questão em apreço [artigo 650º, nº 2, alínea f)], ainda vigora em Macau.

Na verdade, é hoje indiscutível que os novos quesitos só podem incidir sobre factos alegados pelas partes, dado que o artigo 650º, nº 2, alínea f), ressalva o disposto no artigo 664º, onde se firma tal princípio.

Examinemos, então, agora, mais detidamente, o regime actualmente vigente em Macau, no que concerne às relações entre os poderes de cognição do Tribunal em matéria de facto e o princípio dispositivo.

Os factos constitutivos do direito invocado devem ser expostos pelo autor na petição inicial, como estatui o artigo 467º, nº 1, alínea c).

O juiz pode convidar o autor a corrigir a petição quando esta apresente deficiências que sejam susceptíveis de comprometer o êxito da acção (artigo 477º). Isto é, se, por exemplo, a causa de pedir for complexa, composta por vários factos, e o juiz entender que o autor omite um ou mais factos necessários à procedência do pedido, pode convidar o autor a corrigir a petição.

Da mesma maneira, se o autor alegar, em vez de factos concretos, conceitos de direito ou matéria factual meramente conclusiva, susceptível de comprometer o êxito da acção, pode o juiz convidá-lo a corrigir a petição.

Na contestação, deve o réu articular os factos por que se opõe à pretensão do autor (artigo 488º).

Em qualquer momento, podem as partes trazer ao processo novos factos (objectiva ou subjectivamente supervenientes), que forem constitutivos, modificativos ou extintivos do direito (artigos 506º e 507º).

Como se sabe, a peça processual onde se condensa a matéria de facto (factos já provados e factos controvertidos) relevante para a decisão final, é a especificação e o questionário.

Ora, os factos que o juiz leva à especificação e ao questionário e que são, fundamentalmente, os factos que o juiz pode utilizar na sentença para aplicar o direito e proferir a decisão final, são seleccionados de “entre os factos articulados” (nº 1 do artigo 510º).

Por sua vez, referindo-se aos poderes do presidente do tribunal colectivo, na audiência de discussão e julgamento, estabelece a alínea f), do nº 2, do artigo 650º (Poderes do presidente):

“1. ...

2. Ao presidente compete em especial:

...

f) Formular quesitos novos, quando os considere indispensáveis para boa decisão da causa, sem prejuízo, porém, do disposto no artigo 664º”.

E, dispõe o artigo 664º (Relação entre a actividade das partes e a do juiz):

“O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos

articulados pelas partes, salvo o que vai disposto nos artigos 514º e 665º”.

É, hoje, assim, claro, que o juiz na sentença só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, não lhe sendo permitido formular quesitos sobre factos não alegados pelas partes.

E as partes não podem articular factos no decurso da acção a seu bel-prazer. Só o podem fazer em momentos e locais próprios, que são os articulados ordinários (petição inicial, contestação e, quando os haja, réplica e tréplica) e os articulados supervenientes (artigos 506º e 507º).

Isto, é claro, nos processos contenciosos, já que nos de jurisdição voluntária é outra a regra geral, podendo nestes o juiz investigar livremente os factos (nº 2, do artigo 1409º).

Mantêm-se, por outro lado, as restrições à alteração da causa de pedir, quando não haja acordo das partes (artigos 273º, nº 1 e 663º, nº 1).

4. Vejamos, agora, as excepções à regra geral descrita, isto é as circunstâncias em que o juiz pode utilizar na sentença factos não alegados pelas partes.

O primeiro grupo é constituído pelos factos notórios, caso excepcionado pelo artigo 664º.

Na verdade, estatui o nº 1, do artigo 514º, que “não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral”.

Importa precisar em termos de lugar e de pluralidade de sujeitos a expressão “conhecimento geral”.

Quanto ao espaço não será o de toda a humanidade mas apenas o da região em que corre o processo.

Quanto aos sujeitos, conhecimento geral não é o de todas as pessoas da região ou do país, mas apenas o dos cidadãos que devam considerar-se “regularmente informados, isto é, acessíveis aos meios normais de informação”¹¹.

Serão assim factos notórios uma guerra, um tufão de invulgar intensidade, que a grande maioria dos residentes em Macau têm a língua chinesa como língua materna, a existência de dores decorrentes de lesões corporais graves¹², a existência da inflação e seus reflexos na perda de poder de compra de determinada unidade monetária¹³.

Quanto a estes factos, pode o juiz invocá-los sem que tenham sido articulados pelas partes. E nem mesmo carecem de ser provados, pelo que o tribunal pode

¹¹ Alberto dos Reis, *Código...*, vol. IV, p. 261.

¹² Acórdão da Relação do Porto, de 26.11.92, CJ, tomo V, p. 232.

¹³ A. Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 1997, p. 49.

utilizá-los, mesmo que não constem da especificação (se forem alegados por qualquer das partes, sejam ou não impugnados, devem constar da especificação¹⁴).

Já se pôs o problema de saber se o facto notório prevalece sobre os factos da causa admitidos por acordo das partes. E tem-se entendido que sim. “O juiz tem de decidir em conformidade com a verdade; se as partes admitiram como exacto um facto que está em contraste manifesto com um facto notório, isso significa que quiseram elevar à categoria de verdadeiro um facto impossível; ora o tribunal não pode razoavelmente fundar a sua decisão sobre um facto que se apresenta como impossível”¹⁵. Atente-se que, de acordo com o disposto na alínea c), do artigo 354º, do Código Civil, a confissão não faz prova contra o confitente “se o facto confessado for impossível ou notoriamente inexistente”.

E parece mesmo ser possível que o tribunal de recurso possa considerar certo facto como notório, ainda que o respectivo quesito tenha obtido resposta negativa por parte do tribunal¹⁶. E, provavelmente, também o poderá fazer, o próprio juiz que profere a sentença.

Igualmente, deve entender-se que o facto notório é insusceptível de prova contrária.

5. O segundo conjunto de factos de que o juiz se pode servir, sem que tenham sido articulados pelas partes, são os mencionados no nº 2, do artigo 514º: “Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove”.

Em primeiro lugar, importa fazer uma prevenção: os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções, não são, evidentemente, os factos do conhecimento pessoal do juiz, os factos da sua ciência privada. Estes factos, de que o juiz tem conhecimento particular, por via do seu círculo de amizades, não podem, em caso algum, ser utilizados, porque escapa ao contraditório da parte afectada e não constitui um facto do conhecimento geral. “Ainda que saiba que as coisas são diferentes da narração produzidas pelas partes, o juiz não pode servir-se, no julgamento, da sua ciência pessoal”¹⁷.

Não obstante se vir considerando, actualmente, que já não faz sentido a distinção entre a verdade material e a verdade formal, que estes conceitos estão ultrapassados¹⁸, o que não há dúvida é que tal princípio da proibição da utiliza-

¹⁴ Antunes Varela, J. M. Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., p. 420.

¹⁵ Alberto dos Reis, *Código...*, vol. III, p. 263.

¹⁶ Acórdão do STJ de 24.4.86, BMJ 356, p. 295.

¹⁷ Alberto dos Reis, *Código...*, vol. V, p. 96. Cfr., também, do mesmo autor, ob. cit., vol. III, p. 263.

¹⁸ Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, 1996, p. 122.

ção pelo juiz dos factos do seu conhecimento pessoal, mesmo quando saiba que a realidade é diversa da apurada no processo (por exemplo, por acordo das partes) é daqueles em que, indiscutivelmente, a ordem jurídica dá prevalência à verdade formal em detrimento da verdade material, em homenagem a benefícios que se consideram superiores à separação da actividade de julgamento da actividade de investigação e da de interveniente processual.

(Recorde-se que, nos termos do nº 1, do artigo 620º, quando o juiz da causa seja indicado como testemunha e tenha conhecimento de factos que possam influir na decisão, deve declarar-se impedido).

Encerrado o parêntesis, apreciemos a questão dos factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções e que de que o juiz se pode servir, sem que tenham sido alegados pelas partes.

E que factos serão estes?

Hão-de ser factos de que o juiz singular ou os membros do tribunal colectivo tenham tido conhecimento por terem intervindo no processo ou por terem conhecimento do processo.

Os factos têm de estar provados. Por exemplo, que tenha sido proferida determinada decisão judicial, mas não necessariamente que os factos do primeiro processo vinculem o tribunal do 2º processo. Trata-se de questões distintas.

Que num processo X (1º processo) o tribunal tenha proferido a decisão Y ou que tenha considerado provado o facto Z, são factos que estão provados e que o juiz do processo X1 (2º processo) deve considerar provados como factos históricos, se forem relevantes para a decisão a proferir no seu processo.

Mas daqui não resulta necessariamente que no processo X1 (2º processo) o tribunal tenha de considerar provado o facto Z, provado no processo anterior. É questão que já respeita aos limites do caso julgado. Isto mesmo explica ALBERTO DOS REIS¹⁹: “o tribunal procedeu a uma vistoria e chegou a uma conclusão em vista do que examinou; tomou conhecimento do facto por virtude do exercício das suas funções; pode daqui inferir-se que não carece tal facto de vir a ser provado por outro meio, mas é bem de ver que não é este o alcance do preceito em causa. O que se pretende é desobrigar da prova os factos passados e provados noutra processo, factos esses que o tribunal conhece por virtude do exercício das suas funções”.

Acresce que quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove, designadamente certidão da peça processual em causa.

Estes factos distinguem-se, assim, dos factos notórios.

Os factos notórios são do conhecimento geral, enquanto que os factos de que nos ocupamos agora são do conhecimento oficial do juiz.

Os factos notórios não carecem de alegação nem de prova.

¹⁹ Código..., vol. III, p. 264.



Os factos judiciais não carecem de alegação mas precisam de ser provados, dado que o juiz deve juntar ao processo documento que os comprove.

6. O terceiro grupo de factos que o juiz pode utilizar na sentença sem que tenham sido alegados pelas partes são os previstos na parte final do artigo 664º e no artigo 665º: factos destinados a apurar a simulação processual ou a utilização anormal do processo.

Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes, anulando o processo.

A simulação processual tem lugar “quando as partes, de comum acordo, criam a aparência dum litígio inexistente para obter uma sentença cujo efeito apenas querem relativamente a terceiros, mas não entre si. Tem lugar a fraude processual quando as partes, de comum acordo, criam a aparência de um litígio para obter uma sentença cujo efeito pretendem, mas que lesa um direito de terceiro ou viola uma lei imperativa predisposta no interesse geral”²⁰.

Nestas situações, o juiz pode servir-se de factos que não tenham sido articulados pelas partes, para obstar ao uso anormal do processo.

7. O juiz pode, ainda, utilizar máximas da sua experiência, apesar de se tratar de matéria não alegada pelas partes, visto nos encontrarmos no campo da apreciação dos factos em que o juiz se move com inteira liberdade²¹.

As máximas de experiência traduzem-se em juízos de facto de conteúdo geral e abstracto. Tais “máximas não são objecto de investigação em cada caso especial (e por isso não estão sujeitas ao ónus de afirmação), mas servem de critério e guia para a formação de juízos concretos e individuais (históricos e preceptivos) sobre os factos da causa...

²⁰ Lebre de Freitas, ob. cit., p. 41, que dá os seguintes exemplos para as três situações mencionadas: (1) A combina com B mover-lhe uma acção de reivindicação do bem x, pertencente a B, que quer evitar que o bem apareça como seu perante C, seu credor, de quem receia arresto, mas com intenção de o bem continuar na sua posse, após a acção simulada; (2) No exemplo anterior, as partes querem conseguir através do processo a transferência de propriedade, sem outorgar escritura de compra e venda, para evitar que o credor a impugne por meio de acção pauliana; (3) O terceiro exemplo de violação de uma lei imperativa, é o caso de as partes casadas há menos de três anos, simularem divórcio litigioso, para defraudarem a norma que só permite o divórcio por mútuo consentimento passados três anos).

²¹ Anselmo de Castro, ob. e vol. cits., p. 164.



As máximas de experiência não podem realmente catalogar-se como factos da causa; não estão, por isso, sujeitas à regra formulada na 2ª parte do artigo 664º. Na apreciação e valoração dos factos da causa, no exame das provas, o juiz servir-se-á, naturalmente, das máximas de experiência, como se serve das suas faculdades próprias, da sua cultura, do seu senso crítico, etc. E assim, pode recusar-se a admitir um facto impossível, um facto cuja existência seja repelida pela experiência comum, ainda que as partes estejam de acordo em o afirmar²².

Deste modo, as máximas de experiência estão sujeitas ao mesmo regime dos factos notórios, no que toca à dispensabilidade de prova. Já quanto à inadmissibilidade de prova contrária, a questão é duvidosa²³.

8. Perto do conceito anterior estão as presunções judiciais, que são as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (artigo 349º do Código Civil).

Como escreveu VAZ SERRA²⁴, “estas presunções são afinal o produto de regras de experiência: o juiz, valendo-se de certo facto e de regras de experiência, conclui que aquele denuncia a existência de um outro facto”.

E acrescenta o mesmo autor “desde que tais presunções ou provas de primeira aparência são precárias, podem ser combatidas por contraprova, isto é, por provas que abalem a convicção do juiz, criando no seu espírito um estado de incerteza acerca do facto em questão”.

As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal (artigo 351º do Código Civil).

A jurisprudência tem considerado que o tribunal de recurso não pode modificar resposta a quesito com base em presunção²⁵.

E parece indiscutível que o juiz pode considerar provado um facto com base em presunção judicial, ainda que não tenha sido articulado pelas partes.

9. Descrito o regime vigente em Macau, examinemos, de seguida, as alterações produzidas em Portugal, pelas recentes alterações processuais, pois presumo que regime semelhante será o que constará do futuro Código de Processo Civil de Macau.

²² Alberto dos Reis, *Código...*, vol. V, p. 96 e 97, invocando o ensinamento de Betti.

²³ Lebre de Freitas, ob. cit., p. 134, pronuncia-se neste sentido nos casos em que a regra não comporta excepções.

²⁴ *Provas (direito probatório material)*, BMJ 110, p. 190.

²⁵ Acórdãos do STJ de 5.7.84, BMJ 339, p. 364 e 8.11.84, BMJ 341, p. 388 e da Relação de Coimbra, de 6.11.84, CJ IX-5-132.



São profundas as alterações verificadas no regime dos poderes de cognição do tribunal, no que toca à matéria de facto, levadas a cabo pelos Decretos-Lei n^{os} 329-A/95, de 12 de Dezembro e 180/96, de 25 de Setembro, e que entraram em vigor em 1 de Janeiro de 1997.

O regime anterior, ainda vigente em Macau, era alvo de críticas, pois, em muitos aspectos, dava prevalência à justiça formal, em detrimento da justiça material.

Na verdade, o âmbito do *princípio dispositivo*, nos termos do qual a regra era a de que o juiz só se podia servir de factos articulados pelas partes (as excepções, já expostas, eram escassas e de difícil verificação prática), aliado ao *princípio da preclusão*, traduzido na impossibilidade de as partes poderem acrescentar outros factos no decurso da acção, para além das limitadas possibilidades de alteração da causa de pedir e de apresentação de articulado superveniente (restrito aos factos novos), dava razão aos que entendiam que a lei processual não assumia na totalidade a característica da instrumentalidade do processo face ao direito substantivo, isto é, que o sistema processual, por vezes, parecia esquecer que a sua função é a de mero instrumento de afirmação das normas substantivas²⁶.

Tirando as excepções mencionadas, a única possibilidade de intervenção do juiz na alteração do material fáctico da acção, era a que se referia ao convite para o autor corrigir a petição.

Em Portugal, desapareceu o despacho de aperfeiçoamento, anteriormente previsto no artigo 477^o e de que há pouco falei. Penso que no futuro Código de Processo Civil de Macau se manterá o despacho inicial, nas anteriores modalidades, pelo que neste aspecto nada há a assinalar.

As alterações que nos importam começam findos os articulados.

Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a, além do mais, convidar as partes (e não só o autor) ao aperfeiçoamento dos articulados [alínea b), do n^o 1 do artigo 508^o]. Concretamente, pode o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido (n^o 3, do artigo 508^o).

Dá-se, assim, razão aos que consideravam que o anterior despacho de aperfeiçoamento da petição violaria o princípio da igualdade, ao não prever idêntica possibilidade para a contestação.

O novo regime para o processo civil era o que já vigorava em Portugal no processo de trabalho [artigo 29^o, alínea c), do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n^o 272-A/81, de 30 de Setembro].

²⁶ Assim, A. Abrantes Galdes, ob. cit., p. 48 e 49.

Se a parte corresponder ao convite, os factos objecto de esclarecimento, aditamento ou correcção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova (nº 4, do artigo 508º).

De qualquer modo, as alterações à matéria de facto alegada devem conformar-se com as normas que disciplinam a possibilidade de alteração da causa de pedir e com as normas que impõem que toda a defesa deve ser deduzida na contestação e que o réu, nesta peça, tem de tomar posição definida perante os factos articulados pelo autor na petição (nº 5, do artigo 508º).

Quer isto dizer que, na falta de acordo, o autor só pode alterar ou ampliar a causa de pedir na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação, seja consequência de confissão feita pelo réu e aceite pelo autor (artigo 273º, nº 1).

Mas se o articulado objecto de correcção for a petição inicial, poderá o autor, no articulado corrigido, alterar ou ampliar a causa de pedir ou o pedido, desde que a relação material litigada persistir?

A solução não é clara. A. ABRANTES GERALDES²⁷ pronuncia-se negativamente.

A favor de tal hipótese poderia invocar-se, por identidade de razão, a opinião da doutrina, que entendia que era possível a alteração do pedido ou da causa de pedir, nos termos agora expostos, aquando da apresentação de nova petição, em caso de indeferimento liminar, nos termos do artigo 476º²⁸.

Mas há que atentar, no novo regime, que o réu æ se for a contestação o articulado objecto de correcção æ não pode alegar novos factos integradores de excepções que tenha omitido na contestação, nem vir a impugnar factos da petição, que não tenha impugnado anteriormente.

Ora, admitir a possibilidade de o autor alterar, em termos amplos, o pedido ou a causa de pedir e impedir o réu de fazer alterações profundas (quando o articulado objecto de correcção for a contestação) talvez não seja equitativo.

10. As inovações mais importantes são, no entanto, as constantes do artigo 264º (Princípio do dispositivo)²⁹.

Dispõe este artigo que:

“1. Às partes cabe alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções.

2. O juiz só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, sem prejuízo do disposto nos artigos 514º e 665º e da consideração, mesmo officiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa.

²⁷ Ob. cit., p. 52.

²⁸ Antunes Varela, RLJ 121º, p. 146 e segs.

²⁹ Como entendem também Pais de Sousa e Cardona Ferreira, *Processo Civil*, p. 29.

3. Serão ainda considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório”.

Paralelamente, dispõe o artigo 664º (Relação entre a actividade das partes e a do juiz) que:

“O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no artigo 264º”.

E também, no artigo 650º, nº 2, alínea g), a propósito dos poderes do presidente do tribunal colectivo:

“1. ...

2. Ao presidente compete em especial:

...

g) Providenciar até ao encerramento da discussão pela ampliação da base instrutória da causa, nos termos do disposto no artigo 264º.”

11. Examinemos mais em pormenor as duas alterações mencionadas.

O juiz passa a poder conhecer dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa, ainda que não tenham sido alegados por qualquer das partes.

Façamos aqui um breve parêntesis para recordar o conceito de factos instrumentais.

Factos essenciais ou fundamentais são os que interessam directamente à solução da causa, são os “factos que preenchem a previsão da norma que concede a situação subjectiva alegada pela parte”³⁰.

Factos instrumentais “são factos que não pertencem à norma fundamentadora do direito e em si lhe são indiferentes, e que apenas servem para, da sua existência, se concluir pela dos próprios factos fundamentadores do direito ou da excepção (constitutivos). Por outras palavras: têm apenas a função possível de factos-base de presunção”³¹.

São os que servem para demonstrar a verdade ou falsidade dos factos essenciais.

³⁰ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Processo Civil*, 1993, p. 24.

³¹ Anselmo de Castro, ob. cit., vol. III, p. 275 e 276.

Factos essenciais numa acção de simulação são (artigo 240º do Código Civil):

- Acordo entre declarante e declaratário;
- O intuito por parte destes, de enganar terceiros;
- Haver divergência entre a vontade real do declarante e a declaração negocial.

Factos instrumentais numa acção destas em que as partes de um contrato de compra e venda de imóvel fingiram celebrar este contrato, quando, na realidade, nenhum negócio foi efectivamente realizado, serão, por exemplo:

- Que o vendedor continuou a viver na casa alienada, após a alienação (o que sugere que não houve qualquer compra e venda);
- Que o vendedor e o comprador eram irmãos.

Facto essencial numa acção para pagamento de dívida é: “A pagou X a B?”. Facto instrumental em relação a este é: “C viu A pagar X a B?”.

Facto essencial na acção de investigação de paternidade é o acto da procriação natural, se a mãe do menor só com o pretenso pai manteve relações sexuais no período da concepção. Facto instrumental em relação a este é se a mãe do menor vivia com o pretenso pai em condições análogas às dos cônjuges, se só era vista em público com o pretenso pai no período da concepção e não saía com outros homens, se só frequentava discotecas, bailes, bares, com ele.

Discutia-se, e ainda se continua a discutir, se no questionário (agora na base instrutória) só deviam constar os factos essenciais ou se também os factos instrumentais.

É questão que não pode ser tratada neste momento.

Já havia quem entendesse, no regime anterior, o que ainda vigora em Macau, que os factos instrumentais podiam ser atendidos pelo juiz, ainda que não tivessem sido alegados por qualquer das partes³².

Agora, no entanto, tal possibilidade é certa.

O juiz pode, pois, conhecer officiosamente, dos factos instrumentais, desde que resultem da instrução e discussão da causa, mesmo que não tenham sido trazidos para o processo pelas partes.

12. Mas a inovação, manifestamente radical nesta matéria, é a do nº 3, do artigo 264º:

³² Antunes Varela, J. M. Bezerra e Sampaio e Nora, ob. cit., p. 415, Anselmo de Castro, ob. cit., vol. III, p. 275 e M. Teixeira de Sousa, ob. cit., p. 51.

“Serão ainda considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório”.

São antecedentes históricos desta inovação a norma do n.º 1 do artigo 66.º do Código de Processo do Trabalho vigente em Portugal e o artigo 9.º do Anteprojecto de Código de Processo Civil elaborado por uma comissão presidida pelo Prof. ANTUNES VARELA.

Deste modo, o juiz pode atender factos não alegados pelas partes, factos esses essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas, que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa.

Estes factos têm, no entanto, de ser complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado.

“O nexo de complementaridade a que alude a norma legal cobrirá as situações em que a pretensão do autor assenta em causa de pedir complexa, relativamente à qual se tenham alegado determinados factos, omitindo-se outros que, de acordo com a norma aplicável ao caso, devam ser provados para que a acção seja julgada procedente”³³

Será o caso de, em acção para declaração de nulidade de contrato, com fundamento em simulação, o autor não ter alegado o intuito de enganar terceiros.

Será, ainda, o caso em que a parte tenha utilizado expressão conclusiva, sem alegação de facto concreto.

Por exemplo, a concretização da expressão conclusiva “excesso de velocidade”, numa acção para efectivação de responsabilidade civil decorrente de circulação automóvel.

O referido autor já exclui que na norma se possam considerar incluídos no mecanismo de correcção aquelas expressões puramente jurídicas sem conteúdo fáctico, como boa fé, abuso de direito, simulação do contrato, em que se estaria na situação de falta de causa de pedir.

13. Os novos factos essenciais devem resultar da instrução e discussão da causa, excluindo A. ABRANTES GERALDES³⁴ que possam ser trazidos para o processo os factos que sejam apenas referidos pelos advogados na fase das alegações.

³³ A. Abrantes Geraldès, ob. cit., p. 55.

³⁴ Ob. cit., p. 57.

A parte interessada tem de manifestar vontade de aproveitar tais novos factos essenciais, requerendo nesse sentido.

Tem de ser facultado à parte contrária o exercício do contraditório.

O presidente do colectivo deve providenciar até ao encerramento da discussão pela ampliação da base instrutória da causa, conhecer de reclamações quanto ao seu conteúdo e as partes podem apresentar provas imediatamente ou no prazo de 10 dias [artigo 650º, nºs 2, alínea f), 3 e 5].

Eis, num breve resumo, o regime que se espera vir a vigorar em Macau.

Macau, Março de 1995