

Intervenção no 1º Fórum da Magistratura Judicial, com o Tema “Alterações do Código de Processo Civil”, realizada no dia 01.12.2021, na Cidade da Praia, Cabo Verde.

Elisabete Assunção

Audiência preparatória – enunciação dos Temas da Prova.

Bom dia a todos.

Cumpre-me desde já agradecer o convite para participar neste Fórum, através do Centro de Estudos Judiciários, na pessoa do Sr. Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial Dr. Bernardino Delgado, sendo uma grande honra para mim esta participação.

O tema que me traz aqui e que me cumpre abordar, respeita à Audiência preparatória e em particular aos Temas da Prova, tendo em consideração a segunda alteração do Código de Processo Civil (CPC) de Cabo Verde de 2010.

No que respeita à audiência preparatória, na versão revista do Código, importa referir, em primeiro lugar, que a realização da mesma será a regra, sendo a exceção os casos previstos no art.º 468º CPC, em que o legislador a dispensou ou que o juiz a pode dispensar.

Está em causa, no art.º 467º e na regra da realização da audiência preparatória, a prática de um ato que a lei prescreve, podendo entender-se que a omissão da prática do mesmo, ou seja, a não realização dessa audiência preparatória, fora dos casos em que a lei o permite, pode gerar uma nulidade processual prevista no art.º 179º do CPC, uma vez esta

omissão pode influenciar o exame e decisão da causa, podendo, pois, determinar a inutilização dos termos subsequentes do processo.

Outra posição que pode ser equacionada é se a não realização dessa audiência preparatória provoca, não uma nulidade que segue as regras gerais, mas sim uma nulidade do próprio despacho saneador ou despacho saneador sentença que tenha sido proferido, ao abrigo do disposto no art.º 577º, n.º 1 do CPC.

Façamos então à análise do art.º 467º do CPC, o objeto e tramitação da audiência preparatória, apelando às palavras do legislador.

Para que serve então esta audiência preparatória, que, como vimos, em regra, deve ser realizada?

Antes de mais vejamos a sua convocação.

Esta, de acordo com o disposto no n.º 2 do referido art.º 467º do CPC, deve indicar o seu objeto e finalidade, ou seja, o juiz deve identificar, com precisão, neste despacho de convocação, o que pretende efetuar e discutir com as partes na audiência preparatória.

Se o juiz pretende discutir uma exceção dilatória de ilegitimidade, deve identificar essa exceção e esse objeto no despacho de convocação, assim como se pretende discutir uma questão de caducidade ou de prescrição, ou uma imprecisão da matéria de facto, etc., o que não afasta a possibilidade de serem discutidas outras questões nessa mesma audiência preparatória, assim como um despacho de convocação no qual se refere pretender-se conhecer do mérito da causa, não constitui, nos termos desse mesmo n.º 2 do normativo legal, caso julgado sobre esta possibilidade.

Ou seja, o juiz poderá indicar, no despacho em que convoca a audiência preparatória, que pretende conhecer no todo, ou em parte, do mérito da causa, mas no decurso da audiência preparatória e face à discussão realizada na mesma, entende, por exemplo, que ainda necessita de algum elemento de prova, ao contrário do que entendeu numa primeira apreciação dos autos. Ora, nesta situação, o legislador permite ao tribunal que a causa prossiga os seus termos, sem que esse despacho anteriormente proferido vincule o tribunal a ter que proferir obrigatoriamente uma decisão de mérito total ou parcial, não sendo o despacho que mande prosseguir a causa recorrível, nos termos do art.º 467º, n.º 5 do CPC.

Convocada, pois, esta audiência, uma das finalidades principais da mesma, de acordo com a alínea a), é discutir com as partes, de facto e de direito, nos casos em que o juiz cumpra conhecer das exceções dilatórias ou do mérito da causa, total ou parcialmente.

Analisando o art.º 468º B, n.º 1 do CPC verificamos que estes são duas das finalidades do despacho saneador; conhecer de exceções dilatórias, tanto as suscitadas pelas partes como as de conhecimento oficioso e conhecer do mérito da causa, ou seja, nestes casos, a audiência preparatória e esta finalidade em concreto prepara/antecede esse conhecimento.

Não nos podemos esquecer aqui, no que respeita às exceções dilatórias, que já poderá ter existido um momento prévio de convite por parte do juiz à sanção das mesmas, considerando a previsão do art.º 466º A do CPC.

Ainda quanto ao conhecimento das exceções dilatórias, logo que transitado o despacho proferido, o mesmo constitui caso julgado formal quanto às questões concretamente apreciadas, nos termos do art.º 467º, nº 4 do CPC.

Quanto à discussão prevista na alínea b) no que respeita à delimitação dos termos do litígio, está em causa desde logo, o princípio da cooperação, princípio que o legislador consagrou como um dever no art.º 8º B do Código, tanto para os magistrados, como para as partes e os seus representantes.

Esta discussão visa evitar as chamadas decisões surpresa, é neste momento que o tribunal deve dar a conhecer e discutir com as partes o seu entendimento relativamente ao enquadramento jurídico da lide.

Um exemplo prático, as partes invocam uma determinada factualidade, enquadrando essa factualidade como consubstanciando a celebração de um contrato de compra e venda. O tribunal, perante os mesmos factos, entende que poderá estar em causa não um contrato de compra e venda, mas sim uma empreitada. É este o momento próprio para o tribunal alertar as partes para esse entendimento diverso, devendo, na audiência preparatória, gerar-se um debate sobre esta matéria.

E mesmo que tanto as partes, como o tribunal, entendam que está em causa um contrato de compra e venda, isso não inviabiliza esta discussão, uma vez que pode estar em causa, na discussão da lide, o cumprimento sobre uma ou várias obrigações, e os termos desse cumprimento.

Mais uma vez um exemplo prático. O A. pede o pagamento do preço, o R. diz que o produto é defeituoso, importa, pois, discutir, dentro do enquadramento jurídico feito relativamente ao alegado contrato compra e venda, os termos do litígio em concreto que as partes trazem à apreciação do tribunal, sendo que a segunda parte da alínea b) poderá estar diretamente relacionada com a primeira. As insuficiências ou imprecisões

na exposição da matéria de facto sinalizadas pelo tribunal, terão uma direta relação com os termos do litígio em discussão e delimitado anteriormente.

Ainda quanto ao suprimento das insuficiências ou imprecisões da matéria de facto, importa considerar a redação do normativo “suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate”.

Face a esta redação, se o tribunal anteriormente, ao abrigo do disposto nos art.ºs 437º e 461º do CPC e consubstanciando que esse convite pode ocorrer por aplicação destes artigos, já convidou as partes a suprir essas insuficiências ou imprecisões e as partes nada disseram, poderá fazê-lo novamente neste momento, relativamente às mesmas questões? Parece que não. De acordo com a redação do normativo – art.º 467º, n.º 1 al. b) CPC - estará precluída essa possibilidade.

Questão diferente será aquela situação em que a parte respondeu, mas ainda subsistem questões a serem esclarecidas, aí o legislador admite essa possibilidade, assim como nos casos em que esses esclarecimentos se imponham na sequência do próprio debate realizado na audiência preparatória.

Outra das finalidades da audiência preparatória, de acordo com a alínea c) é proferir despacho saneador, com as finalidades previstas no art.º 468º B do CPC, em regra logo ditado para a ata, como determina o n.º 2 deste artigo, embora importe salientar que o tribunal terá sempre de proferir despacho saneador, independentemente da realização ou não da audiência preparatória como resulta do disposto no art.º 468º A, n.º 1 al. a) do CPC.

Nos termos da alínea d) também uma das finalidades principais desta audiência será a de determinar, mais uma vez, após debate, a adequação

formal, a simplificação ou a agilização processual. Estão aqui em causa a atuação de mecanismos que o legislador prevê nas previsões dos artºs 7º, n.º 1 e 243º- A, n.º 2 do CPC.

Um exemplo prático, as partes requereram a realização de uma inspeção judicial, ao abrigo do disposto no art.º 531º do CPC; previamente à realização da audiência preparatória, mas o tribunal entende que não se justifica a realização de uma inspeção judicial, face à natureza da matéria, mas sim uma verificação judicial qualificada, ao abrigo do disposto no art.º 534º A do CPC, será então este o momento para o tribunal, após debate, como refere o Código, o determinar.

Quanto ao despacho de identificação do objeto do litígio e temas da prova, referido na alínea e), falarei do mesmo mais à frente, com maior detalhe.

Por último, quanto à finalidade prevista na alínea f), trata-se de uma finalidade de verdadeira programação da audiência final, em diálogo com os mandatários e que permite que o tribunal, juntamente com os mandatários, programe quando e os termos em que a audiência final se irá realizar, a fim de evitar, dentro do possível, delongas e convocações inúteis, sendo aqui mais uma vez um apelo do legislador à celeridade dos autos.

Aqui as partes e o tribunal, deverão ter presente a possibilidade conferida pelos nºs 1 e 3 do art.º 469º A relativamente aos requerimentos probatórios.

Esta possibilidade de apresentação ou alteração posterior da prova, após o encerramento da audiência preparatória, poderá, em meu entender, trazer algumas dificuldades relativamente à finalidade referida na alínea f) do n.º 1 do art.º 467º do CPC, uma vez que esta programação muito dificilmente poderá ser feita, pelo menos na sua extensão total, se, posteriormente ao

encerramento da audiência preparatória, as partes podem apresentar requerimentos probatórios ou alterar os mesmos, nos termos previstos no art.º 469º A, nºs 1 e 3 do CPC.

No que respeita à celeridade desta fase, o legislador consagrou, no n.º 3 do art.º 467º do CPC, por remissão para o disposto no n.º 2 do art.º 563º, a inadmissibilidade de adiamento desta diligência por acordo das partes e inadmissibilidade desse adiamento, mais do que uma vez, por falta de advogado ou das pessoas que para a mesma tenham sido convocadas, sendo que importa ter presente nesta convocação que nesta fase não se prevê a realização de uma tentativa de conciliação para a qual seja necessária a convocação das próprias partes.

Apenas uma última palavra sobre esta questão em concreto da audiência preparatória para chamar a atenção que, esta segunda audiência entre as partes, não poderá deixar de ser uma audiência desde logo de diálogo. O legislador é expresso nesta questão, ao referir, reiteradamente, ao longo do art.º 467º do CPC os termos “discussão”, “discutir”, “após debate”, “após audição”.

Vejamos agora então os casos de não realização e de dispensa de audiência preparatória previstos no art.º 468º do CPC, sendo que importa distinguir a previsão do n.º 1 e do n.º 2 do preceito.

De facto, no n.º 1, enunciam-se as situações em que o legislador entendeu não ser de realizar audiência preparatória, enquanto no n.º 2 é referida uma situação em que será o juiz que pode ponderar ser de dispensar a realização desta diligência.

Verifiquemos então os casos de não realização de audiência preparatória por determinação do legislador.

Na alínea a), do n.º 1 é prevista essa não realização nos casos do art.º 445º nas als. b) a e) do CPC, ou seja, nos casos em que não existe contestação por parte qualquer R., daí a omissão da alínea a) do art.º 445º nesta referência.

Assim, nos casos destas ações não contestadas submetidas ao regime da revelia inoperante, não há lugar a audiência preparatória. Nestas situações, devendo o processo prosseguir, o mesmo prosseguirá os seus termos tendo em consideração o disposto no art.º 468º A do CPC., de que falarei com mais detalhe mais à frente.

No caso da alínea b), do n.º 1 do art.º 468º do CPC a audiência preparatória não se realiza quando está em causa uma exceção dilatória que determine o fim do processo, quando a mesma já tenha sido debatida nos articulados, ou seja, quando previamente já tenha atuado o princípio do contraditório.

Também neste caso, o processo prosseguirá, nos termos do art.º 468º A, sendo então proferido despacho saneador, que conhece da matéria da exceção dilatória e declara a mesma procedente, com as consequências previstas no art.º 452º, n.º 2 do CPC, de absolvição da instância ou de remessa do processo para outro tribunal.

Poderá estar em causa, previamente a esta dispensa, o provocar pelo juiz, ao abrigo do princípio da adequação formal do art.º 243º A, n.º 2 do CPC, de um articulado de resposta à matéria da exceção pela parte contrária, cumprindo assim o contraditório.

Quanto à dispensa da audiência preparatória, prevê o n.º 2 que o juiz pode dispensar essa audiência preparatória quando esta se destine apenas aos fins indicados nas alíneas c), d) e e) do art.º 467º do CPC, que já analisámos

anteriormente e que iremos analisar com mais detalhe mais à frente no que respeita à alínea e).

Apenas nestes casos prevê o legislador que a audiência preparatória possa ser dispensada pelo juiz. Assim, por exemplo, se o juiz pretende conhecer no despacho saneador de uma exceção peremptória, declarando a mesma procedente ou conhecer do pedido ou pedidos formulados pelas partes, terá, obrigatoriamente, de acordo com a lei, de convocar a audiência preparatória.

Em Portugal tem sido discutido se o tribunal poderá conhecer do mérito da causa, sem convocar esta audiência, quando entenda ser desnecessária a sua realização, face ao já discutido nos autos, dispensa que seria admissível através de um ato de adequação formal, previsto no art.º 243º A do CPC. Essa possibilidade tem sido admitida, nomeadamente por alguma jurisprudência, no entanto sempre com a salvaguarda do princípio do contraditório. Ou seja, admite-se que o tribunal, também nestes casos, possa dispensar a audiência prévia (assim denominada no CPC Português), mas dando às partes ainda uma última palavra para se pronunciarem, sendo ainda entendido que, caso as partes entendam ser de realizar essa audiência, o tribunal sempre terá que realizar a mesma.

Embora esta solução venha a ser admitida, não nos podemos, no entanto, esquecer que o legislador não a previu diretamente, face à redação do art.º 467º, n.º 1 al. a) do CPC.

Voltando aos casos de dispensa de realização de audiência preparatória tipificados na lei.

Importa considerar que também nestas situações a tramitação subsequente prevista pelo legislador é a prevista no art.º 468º A do CPC,

podendo as partes requerer a realização da audiência preparatória caso pretendam reclamar dos despachos proferidos pelo juiz ao abrigo das al. b) a d) do art.º 468º A do CPC.

Ou seja, o meio de as partes reagirem contra os referidos despachos é através do pedido de convocação de audiência preparatória, audiência esta que, previamente e de acordo com o entendimento do juiz, foi dispensada.

Assim, deverão os juízes, nestas situações, ter em consideração que o próprio legislador, através desta previsão, consagrou um mecanismo suscetível de ser utilizado pelas partes, ou seja, uma audiência preparatória realizada por iniciativa das partes, que, em parte, reverte o despacho que o juiz proferiu de dispensar a audiência preparatória, impondo-se assim uma ponderação suplementar por parte dos juízes, neste caso de dispensa.

O legislador privilegia aqui, tal como no artigo 467º do CPC, que referimos anteriormente, os princípios da oralidade, imediatismo, cooperação e concentração inerentes à realização da audiência preparatória.

Avancemos então para a especialidade dos Temas da Prova.

Poderia citar aqui o Canto I dos Lusíadas de Camões quando o poeta refere “Por mares nunca de antes navegados”, uma vez que está aqui em causa, quando falamos dos temas da prova, uma clara inovação do legislador no CPC.

Tal como em Portugal, na atual revisão do CPC de Cabo Verde, abandonou-se o paradigma da base instrutória, na qual se elencavam os factos provados e os factos controvertidos, passando-se ao novo modelo dos Temas da Prova.

Anteriormente o juiz, findos os articulados e quando o processo tivesse condições para prosseguir, fazia uma triagem dos factos que interessavam ou não à decisão da causa e agrupava os primeiros em duas categorias: os já demonstrados e os carecidos de demonstração.

Tal como referia o art.º 468º n.º 1 al. a), na versão anterior do CPC, cumpria, no debate instrutório, discutir e seleccionar os factos que devessem considerar-se provados e os que devessem considerar-se controvertidos.

Este sistema implicava, sem dúvida, uma rigidez que condicionava todo o processo, designadamente a instrução e a sentença, tratando-se de uma seleção que tinha como fonte os articulados apresentados pelas partes e os factos constantes dos mesmos e estava desde logo condicionada pelo ónus da prova imposto a cada uma das partes.

Por sua vez, na fase da instrução, ao tribunal apenas interessava o que constava dos tais factos controvertidos ou necessitados de prova, ou seja, o que estava a ser perguntado.

Neste caso, duas respostas se afiguravam possíveis no que respeita ao facto perguntado, provado ou não provado e isto mesmo que, na instrução da causa, pudesse ser provada factualidade que não correspondendo ao que estava perguntado como facto controvertido, refletisse, no entanto, a conformidade da decisão da causa com a realidade da vida.

Imaginemos um exemplo simples. Competia apurar, numa ação judicial, como facto essencial, a cor de um veículo automóvel, sendo alegado pelo A. que se tratava de um veículo azul e pelo R. que o veículo era amarelo. Consignam-se dois quesitos, de acordo com as versões apresentadas.

O veículo X é azul (versão do A.)? O veículo X é amarelo (versão do R.)? e isto agora abstraindo-nos da questão do ónus da prova que abordaremos mais à frente.

Na instrução, apura-se que o veículo X afinal era vermelho, facto essencial para a decisão da causa e de acordo com a realidade da vida. Ora o referido não provado, relativamente aos dois factos quesitados não nos permite ultrapassar a questão, quanto ao facto de o veículo ser de uma cor que nenhuma das versões das partes contemplaram.

Como é que os Temas da Prova podem ultrapassar estas dificuldades?

Antes de mais importa chamar a atenção que a análise desta problemática não pode ser isolada da análise do que é o objeto do litígio.

Isto porque o objeto do litígio é o nosso ponto de partida para a elaboração dos temas da prova. Apenas depois de formulado o objeto do litígio podemos elaborar os temas da prova.

Tal como resulta do art.º 6º, n.º 1, do Código, que consagra o princípio do dispositivo, as partes definem o objeto do processo através dos factos que integram a causa de pedir e as exceções são alegadas e articuladas pelas mesmas partes.

Ora o objeto do litígio constitui uma identificação do tema ou temas que ao tribunal compete decidir, mas também do objeto da instância, sendo constituído pelo pedido e causa de pedir, pelas exceções e pelo pedido reconvenicional, caso haja lugar ao mesmo.

Resulta do art.º 570º, n.º 1 do CPC que o juiz, na sentença, fixa as questões que cumpre ao tribunal solucionar. Ora o objeto do litígio é uma antecipação desse momento, em que o tribunal tem que fazer um

enquadramento daquilo que lhe cumpre solucionar e que está em causa nos autos. Trata-se de consignar o tema ou temas de decisão pelo tribunal.

Um exemplo, numa ação de reivindicação, em que está em causa um imóvel arrendado, atualmente ocupado pela unidade de facto de um inquilino falecido, podemos identificar o objeto do litígio, ou seja, o Tema ou Temas que ao tribunal cumpre decidir, como:

- a) O Direito de propriedade da A. relativo ao imóvel descrito nos autos e o direito à sua restituição, bem como a uma indemnização pela sua ocupação abusiva e;
- b) A titularidade por parte da R. do Direito ao arrendamento do imóvel por via da transmissão por morte do anterior arrendatário.

Ora é deste objeto do litígio que o tribunal parte para os Temas da Prova.

O tribunal, identificadas as questões que são objeto do litígio e tendo em consideração o enquadramento jurídico dessas questões enunciará os temas da prova, sempre tendo em atenção os factos alegados pelas partes e que necessitam de prova.

Não esqueçamos, nesta sede, que nos termos do citado art.º 6º, agora o nº 2 que “O tribunal só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, com as exceções previstas no Código”.

Mas então o que muda? A redação do art.º 469º do CPC não nos oferece um guia para a elaboração do despacho de enunciação dos temas da prova. Há semelhança daquele momento em que nasce um recém-nascido e que nos interrogamos porque não vem com um manual de instruções, aqui também podemos inicialmente ter essa dificuldade, relativamente a esta enunciação, embora a tarefa aqui esteja mais facilitada face ao disposto no Código, que nos permite entender o que é pretendido pelo legislador.

Desde logo o que resulta evidente é que desapareceu a referência à enunciação dos factos considerados provados, não se prevendo, nesta fase, qualquer despacho de elaboração de factos considerados provados, embora estes continuem a ser essenciais para a delimitação dos temas da prova.

Em Portugal esta questão da enunciação dos factos considerados provados, também se colocou, admitindo-se que, em alguns casos, nomeadamente de particular complexidade da ação, que esses factos considerados provados ou uma enunciação lata dessa factualidade constante dos articulados, seja permitida.

No entanto, o legislador não o prevê, sendo que esta enunciação sempre terá de ser considerada um mero guião ou um suporte de trabalho para a fase da instrução.

Importa ainda ponderar, relativamente a esta matéria, que na enunciação dos temas da provas só devem considerar-se aqueles factos que ainda não estão demonstrados, desconsiderando-se assim, na elaboração destes temas, os factos admitidos por acordo, os confessados e os provados por documento, desconsiderando-se ainda igualmente a matéria conclusiva, de direito e de facto, argumentativa e de remissão para meios de prova e de direito, importando apurar a factualidade sobre a qual permanece a controvérsia entre as partes, após a realização das referidas operações, porque é esta que permitirá a enunciação dos Temas da Prova.

E quando estamos a falar de factos controvertidos não nos podemos esquecer da riqueza dos mesmos, os acontecimentos materiais, as perceções do ser humano, a vida psíquica, os sentidos, as emoções, as dores desse mesmo ser humano.

Ainda quanto a estes temas da prova importa assentar que os mesmos não têm qualquer correspondência com a antiga Base Instrutória.

Os temas da prova visam antes de mais permitir uma disciplina sobre a referida instrução da causa e uma delimitação do objeto da decisão sobre a matéria de facto, permitindo, a final, uma decisão mais fiel à realidade.

Pretende-se, nesta fase, a enunciação, numa peça processual, de grandes **Temas probatórios/temas gerais de instrução**, que podem ser mais ou menos pormenorizados, como por exemplo saber se um contrato foi celebrado, saber se as obrigações desse contrato foram cumpridas.

Estes temas de instrução podem ser desde logo efetuados recorrendo, como tem vindo a ser admitido, a conceitos de direito ou mesmo conclusivos.

Podemos por exemplo elaborar temas da prova com o seguinte teor:

“Prestação dos serviços pela A. ao R. constantes das faturas identificadas como 1, 2 e 3”

Ou pegando no exemplo anterior: “cor do veículo x”, ou ainda;

“A instrução da causa terá por objeto a residência permanente do locado”.

Não se trata aqui de ultrapassar o necessário ónus de alegação das partes, as partes continuam a ter que alegar, de acordo com o ónus que se lhes impõe, o que se visa ultrapassar é a rigidez e a formalidade anteriores, trata-se de eliminar as barreiras artificiais impostas pelos articulados, assegurando-se que, na fase da instrução, os factos possam ser investigados e considerados, sem essa “colagem” e perdoem-me o termo, aos articulados das partes.

Qual é a baliza? são “apenas” e aqui o apenas entre aspas, os limites que decorrem da causa de pedir e das exceções invocadas.

Vejamos um exemplo prático, um típico acidente de viação e a consequente ação de responsabilidade civil extracontratual. Ora este tipo legal integra vários elementos e os temas da prova terão obrigatoriamente de os ter em consideração.

Imaginemos um acidente de viação onde se discute a culpa dos condutores, os danos no veículo do A. e as lesões físicas sofridas por este. A companhia de seguros contesta e impugna os danos.

Ora, neste caso, poderemos ter como temas da prova:

- Saber se o acidente se deveu ao facto de o veículo segurado não ter parado num semáforo que se encontrava vermelho;
- Saber se o condutor do outro veículo, o nosso autor, conduzia em excesso de velocidade;

Outro tema da prova já relacionado com os danos será o de saber quais os prejuízos verificados no veículo do A. e quais as lesões físicas causados a este último pelo acidente.

Outro exemplo, o da ação de revindicação de que falei mais acima a propósito do objeto do litígio. Neste caso, os temas da prova poderão ser:

- I – Saber qual o valor locatício do andar em questão;
- II – Saber se, à data da sua morte, o inquilino vivia com a R. no referido andar, há mais de dois anos, como se de marido e mulher se tratassem.

Temos aqui claramente, nestes temas da prova, uma flexibilidade que anteriormente não teríamos na base instrutória.

Ora estes temas da prova deverão ser mais ou menos concretos ou precisos, conforme a adequação às necessidades da lide.

Vejamos outra situação. Está em discussão nos autos um contrato de empreitada, é alegada pelo R. a existência de defeitos na obra, ora nesta situação os temas da prova poderão ser mais ou menos concretos, conforme o que esteja em causa na lide.

Por exemplo, no caso de um imóvel e da discussão, como matéria controvertida, sobre a existência de infiltrações, de fissuras, de problemas numa área em concreto. Aqui talvez importe fazer temas da prova mais precisos. No entanto essa precisão não poderá implicar uma rigidez que, a final, não permita que seja a realidade dos acontecimentos que impere, com as balizas que já referi.

Por exemplo, aqui, anteriormente questionávamos, de acordo com o alegado pelo R., facto impugnado pelo A, se a fissura numa determinada parede tinha 10cm de largura e situava-se na parte superior da parede do quarto, dando origem a uma resposta rígida de provado ou não provado, embora pudéssemos admitir alguns ajustes.

Hoje em dia podemos questionar, como tema da prova, sobre a fissura existente nas paredes do quarto, permitindo que, na instrução, por exemplo, se apure que a fissura tem 20 e não 10cm e que se situa na parte inferior e não superior da parede do quarto.

Importante, sem dúvida, é que todos os sujeitos processuais compreendam o que está em discussão.

Isto não implica, no entanto, que o juiz, a final, quando elabora a sentença e se pronuncia sobre a matéria de facto o faça por referência a Temas da Prova.

Vejamos desde logo o referido no art.º 567º, n.º 1 do CPC, quando menciona que: “O juiz aprecia livremente as provas e responde segundo a prudente convicção que tenha formado acerca de cada facto seleccionado”. Repare-se na menção clara a factos, não deixando de ser curiosa a menção a facto seleccionado.

Olhando agora para o art.º 570º, n.º 2 do CPC, resulta claro também, da redação deste artigo, que o juiz toma em consideração factos e não temas da prova e que, na fundamentação da sentença, o juiz declara provados e não provados factos e não temas da prova.

Mas essa pronuncia sobre factos provados e não provados, permite, com esta alteração de paradigma, refletir de forma mais fiel a realidade.

Vejamos um exemplo:

A final, na sentença, o tribunal terá de dar, como provados ou não, no caso por exemplo de um acidente de viação, que a via na qual se deu o acidente tinha um traço contínuo, que os veículos seguiam à velocidade de X, que os danos produzidos foram y, etc. São estes factos concretos que permitem, como refere o art.º 570º n.º 2, do CPC, parte final, que o juiz interprete e aplique a lei aos factos, concluindo pela decisão final.

E se o juiz tem perante si temas da prova mais genéricos ou conclusivos, ou mesmo com menções de Direito, terá de ter em consideração que, na decisão da matéria de facto da sentença, essas mesmas considerações genéricas ou conclusivas ou de Direito, não poderão constar, importando

que dê como provados ou não provados, factos concretos e não temas da prova.

Lembram-se da minha referência anterior a um tema da prova sobre se o veículo seguia em excesso de velocidade, nesta matéria o facto concreto provado será a velocidade efetiva a que seguia o veículo, se apurada, sendo mesmo admissível dar como provada a velocidade apurada dentro de um intervalo, por exemplo: o veículo X seguia uma velocidade de 30 a 40 km hora.

Também esta existência dos Temas da prova, não implica, ao contrário do que parece resultar do disposto no art.º 471º, n.º 1 primeira parte, quando refere que a instrução tem por objeto temas da prova, que o que as partes tenham que provar sejam os Temas da Prova. O que as partes já tinham e continuam a ter que provar são factos.

Essa realidade resulta desde logo de vários preceitos legais do CPC, a título exemplificativo, o art.º 481º, o art.º 507º, o novo art.º 517º A, 522º, 531º do CPC, onde claramente se refere a prova sobre factos.

Quanto às chamadas várias soluções plausíveis de direito, a organização dos temas da prova deverá ter em consideração as mesmas, a fim de respeitar, como já referiu a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, as exigências de um processo justo e equitativo, com respeito do princípio do contraditório.

Ainda a questão já referida do ónus da prova. Anteriormente o quesito era elaborado de acordo com o ónus de provar da parte, desde logo pela positiva ou pela negativa.

Um exemplo muito simples:

Facto pela positiva: “O A. é proprietário do prédio X?” ou facto pela negativa “O A. não é proprietário do prédio X?”, acarretando, muitas vezes, que uma determinada resposta a estes quesitos determinasse a anulação da decisão da 1ª instância, tendo em consideração a questão do ónus da prova e o diverso entendimento sobre a distribuição do mesmo, que o quesito não tinha contemplado.

Atualmente a enunciação dos Temas da Prova não tem esse carácter rígido. O juiz vai elaborar esses temas da prova, sem ter em consideração a que parte cumpre provar o facto. Apenas na sentença, o juiz irá ter em consideração esse ónus da prova e tirar daí as devidas consequências da prova ou falta de prova de determinado facto, no que respeita à procedência ou improcedência da ação, tendo também em atenção o princípio da aquisição processual das provas expresso no art.º 472º, n.º 1 do CPC, devendo tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado.

Neste caso, se o Tribunal superior tiver um entendimento diferente sobre a distribuição do ónus da prova, isso não impedirá que possa decidir, uma vez que todos os factos necessários constaram da decisão de facto elaborada pelo juiz.

Também aqui, relativamente a esta questão, importa ter em atenção que, nos Temas da prova, como já se referiu na jurisprudência em Portugal, prevalece o Fundo sobre a Forma.

Outra questão que importa abordar é a do papel das partes, quanto a esta matéria dos Temas da Prova.

As partes podem e devem cooperar ativamente com o Tribunal na elaboração dos Temas da Prova. Tal como dispõe o art.º 8º B, as partes devem concorrer para a obtenção do resultado da justa composição do litígio.

Resulta, por sua vez, do art.º 467º n.º 1 al. e) do CPC que o despacho de identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova, é, no caso de realização de audiência preparatória, proferido nesta audiência, após debate.

Ou seja, as partes podem e devem elas próprias preparar bem os autos, de forma a estarem aptas a participar nesse debate e a ativamente debaterem, com a parte contrária e com o tribunal, o que constitui o cerne da decisão ou decisões a proferir pelo tribunal e aquilo que constitui os grandes temas controversos da ação.

As partes poderão ainda, caso não concordem com os temas da prova elaborados pelo Tribunal, apresentar reclamação sobre o despacho proferido e impugnar, a final, no recurso interposto da decisão final, o despacho proferido sobre as reclamações, nos termos do art.º 469º, nºs 2 e 3 do CPC.

Mesmo que o juiz dispense essa audiência preparatória, as partes poderão sempre reagir, requerendo, caso pretendam reclamar do referido despacho, a realização da audiência preparatória nos termos do art.º 468º A, n.º 2 do CPC., como já referi anteriormente.

A questão que aqui se coloca é se as partes, nesse requerimento, deverão avançar esclarecendo os fundamentos da reclamação ou apenas requerer a realização da audiência preparatória, com essa finalidade. Aqui o

legislador não esclarece, sendo que o princípio da cooperação apela a que as partes esclareçam qual o objeto dessa reclamação.

Outra questão é se essa reclamação pode ser feita por escrito, no prazo geral de 5 dias, se as partes e o tribunal não entenderem a realização dessa audiência preparatória como necessária, concedendo, igualmente, o prazo de 5 dias para a parte contrária exercer o direito de contraditório, aplicando o prazo geral do art.º 145º do CPC. Penso que embora a lei não seja clara relativamente a este propósito, não será de afastar essa hipótese, sob pena de estarmos a praticar uma diligência que, logo à partida, se afigura desnecessária para todos os intervenientes processuais.

Mas qual o fundamento ou fundamentos admissíveis da reclamação? O legislador igualmente não o esclarece. Anteriormente, como sabem, como fundamentos de reclamação do despacho que fixava os factos provados e controvertidos ou necessitados de prova, surgiam a deficiência, o excesso e a obscuridade. Hoje em dia, nada é dito pelo legislador nesta matéria, apenas consagrando o direito de reclamação.

Aqui teremos de ter em consideração que talvez a amplitude que é dada ao julgador para enunciar os referidos temas da prova, tenha condicionado esta opção do legislador de não elencar os fundamentos de reclamação deste despacho e do despacho de fixação do objeto do litígio.

Ainda outra questão.

Quando é que o despacho de enunciação dos temas da prova é proferido?

Este despacho é proferido ainda que a ação não tenha sido contestada, desde que a revelia seja inoperante de acordo com o disposto nos artºs

468º n.º 1 al. a), 468º A, n.º 1 al. c) e 469º do CPC ou seja proferido o despacho saneador, quando a ação houver de prosseguir.

Por último e antes de concluir, enuncio aqui cinco momentos que fazem parte de uma proposta para a elaboração deste despacho de fixação dos Temas da Prova, perante o confronto com um processo em concreto:

1º. Em primeiro lugar, cumpre fazer uma leitura e análise dos articulados por forma a apreender e qualificar a causa de pedir da ação/reconvenção e as factos e por decorrência lógica, os factos essenciais que as constituem;

2º. Em segundo lugar, cumpre expurgar dos articulados a matéria conclusiva (de facto e de direito), argumentativa, de pura remissão para meios de prova e matéria de Direito.

3º. Como terceiro momento, propõe-se uma elaboração, ainda que pessoal, uma vez que o legislador como vimos não a contempla atualmente, dos factos assentes, o que permite uma delimitação, com segurança, da factualidade sobre a qual existe a controvérsia.

4º. Em quarto lugar, a consideração dos factos que permanecem controvertidos.

5º Por último, o nosso quinto passo, a enunciação, a partir dessa factualidade controvertida, dos temas da prova, tal como referimos supra.

Estes cinco pontos permitem-nos não só a enunciação dos temas da prova, mas também já fazer uma antecipação do trabalho posteriormente a desenvolver na sentença, uma vez que o elenco dos factos já assentes terá obrigatoriamente de constar da sentença, assim como a enunciação dos factos sobre os quais desenvolveremos os temas da prova.

Concluo, dizendo que esta audiência preparatória e mais particularmente os Temas da Prova permitem um processo judicial mais imediato, mais célere, mais cooperante, menos rígido e principalmente uma maior justa composição do litígio, dependendo, como não poderia deixar de ser, da aplicação destes mesmos preceitos pelos diversos intervenientes processuais, designadamente pelas partes e pelo tribunal.

Agradeço a todos a atenção prestada.