

UM CASO DE DESISTÊNCIA DO PEDIDO

PARECER

Pelo Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELES

I

D. Iria de Sousa Lobo Monteverde Vilas Boas e outros propuseram, na comarca do Porto, uma acção contra Mário Gomes de Oliveira e outros, através da qual pretendem reivindicar dois prédios sitos na Rua do Almada, da mesma cidade, e que estão na posse dos Réus.

Os Autores apresentam-se na qualidade de herdeiros de sua falecida mãe e avó D. Maria José Monteverde da Cunha Lobo Brandão, alegando que esta, juntamente com os respectivos irmãos, herdara os ditos prédios de uma tia materna, D. Carolina Carlota Gonçalves, a cujo favor se encontra feito o último registo de transmissão na competente Conservatória.

Mais articulam os Autores que o falecido pai e sogro dos Réus, José Gomes de Oliveira, tendo sido arrendatário dos prédios da R. do Almada até fins de 1919, passou em 1 de Janeiro de 1920 a possuí-los em nome próprio; que essa posse está hoje em seus filhos; e que estes, não sendo donos dos prédios, devem largar mão deles e restituí-los, bem como os respectivos rendimentos.

Os Réus, além de deduzirem reconvenção, defenderam-se quanto à forma e quanto ao fundo.

Entre as excepções arguidas no primeiro articulado de defesa, figura a *litispendência*, pois os Réus alegaram não ser esta causa mais do que a *repetição* pura e simples de outra, *ainda pendente*, intentada em 1921 pela mãe e avó dos Autores contra o pai e sogro dos Réus.

Todavia os Autores, na réplica, vieram revelar que o processo instaurado em 1921 já estava *extinto*, porque assim fora declarado pelo tribunal antes da propositura da nova acção.

Efectivamente, pouco antes dessa propositura, os Autores tinham requerido no processo antigo que fosse declarada a sua extinção, por estar interrompido havia mais de cinco anos, e o juiz decretou essa extinção, com fundamento no art. 296.º do Código de Processo Civil.

A isto opuseram os Réus, na tréplica, que o pedido de declaração de extinção da instância, feito pelos Autores nos aludidos termos, significa *desistência* do processo, e como tal, e dada a altura em que foi formulado — já depois de *iniciada a inquirição de testemunhas* — *obsta à propositura de outra acção*, em conformidade com o disposto no art. 300.º, II, do referido Código.

Concluem, assim, haver aqui uma verdadeira *excepção peremptória*, por força da qual, e independentemente do mais alegado, devem ser *absolvidos do pedido*, não tendo assim de restituir os prédios, que aliás dizem ter sido *comprados e pagos* por seu pai e sogro, embora não houvesse chegado a lavrar-se escritura pública *por culpa dos vendedores*.

Perante estes factos, é-me perguntado o que penso acerca da arguida excepção peremptória de desistência.

II

I — Ponderei com todo o cuidado a questão de Direito submetida ao meu parecer, e cheguei à conclusão de que os Réus devem, na verdade, ser absolvidos do pedido por se verificar a *excepção peremptória da desistência*.

Não parece difícil demonstrar este asserto.

2— O art. 296.º do Código de Processo Civil está assim redigido :

«Considera-se deserta a instância quando estiver interrompida durante cinco anos, sem prejuízo do que vai disposto no artigo seguinte.

«Verificado o facto previsto neste artigo, deve a secretaria fazer o processo concluso, a fim de ser declarada extinta a instância».

Estas disposições tiveram origem numa sugestão do Ministro da Justiça MANUEL RODRIGUES, Presidente da Comissão Revisora do Código, assim formulada no seu relatório sobre os preceitos do Projecto relativos à instância :

«Proponho um aditamento ao art. 66.º : que a instância se extinga pela interrupção de cinco anos, devendo em tal caso o juiz *oficiosamente absolver o réu da instância*. A decisão do juiz deverá incidir sobre informação do chefe da secretaria e *visto* do Ministério Público.

«A razão está em não ser conveniente *para a boa ordem dos serviços* que no tribunal existam processos sem solução alguma e por espaço tão longo».

Refere o Prof. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ilustre Autor do Projecto, que a proposta do Ministro não encontrou opposição alguma, nem de sua parte, nem de parte dos restantes vogais da Comissão Revisora (1).

Consagrou-se por esta forma o instituto da *deserção* ou *perempção da instância*, também admitido por outras legislações (Código francês, arts. 397.º a 401.º; Código italiano de 1885, arts. 338.º a 342.º; lei espanhola de 1881, arts. 411.º a 420.º; Código brasileiro, art. 201.º, V; Código italiano de 1940, art. 308.º).

Confrontando a proposta de MANUEL RODRIGUES com o texto

(1) *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. III, pág. 434.

legal adoptado, apenas se nota uma ligeira discrepância que não contende com a essência do instituto: não se julgou necessário exigir o visto do Ministério Público. No mais, o pensamento do Ministro manteve-se, e tomou expressão e forma no citado art. 296.º do Código.

3 — Na doutrina estrangeira, e à face das disposições respectivas, tem-se discutido qual o *fundamento* da perempção da instância.

Debtem-se duas correntes: uma *subjectiva*, outra *objectiva*.

Há quem diga que o legislador ordena ou permite a extinção da instância quando o processo está parado muito tempo, em razão de inércia das partes, porque toma essa inércia como revelação de que as partes (ou pelo menos o autor) *não querem* o processo e *desejam* vê-lo findo. O autor, mantendo-se inactivo, mostra com isso *desistir* da instância, e o réu *aceita* a desistência, ou também pela sua passividade ou pela arguição da perempção como meio de defesa, nos sistemas legislativos onde tal arguição é necessária. Os que pensam assim são os *subjectivistas*, como por exemplo MORTARA (1) e CARNELUTTI (2) (à face do Código italiano de 1865).

A esta concepção contrapõe-se outra, *objectivista*, que considera a perempção como consequência do facto *objectivo* da inércia das partes durante certo período de tempo, qualquer que seja a causa ou significação da inércia. Não importa que a paralização do processo signifique ou deixe de significar o desejo das partes de o abandonarem. O legislador não presumiu essa vontade ou propósito, limitou-se a atender ao facto na sua materialidade, e atribuiu-lhe como consequência a extinção da instância, por entender que os *processos não podem eternizar-se com prejuízo dos serviços da justiça*.

«A razão da nossa perempção — escreveu o grande CHIOVENDA (3), ainda a propósito do Código de 65 — está em que o

(1) *Comentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, págs. 868 e segs.

(2) *Sistema del Diritto Processuale Civile*, vol. III, págs. 510 e segs.

(3) *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., pág. 884.

Estado, depois de um período prolongado de inactividade processual, acha conveniente libertar os seus próprios órgãos da necessidade de providenciarem sobre a demanda e de todas as obrigações derivadas da existência de uma relação processual». BETTI também observa que a perempção não é mais do que uma sanção do não cumprimento do ónus, que incumbe às partes, de darem impulso ao processo (1).

Quanto ao Código português, não pode haver a menor dúvida de que se inspirou na concepção *objectivista*. É ela, de resto, a que está mais de harmonia com a índole dos seus princípios, onde a noção de *interesse público* ocupa um lugar de primacial importância.

Com efeito, vê-se do 2.º trecho do art. 296.º, que, interrompida a instância por cinco anos, o juiz pode e deve decretar *oficiosamente* a extinção dela. A secretaria tem o dever de fazer o processo concluso ao juiz para que este declare extinta a instância, o que mostra não estar essa declaração dependente do pedido do réu. Ora, se a lei se tivesse inspirado na ideia de acordo das partes para abandonarem o processo, seria mais natural que exigisse a arguição do réu, porque a inactividade deste pode apenas significar aproveitamento das «tréguas» oferecidas pelo autor, e não desejo de abandono do processo, porventura mal posto ou imprudentemente conduzido pela outra parte; à *desistência tácita* teria de acrescer uma *aceitação expressa*.

Por outro lado, o Ministro da Justiça, ao preconizar a introdução no nosso Direito da figura da deserção, atribuiu-lhe expressamente um fundamento *objectivo*, sem contradita de ninguém:

«A razão — escreveu ele — está em não ser conveniente para a boa ordem dos serviços que no tribunal existam processos sem solução alguma e por espaço tão longo».

«Não é, pois, a presunção de abandono o fundamento da deserção; é o interesse do serviço». Assim conclui o Prof. JOSÉ ALBERTO DOS REIS (2), e eu acompanho-o inteiramente na conclusão.

(1) *Diritto Processuale Civile*, págs. 531 e 532.

(2) *Ob. cit.*, pág. 439.

4 — É de salientar que a extinção da instância por deserção não se opera *ope legis* mas sim *ope iudicis*. Quer dizer, aquela extinção não é efeito automático da paralização do processo, só se produz quando o juiz a decreta. Até lá, a relação jurídica processual continua em vigor.

Verificada a interrupção durante cinco anos, a secretaria tem o dever officioso de fazer o processo concluso ao juiz e este o dever, também officioso, de declarar extinta a instância. Mas enquanto esses deveres não forem cumpridos, o processo subsiste. Assim resulta do próprio facto de a lei mandar *declarar extinto* o processo, e não dizer que ele *se extingue* pelo mero decurso do tempo.

Segue-se daí que, mesmo depois de transcorrido o prazo marcado no art. 296.º, qualquer das partes pode evitar a extinção da instância, *antes de decretada*, promovendo o andamento do processo. A deserção tem por base o fenómeno da interrupção, que supõe a inércia *continuada* das partes: quebrada a inércia, a interrupção cessa, e com ela a deserção (cfr. arts. 290.º e 291.º) (1).

5 — A deserção, *em si*, tem apenas como efeito a extinção da instância. Quer isto dizer que, *em princípio*, o autor pode intentar novo pleito sobre o mesmo objecto. Caduca o *processo* mas fica salva a acção.

Assim o mostra a lei, que se limita a dizer que a deserção extingue a instância (arts. 292.º e 296.º, II); assim o confirma o confronto com algumas legislações estrangeiras, onde muito claramente se acentua essa eficácia limitada (Código francês, art. 401.º; Código italiano de 1865, art. 341.º, Lei espanhola, art. 419.º; Código brasileiro, art. 201.º, V); e assim o corrobora, por último, o exame da fonte directa do nosso art. 296.º, a proposta ministerial, que preconizando a extinção da instância pela interrupção de cinco anos, acrescentava: «devendo em tal caso o juiz officiosamente *absolver o réu da instância*».

Em resumo, a deserção é uma *excepção dilatória*. Não figura

(1) Neste sentido também o Prof. REIS, *ob. cit.*, págs. 439 e 440.

na enumeração do art. 499.º, mas isso nada significa, porque tal enumeração tem mero carácter *exemplificativo*.

No dizer do art. 491.º, o réu defende-se por *excepção* quando alega factos novos que obstam à apreciação do mérito da causa ou à procedência do pedido do autor. Se esses factos novos produzem o primeiro destes efeitos, isto é, se impedem que o tribunal conheça do mérito da causa, dando lugar à *absolvição da instância* (ou à remessa do processo para outro tribunal, na hipótese de incompetência relativa), a excepção recebe o nome de *dilatória*, art. 498.º

É justamente o caso da deserção da instância, que, conforme notámos, apenas obsta a que o tribunal se pronuncie sobre o fundo da questão. A deserção constitui uma *excepção dilatária de conhecimento oficioso*, como é a regra quanto às excepções desse tipo (§ 2.º do art. 499.º).

6 — Na hipótese *sub iudice* verifica-se, porém, uma particularidade muito importante :

A declaração de extinção da instância, em consequência de deserção, foi pedida pelos próprios autores.

Ora esse pedido não pode deixar de constituir uma verdadeira desistência.

Nada obsta, sem dúvida, a que o autor requeira a declaração judicial de extinção da instância por deserção (1).

Mas, se o fizer, o seu acto significará necessariamente que *desiste* do processo.

Quando é que o autor *desiste* do processo? Todas as vezes que declara, por termo lavrado nos autos ou por documento autêntico, que o não *quer*, que o *abandona*. Pois bem, tem esse indiscutível significado o pedido feito ao juiz para que ponha fim à relação processual com fundamento em deserção.

O autor, formulando tal pedido, coloca-se em atitude *contrária* à sua posição *normal* dentro do processo. Em vez de promover o *andamento* deste, provoca a sua *cessação*; em lugar

(1) Prof. REIS, *ob. cit.*, pág. 443, nota 1.

de pedir que o réu seja *condenado*, pede que seja *absolvido da instância*. Mostra, assim, que *não deseja* o processo, que o *repele*: numa palavra, que *desiste* dele.

Parece óbvio dar-se desistência sempre que o autor *solicita a extinção da instância* — ou só, e directamente, em atenção à sua vontade, ou em atenção a qualquer outra circunstância que constitua matéria de excepção dilatória. Neste último caso, ao fundamento de extinção que é a excepção dilatória em si, *acresce a vontade* do autor, encaminhada *ostensivamente* para o resultado da cessação da instância, através do pedido formal dessa cessação.

Se o próprio autor pede ao tribunal que declare inepta a sua petição ou *ilegítima* qualquer das partes ou que se considere *incompetente*, ou se invoca a *litispendência*; se, em suma, *ele mesmo* chama nos autos a atenção do juiz para uma excepção dilatória, a fim de conseguir o resultado, que deseja, de ver terminado o processo pela *absolvição do réu da instância*, essa sua atitude tem o claro significado psicológico e jurídico de uma *desistência*.

Por maioria de razão assim é, quando a excepção dilatória consiste na deserção. Porque em tal caso, e como vimos, o autor, no momento em que vai a juízo, tem na sua mão a vida do processo. Pode provocar-lhe a morte, mas também pode salvá-lo, tirando-o da quietude em que jaz e imprimindo-lhe andamento. Se depende do seu *arbítrio* a escolha de uma destas soluções extremas, e opta pela primeira, quem hesitará em dizer que ele *renunciou* ao processo?

7 — A desistência a que tenho estado a referir-me, *desistência da instância*, rege-se em especial pelas normas dos arts. 300.º, II, e 301.º do Código de Processo Civil, assim concebidas:

«A desistência da instância só faz cessar o processo que se instaurara, salvo se tiver lugar passados oito dias sobre a notificação do despacho saneador, porque neste caso terá o mesmo efeito que a desistência do pedido» (art. 300.º, II);

«A desistência da instância depende da aceitação do

réu, desde que seja requerida depois do oferecimento da contestação» (art. 301.º).

Da interpretação conjugada destas duas disposições legais resulta que :

a) Se o autor requer a desistência da instância antes do oferecimento da contestação, ou depois desse oferecimento *mas com aceitação* do réu, apenas se extingue a relação jurídica processual, e o autor conserva intacta a possibilidade de propôr nova acção sobre o mesmo objecto ;

b) Se a desistência da instância é requerida depois do oferecimento da contestação, mas antes de decorridos oito dias sobre a notificação do despacho saneador, e *sem aceitação* do réu, o requerimento não produz efeito algum, subsistindo o processo ;

c) Se a desistência da instância tem lugar passados oito dias sobre o despacho saneador, e também *sem aceitação* do réu, *vale o mesmo que desistência do pedido*, por determinação legal, e assim o autor fica *inibido de intentar de novo a acção* (cfr. art. 300.º, I).

Ora os Autores, no caso da consulta, *desistiram* do processo antigo já *depois de iniciada nele a inquirição das testemunhas*.

Dos trâmites do processo instaurado em 1921 ainda não fazia parte o *despacho saneador*, que veio a ser criado mais tarde. Mas a *inquirição das testemunhas* situa-se numa fase lógica e cronologicamente posterior a esse despacho, e portanto não pode haver dúvida de que a regra enunciada em último lugar (alínea c) se aplica na hipótese dos autos (cfr. Código de Processo Civil de 1876, art. 142.º).

Quer dizer :

A desistência do processo de 1921 tem o mesmo efeito que a desistência do pedido, dada a altura em que ocorreu, estando os autores legalmente inibidos de repetir a causa e devendo, pois, os réus ser absolvidos da segunda acção.

8 — Uma última nota.

Vimos que a deserção se funda, para os subjectivistas, numa presunção de acordo dos litigantes sobre o abandono do processo. Dentro dessa maneira de ver a deserção não goza de verdadeira autonomia, pois não é mais do que a presumida *desistência* do processo, tácita ou expressamente *aceita* pelo réu. Dado esse fictício acordo, só a relação jurídica processual é atingida, qualquer que seja o grau de desenvolvimento da instância.

Vimos também que o legislador português repudiou claramente o critério voluntarista e deu ao instituto uma base objectiva. O efeito, todavia, tem de ser o mesmo — destruição do processo com salvaguarda da acção — porque, se não se presume o desejo do abandono da instância por parte do réu, também não se presume esse desejo por parte do autor.

Quando porém o autor saia do seu silêncio e diga que na verdade *não quer* o processo, já essa sua *vontade*, expressamente revelada, tem de ser tomada em conta; e como o réu por hipótese não se pronunciou, e a lei não presume nele uma vontade favorável à extinção da instância, desenha-se com nitidez esta realidade: uma *desistência aceita*.

9 — Concluo assim, e salvo melhor juízo, que o pedido de extinção da instância formulado pelos Autores se caracteriza como uma desistência; e que tendo esta ocorrido, sem aceitação dos Réus, já depois de iniciada a inquirição das testemunhas, vale como desistência do pedido, obstando à propositura da segunda acção, da qual os Réus devem pois ser absolvidos.

Lisboa, 22 de Outubro de 1948.

Inocência Galvão Teles