

**PARECER
DA COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO
DA ORDEM DOS ADVOGADOS SOBRE
O PROJECTO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Pelo: Dr. J. Lebre de Freitas

I

**O PROJECTO PERANTE O ANTERIOR
PARECER DA ORDEM**

1. Teve a Ordem dos Advogados ocasião, há cerca de dois anos, de prestar o seu contributo próprio na discussão pública do anteprojecto do novo Código do Processo Civil, mediante a sua apreciação na generalidade e na especialidade.

O estudo efectuado encontra-se publicado no n.º de Setembro de 1989 da Revista da Ordem dos Advogados.

2. Posto agora à discussão o projecto do C.P.C., é com satisfação que a Comissão de Legislação da Ordem verifica que muitas das suas sugestões de aperfeiçoamento do articulado foram nele tidas em conta pela Comissão Encarregada de Proceder à Revisão do Código do Processo Civil e que, em consequência, desapareceram várias ambiguidades, se corrigiram soluções menos correctas, se introduziram ou aperfeiçoaram mecanismos de protecção das partes ou de aceleração do processo e se reintroduziram alguns pontos do actual regime processual que apressadamente fora proposto suprimir ou alterar.

Assim é que se verifica no texto ora em apreciação, quando comparado com o anterior, que, em conformidade com o que a Ordem dos Advogados havia proposto, se alargaram alguns prazos das partes (art. 409.º, quanto ao requerimento de prova; art. 117.º-2 quanto à suspensão dos prazos nas férias de Natal e de Páscoa), se estendeu o âmbito da regra da notificação de certos actos como momento inicial da contagem de prazos peremptórios (art. 381.º-2 quanto à desistência contra réu ainda não citado; art. 546.º-3 quanto à ampliação do objecto do recurso; art. 567.º-3 quanto à alegação do segundo recorrente; arts. 694.º-2 e 695.º quanto à admissão das reclamações de créditos e à sua impugnação), se suprimiram algumas (poucas) fontes de arbítrio judicial (arts. 360.º-3 do Anteprojecto quanto ao indeferimento da simplificação do processo; art. 714.º-*a* quanto ao indeferimento do requerimento de venda por negociação particular), se simplificaram alguns actos ou tramitações (art. 830.º-1 quanto à conversão em certa da obrigação exequenda, não se entendendo, porém, porque não foi feito algo de paralelo quanto à conversão da obrigação em exigível, designadamente quando há um prazo de vencimento a estabelecer pelo tribunal — art. 1011.º; art. 664.º-4 quanto à suficiência do registo provisório da penhora para a prossecução da execução; arts. 626.º-1-*a* e 627.º quanto ao alargamento da admissibilidade da cumulação de pedidos executivos), se diminuíram as ocasiões de fuga do réu à citação (art. 193.º quanto à citação por hora certa, a fazer imediatamente e a poder ser feita no local de trabalho) e do executado à penhora (art. 665.º-2 quanto ao dever de comparência para informações, arts. 667.º-2 e 676.º-2 quanto à sua constituição em depositário dos bens penhorados; art. 660.º-2 quanto à penhora imediata de bens de titularidade duvidosa), se aumentou a segurança das notificações (art. 184.º, exigindo o registo das feitas pelo correio), se reconstituíram algumas regras, ameaçadas, de sujeição de terceiros à eficácia da sentença (art. 263.º quanto à ressalva — implícita — das normas de direito substantivo; art. 225.º-3 quanto ao adquirente de bens litigiosos não constituído em parte processual), se fizeram algumas, embora tímidas, actualizações de normas ultrapassadas (art. 26.º quanto à competência internacional; arts. 649.º e 650.º quanto ao elenco dos bens impenhoráveis), se suprimiu

a forma de processo sumário nas execuções (Anteprojecto, art. 776.º), se salvaguardou a especial natureza do processo executivo na remissão geral para o regime do processo declarativo (art. 618.º-1), se suprimiram inovações discutíveis (art. 8.º-2 do Anteprojecto quanto à atendibilidade de factos invocados na instrução e discussão da causa; art. 664.º-3 do Anteprojecto quanto à prorrogação do prazo para embargar no caso de pluralidade de executados), se mantiveram preceitos que, com prejuízo das partes, se pensava suprimir (art. 498.º-3 quanto à assistência do advogado por um perito técnico em julgamento), se eliminaram ou introduziram determinados requisitos normativos (art. 25.º-1 quanto à directa designação do tribunal no pacto de desaforamento; art. 219.º-1 quanto à entrega do duplicado dos documentos que acompanham a notificação avulsa; art. 106.º-2 quanto à exigência preliminar de prova da posse em nome alheio (já não da actuação em nome alheio) para o chamamento de terceiros ao processo e se aperfeiçoou a redacção de preceitos defeituosa ou equivocadamente redigidos (arts. 8.º-3, 100.º-1, 22.º, 94.º-1, 94.º-2, 100.º-2, 239.º-1-e, 499.º-1, 503.º-2, 567.º-1, 604.º-1-b, 604.º-1-f e 613.º-2; epígrafes dos arts. 100.º e 636.º).

3. Mas verifica-se também que, em outros dos pontos criticados pela Ordem dos Advogados, a Comissão Encarregada de Proceder à Revisão do C.P.C., mostrando-se embora sensível às críticas feitas, enveredou por soluções criticáveis que simultaneamente divergem das iniciais e das propostas pela Ordem, ficam num equívoco meio caminho entre umas e outras ou fundamentalmente mantêm o regime inicial sob a capa de uma adesão à crítica que se revela ser meramente formal.

Alguns destes casos ganharão em ser analisados sob uma perspectiva mais geral: a do princípio da igualdade das partes, afirmado no art. 7.º do Projecto, mas na realidade negado pela manutenção de todas as disposições criticadas no ponto I. 9, assim como no ponto II. 54, do nosso anterior parecer, à excepção do art. 131.º-2 do Anteprojecto, suprimido na medida em que também os prazos das partes privadas inferiores a 3 meses passarão a não correr em férias; a do princípio do contraditório, que não

se quis levar às últimas consequências ao permitir, no art. 329.º-3 do Projecto, que o juiz possa dispensar a audiência do requerente da providência cautelar antes de determinar a sua extinção (parecer, II. 31); ou a do princípio dispositivo aplicado à questão da sujeição à eficácia da sentença de terceiros chamados a intervir, que levou a consagrar a solução da não abrangência pelo caso julgado do terceiro chamado como possuidor em nome próprio, como autor moral de uma actuação alheia contra um direito real de terceiro ou como litisconsorte voluntário, e a solução da condenação do chamado à demanda contra o qual o réu tenha direito de regresso nos casos de procedência da acção, quando revel, ou de procedência da pretensão de regresso, quando conteste (arts. 106.º-2, 258.º, 267.º-2 e 267.º-3 do Projecto; ponto I. 14 do parecer).

Outros desses casos são pontuais:

a) No art. 213.º foi resolvida no sentido negativo a ambiguidade resultante de não se saber se continuaria a vigorar a presunção da efectividade da notificação do mandatário no prazo de 3 dias sobre o registo (ponto I. 12 do parecer da Ordem): a presunção só passará a jogar nos casos de devolução ou não entrega da carta registada, regressando-se nos restantes casos à norma anterior ao D.L. 121/76 de 11/2. Sem que tal suscite uma objecção de fundo importante, perde-se, com o regresso, a vantagem de um conhecimento imediato e cómodo (pelo mandatário e pelo tribunal) da data de início do prazo pela simples consulta da data do registo (constante do processo e da notificação).

b) Perante a opção, concedida ao autor pelo Anteprojecto, de propor as acções previstas no art. 33.º no tribunal do local do cumprimento da obrigação ou no domicílio do réu, a Ordem tinha-se pronunciado no sentido de, por um lado, limitar a regra em certas execuções e, por outro lado, alargá-la a outras acções declarativas (ponto II. 5 do parecer). Optou-se por suprimir a opção, em sintonia, aliás, com a habitual rigidez da nossa lei processual (art. 32.º).

c) A redacção do art. 56.º-2 do actual C.P.C. tem dado lugar a muitas dúvidas, mas permite ser interpretada, como tem sido defendido na doutrina, no sentido de obrigar à propositura da acção executiva contra o terceiro *proprietário* dos bens dados em garantia e de a permitir contra o *possuidor* não proprietário e contra o *devedor*, só se tornando obrigatória a citação deste após verificação da insuficiência dos bens dados em garantia. Esta interpretação tem por si que, visando a execução o pagamento efectivo através da agressão dos bens a penhorar, interessa fundamentalmente assegurar a citação do titular de direitos sobre esses bens, sendo dispensável a de outros interessados (que pode, concretamente, revelar-se difícil). O art. 86.º-2 do Anteprojecto foi criticado na medida em que, resolvendo a ambiguidade do actual preceito, impunha a citação inicial do devedor e facultava a do possuidor *ou detentor*, nada dizendo, tal como a lei actual, sobre o proprietário (parecer da Ordem, II. 8). Perante a crítica, mas ao invés dela, optou-se por tornar obrigatória a proposição inicial da execução contra o devedor e o possuidor ou o detentor dos bens, continuando a deixar de fora o proprietário. Em consequência, o credor garantido com uma hipoteca sobre um bem de terceiro que outrem, que não este, tenha arrendado, deverá propor a execução contra o devedor (que pode estar interessado em que o bem responda pela dívida, não obstante um vício na constituição da garantia) e contra quem arrendou (sem qualquer título legitimante) ou tomou de arrendamento o prédio (para quê?), mas não contra o proprietário do bem, que se poderá dizer que nem sequer tem legitimidade para a acção executiva (não obstante as normas do registo predial imporem a sua intervenção, assim como a dos seus sucessores, na pendência da execução: cfr. parecer da Ordem, 7.13, não considerado). A solução não parece ser a mais razoável.

d) A doutrina do actual art. 269.º encontrava-se dispersa, com algumas repetições, pelos arts. 106.º (n.ºs 1 e 2) e 224.º do Anteprojecto. Criticou-se a duplicação, propôs-se a concentração da regulamentação no art. 106.º e entendeu-se que ao chamado a intervir deveria ser sempre assegurada a possibilidade de apresentar articulado próprio (parecer da Ordem, II. 16). O Pro-

jecto suprimiu aquele art. 224.º e garantiu a defesa do chamado (art. 257.º-2), mas, continuando a admitir o chamamento após a extinção da instância (já não necessariamente em consequência do despacho saneador), omitiu referir o prazo em que ele pode ser feito (anteriormente, 21 dias; no C.P.C., 30 dias). Ter-se-á querido admiti-lo a todo o tempo? ou no prazo geral de 7 dias sobre o trânsito em julgado da decisão de extinção? Aplauda-se vivamente, em nome da economia processual, a solução de admitir o chamamento após qualquer decisão (mesmo a sentença final) que julge a parte ilegítima, mas julga-se dever ser reintroduzido, no máximo, o prazo de 21 dias.

e) Em sede de prova pericial, a Ordem defendeu que, por um lado, se deveria prescindir da presença do juiz, peritos e partes no auto das respostas dos peritos, mas que, por outro lado, se deveria manter a actual solução de obrigatoriamente convocar os peritos para a audiência de discussão e julgamento, a qual aparecia substituída no Anteprojecto por uma convocação facultativa, que não se dizia sequer se seria meramente discricionária (parecer da Ordem, II. 47). O Projecto limitou-se a estabelecer que o juiz pode ordenar a comparência dos peritos oficiosamente ou a requerimento das partes, não a impondo e parecendo deixá-la ao seu arbítrio, mesmo quando alguma das partes a requerer (art. 460.º). Discorda-se e insiste-se na tese da convocação obrigatória, em nome do princípio da oralidade (Projecto, art. 12.º) e da audiência contraditória em sede de instrução (Projecto, art. 412.º), tanto mais que a nova proposta de regime de prova pericial, eliminando a nomeação de peritos pelas partes, distancia estas dos actos de produção da prova e do consequente controlo do seu resultado.

f) Propugnou-se a notificação às partes das respostas dos peritos (parecer da Ordem, II. 47). O art. 459.º-1 do Projecto procurou dar satisfação à sugestão feita, mas imperfeitamente: contando o prazo da reclamação da data em que as partes tenham conhecimento do relatório, o exercício do direito de reclamar está assegurado; mas não seria preferível proporcionar, através da notificação, o início do prazo, garantindo ao mesmo tempo celeridade e certeza?

g) Sugeriu-se (parecer da Ordem, II. 70) que a redacção do art. 648.º-2 do Anteprojecto (exequibilidade das «escrituras públicas em que se convençionem prestações futuras») fosse alterada, tendo em conta as dúvidas interpretativas a que o actual art. 50.º-2 do C.P.C. (praticamente idêntico) tem dado lugar; e, ao fazê-lo, apontou-se a necessidade de o distinguir do art. 656.º-1 do Anteprojecto (art. 804.º-1 do C.P.C.). A alteração introduzida, por certo confrontada com a crítica formulada, foi, pelo menos literalmente, para pior: longe de reduzir a previsão do preceito aos casos de contrato-promessa de negócios jurídicos reais (únicos em que ele fará algum sentido), alargou-a, nela abrangendo, além deles, não só os casos de sinalagma (objecto de regulamentação diversa no art. 629.º-1), como todos os de negócio bilateral, assim resultando em fazer, no caso de o título executivo ser uma escritura pública, exigências de prova documental que não são feitas quando o título executivo é um documento particular... Em vez de se introduzir uma redacção que possibilitasse, melhor do que a actual, a interpretação restritiva do preceito, abriram-se as portas a uma interpretação literal que não se harmoniza com a natureza e a função do documento autêntico.

h) O art. 318.º-1 do Anteprojecto parecia só proibir o requerimento de nova providência cautelar quando o requerente culposamente causasse danos ao requerido. A Ordem dos Advogados, no seu parecer, congratulou-se com a solução, sugerindo porém que ela fosse clarificada (ponto II. 33). O art. 330.º-1 do Projecto, intercalando a expressão «além disso» na frase «não lhe sendo permitido requerer outra providência como dependência da mesma causa», permite pensar que se pretendeu, ao invés, vincar que, independentemente da culpa do requerente, exigida para o efeito de indemnização, o indeferimento ou a caducidade da providência impede o requerimento de outra. Se assim é (subsistindo alguma dúvida em resultado do emprego do gerúndio, em vez duma copulativa), a manutenção do regime actual não tem qualquer justificação: sendo a causa de pedir diversa e podendo diferir a própria providência requerida, não se vê em nome de que princípio processual, ou consideração de bom senso, se há-de impedir o autor duma acção que poderá demorar anos

de acautelar o seu direito, até em face de factos supervenientes, apenas porque uma outra providência foi indeferida ou caducou. A solução, já não muito aceitável no caso de culpa do requerente (apenas justificativa de uma indemnização), torna-se de todo injustificável quando nem sequer culpa ocorre (falhou a prova; o requerente do arresto não sabia que o requerido tinha outros bens; ou ocorreu outra circunstância por ele não controlada). Em vez de, de acordo com as normas gerais sobre o caso julgado, se atender à configuração do objecto da providência (pedido e causa de pedir), atende-se ao objecto da acção para negar a possibilidade de nova providência na pendência desta. À defesa do requerido (presumível obrigado) perante o abuso do direito do requerente (presumível titular de um direito ameaçado), não bastará a garantia prática do mais rigoroso controlo que o juiz do processo não deixará de utilizar na apreciação da segunda providência?

i) Aceitou-se a sugestão da Ordem (parecer, II. 84) no sentido de a penhora de bens móveis poder dispensar a emissão de carta precatória (art. 676.º-5), mas, em sede de penhora de bens imóveis situados fora da comarca, não se optou pela efectivação do termo (art. 666.º-2) no tribunal da causa (parecer da Ordem, II. 81) nem pela sua dispensa, substituindo-o por um meio mais expedito, a utilizar pelo mesmo tribunal, pelo qual se tenham os bens por entregues ao depositário, sem obrigar este a uma deslocação ao tribunal da causa nem recorrer à expedição de uma (sempre demorada) carta precatória.

4. Para além destes pontos, constata-se que não foram positivamente consideradas numerosas outras críticas e sugestões constantes do anterior parecer da Ordem dos Advogados. Valerá a pena recordar, ainda que sumariamente, aquelas que guardam a sua acuidade perante o novo texto elaborado:

a) Manteve-se o encurtamento de prazos das partes (parecer da Ordem, I. 5), consequentemente dificultando a tarefa dos advogados: contestação em 21 dias (arts. 381.º-1 e 400.º-3); réplica, tréplica e articulado superveniente em 7 dias (arts. 400.º-3, 401.º-2 e 402.º-3); interposição de recurso em 7 dias (art. 547.º);

alegações de recuso em 14 dias (art. 567.º-1); embargos de terceiro em 21 dias (art. 877.º-1); oposição em 7 dias a incidentes e a procedimentos cautelares (arts. 275.º-2 e 322.º); arguição de falsidade e impugnação de documentos em 7 dias (arts. 294.º-1 e 432.º-1). E não se atendeu à sugestão (parecer da Ordem, II. 43) de que nenhum prazo para a prática de um acto que implique contacto entre o advogado e a parte seja inferior a 14 dias.

b) Perante as críticas ao exagerado dirigismo do processo pelo juiz (parecer da Ordem, I. 5), admitiu-se que este venha a marcar a audiência de discussão e julgamento por acordo com os advogados das partes, sem precisar como (art. 132.º-1), e impediu-se o tribunal de recusar o primeiro pedido de suspensão do processo por acordo das partes (art. 232.º-3); mas continuou a não se prever qualquer reunião inicial entre o juiz e os representantes das partes, ao arrepio do que acontece em outros sistemas processuais (C.P.C. italiano, art. 163; Z.P.O. alemã, § 275), suprimiu-se a audiência preparatória, em vez de a tornar obrigatória quando o juiz se julgue habilitado a proferir uma decisão final (art. 405.º), manteve-se a circunscrição da figura da conciliação inicial às acções de divórcio ou separação litigiosos (art. 378.º), manteve-se o poder do presidente do Colectivo de retirar a palavra ao advogado perante a simples «ameaça» de alegações ou requerimentos excessivos (art. 502.º-2-d), assim como a proibição de adiamento da audiência de discussão e julgamento por acordo das partes (art. 506.º-3) e a total impunidade dos juízes pelo incumprimento dos prazos que por lei se lhes finge impor, manteve-se a eliminação do despacho de aperfeiçoamento com fundamento em deficiência da petição inicial susceptível de comprometer o êxito da acção (parecer da Ordem, II. 34) e não se aceitou a sugestão de consagrar a recorribilidade das decisões de condenação em custas, multas e indemnizações, independentemente do respectivo valor (parecer da Ordem, II. 55) nem a de permitir ao advogado o interrogatório directo da parte contrária sujeita a depoimento de parte (parecer da Ordem, II. 45).

c) Não se atenderam várias sugestões no sentido de facilitar ao advogado e às partes o cumprimento dos prazos proces-

suais e, duma maneira geral, a sua actuação no processo, tendo designadamente em conta o princípio da economia processual:

A) não se concedeu às partes e seus advogados que litiguem fora da respectiva comarca uma dilação de 3 dias para o envio de requerimentos por correio registado ou, em alternativa, a faculdade de entregar no tribunal da comarca os requerimentos dirigidos a outras comarcas (parecer da Ordem, I. 5). O alargamento para 5 dias do período suplementar dentro do qual se podem praticar actos sujeitos a prazo peremptório (art. 118.º-2) não resolve o problema, visto que a sua utilização implica o pagamento de uma pesada multa — para o qual, ainda por cima, o Projecto, retrogradando relativamente à lei actual, deixou de prever a notificação da secretaria, manifestamente útil em casos de excesso inconsciente do prazo;

B) continuou, não obstante as razões que fundamentavam a sugestão da Ordem (parecer, II. 49), a não se permitir o adiamento das inquirições por carta por falta de advogado, que se propusera fosse admitido quando este requeresse o adiamento até ao momento da sua realização;

C) não se impôs que a notificação do último articulado no processo sumário (art. 532.º-2) seja acompanhada de notificação expressa para o requerimento de novas provas (parecer da Ordem, II. 69), não obstante a importância de que se reveste o requerimento de prova e a circunstância de a norma ter aplicação a casos em que normalmente não é obrigatória a constituição de advogado (arts. 90.º-1-*a* e 358.º-2). Entretanto, restringindo os novos meios de prova à matéria da excepção, suprimiu-se — é certo que no âmbito restringido do novo processo sumário — a generosa (no rígido esquema da nossa lei processual) concessão à parte da possibilidade de, perante a impugnação adversária, alterar ou aditar o seu requerimento de prova (Anteprojecto, art. 636.º-2);

D) não se impôs à secretaria do tribunal o dever de tirar fotocópia de todos os documentos ou peças sujeitas a notifica-

ção (parecer da Ordem, II. 17 B), continuando-se a limitar esse dever aos casos de falta da apresentação de duplicado por uma parte a ela obrigada (art. 126.º-1);

E) manteve-se o péssimo sistema de notificar ao autor os obstáculos encontrados pelo tribunal no cumprimento do seu dever de citar o réu, fazendo depender o prosseguimento das diligências para a citação da sua iniciativa e assim complicando o papel da parte (ou do seu mandatário) e atrasando o processo, em vez de se organizar um sistema eficaz de citação rápida que não careça da colaboração (apenas possível) do autor (parecer da Ordem, II. 20). Para documentar a odisseia em que por vezes se traduz a citação, juntam-se fotocópias dum processo em que, havendo vários réus, o tribunal se deu ao luxo de perder dois anos na citação de todos eles;

F) não se manifestou sensibilidade à proposta de acabar com a oneração do autor com o acto de publicação dos anúncios para a citação pessoal do réu (parecer da Ordem, II. 21) e do exequente com sucessivas publicações complicativas do processamento da execução (parecer, II. 85), embora estivessem em causa simplificações que, ainda quando com um mínimo de iniciativa da máquina judiciária, viriam acelerar a tramitação do processo;

G) em sede de recursos, não se impôs a notificação das partes, aconselhada por uma razão de clareza processual, para o requerimento de certidão das peças do processo (art. 570.º-1), nem se atendeu a sugestão de, preferivelmente, por razões de economia processual e de economia de exames do processo pelo advogado, esse requerimento passar a ter lugar juntamente com a alegação (parecer da Ordem, II. 62);

H) manteve-se a incompreensível necessidade de o recorrente que vise conseguir a alteração da doutrina de um assento percorrer a via sacra dos três graus de jurisdição para chegar ao Supremo, não obstante a Relação estar vinculada à aplicação dessa doutrina (parecer da Ordem, II. 63). O facto de a iniciativa da revogação ser judicial (art. 603.º-1) obviamente não impede que

o recorrente a sugira (art. 599.º-3, por analogia) nem, consequentemente, que recorra tendo em vista a possível revogação;

I) manteve-se, como causa de extinção do procedimento cautelar, o decurso do prazo de 3 meses sobre a sua instauração sem a propositura da acção (art. 329.º-1-*a*), sem considerar os possíveis inconvenientes do conhecimento da actuação judicial pelo requerido e a insuficiência desse prazo em certos casos, designadamente quando haja recurso da decisão que indefira a providência (parecer da Ordem, I. 16 e II. 30);

J) não se admitiu a confissão do pedido, a desistência do pedido ou a transacção feita por mero requerimento subscrito pelo mandatário (ou mandatários) ou por este e pela parte (ou partes), mas a Ordem aceita que o documento consentido pelo art. 248.º-1, formalizando um negócio substantivo e como tal sujeito às normas gerais sobre a forma do negócio, oferece mais garantias do que o requerimento dirigido ao juiz do processo, sempre que o acto de auto-composição do litígio esteja sujeito à imposição da forma de documento autêntico. Mas onde a sugestão da Ordem (parecer, I. 6) nos continua a parecer pertinente é no que respeita à desistência da instância: podendo o mandatário judicial propor acções com base em procuração que não identifica o processo concreto, dever-se-lhe-ia consentir a subscrição, sem necessidade de intervenção da parte, de um requerimento de desistência da instância, por razão de simplificação (pense-se no caso de falecimento ou de dificuldade de citação de um de vários réus, convindo a continuação do processo, sem demora, contra os restantes). Não se trata aí já de um negócio jurídico de direito substantivo e para esse acto processual deveria o mandatário ter poderes, tal como tem poderes o mandatário da parte contrária para aceitar a desistência da instância (art. 243.º-1);

L) continua a não se ver razão para a supressão (art. 102.º-2, «a contrario») da faculdade de as partes acordarem no aproveitamento dos articulados no caso de incompetência absoluta do tribunal, desde que o esquema do processo aplicável o consinta (parecer da Ordem, II. 6);

M) a figura da condenação condicional, nos casos do art. 527-2, deveria ser introduzida (parecer da Ordem, II. 57) ou, pelo menos, deveria admitir-se a renovação da pretensão no mesmo processo, com economia processual evidente;

N) facilitaria ao advogado (e ao tribunal) — e continua a não se ver razão para a solução contrária — a manutenção da norma especial de competência para acções de honorários relativos a causa judicial, hoje constante do art. 76.º do C.P.C. (parecer da Ordem, II. 4).

d) A concepção excessivamente rígida e formal dum processo civil minuciosamente regulado pela lei, que entre nós tem imperado desde 1939, não permitiu a introdução de alguns mecanismos mais maleáveis sugeridos pela Ordem dos Advogados, em nome da prossecução da verdade material ou da disponibilidade do objecto do processo pelas partes. Só assim se explicará que se tenha mantido (art. 481.º-1) a proibição da substituição da testemunha a apresentar (parecer da Ordem, II. 50), a norma (art. 484.º) sobre a ordem de produção dos depoimentos das testemunhas (parecer da Ordem, II. 52), a proibição (art. 506.º-3) do adiamento da audiência de discussão e julgamento por acordo das partes (parecer da Ordem, I. 5).

e) Por seu lado, só a ideia, contrária à economia processual e à observação do estatuido em outros sistemas jurídicos, de que só em 1.ª instância podem ter lugar diligências probatórias não documentais, explicará que se tenham mantido normas como as dos arts. 293.º-2 (habilitação) ou 300.º-2 (falsidade), não obstante a manifesta conveniência da solução contrária (parecer da Ordem, II. 29).

f) Sugeriu a Ordem dos Advogados a supressão do incidente de falsidade, complexo, arcaico e insuficiente, por um meio simples e funcional pelo qual se pudessem fazer valer todas as excepções probatórias contra um documento e garantir a produção dos meios de prova da matéria alegada (parecer, I. 15 e II. 43). A sugestão não foi aceite, com fundamento designada-

mente na gravidade da acusação da falsidade e nas graves repercussões que ela pode ter fora da acção (Prof. Antunes Varela, *Do anteprojecto ao projecto do C.P.C.*, Rev. Leg. Jur., 122, pp. 295/296). Cremos que essa gravidade, que é real, tem a ver com a penalização da conduta do autor da falsidade e que, em sede puramente civil, apenas interessa verificar se a força probatória do documento se mantém ou não, de modo semelhante ao que acontece nos casos, distintos dos de falsidade e ignorados pela lei processual, em que é exceptcionada a genuinidade do documento (contrafacção de documento autêntico; sua proveniência de documentador incompetente ou impedido; assinatura de documento particular por quem não saiba ou não possa ler, mas não feita nem confirmada perante notário após a leitura do documento ao subscritor; assinatura de documento particular totalmente em branco e objecto de posterior subtracção: C.C., arts. 370.º-2, 369.º-1, 373.º-3, 378.º). Continuamos a pensar que o novo C.P.C. deveria aproveitar a ocasião para, em conformidade com a lei civil vigente desde 1967 e tendo em conta a proximidade de todos estes casos, criar um incidente único, muito simples, para fazer valer todas estas excepções (de genuinidade e de falsidade), em termos que garantissem o contraditório e a prova e que dispensassem a intervenção no processo de terceiros (os autores da falsidade de documento autêntico) cuja contribuição para o esclarecimento da verdade pode ser mais utilmente dada na qualidade de testemunhas a requisitar pelo tribunal. Entretanto, a disposição do art. 451.º (proporcionando o exame em documento particular, a requerimento da parte eventualmente posterior ao momento do requerimento das provas em geral), embora útil por estabelecer inequivocamente um importante prazo, não responde às críticas que a Ordem formulara, nem sequer no aspecto da prova (pense-se na falsidade ideológica), sendo restritivo relativamente ao art. 408.º do Anteprojecto, que abrangia igualmente os documentos autênticos.

h) Em sede de execução, continuou a não se repensar a tramitação do processo, por forma a garantir em curto prazo a efectivação do direito do exequente e assim afastar uma das razões fundamentais do descrédito que atingiu os tribunais portugueses.

Não só não se reviu o esquema geral do processo executivo e das suas fases, como se impunha (parecer da Ordem, I. 19 e II. 85), mas também se recusou considerar sugestões pontuais de aperfeiçoamento quanto ao conhecimento officioso da incompetência relativa (parecer, II. 7), à taxatividade, agravada com a supressão do agravo do despacho de citação (arts. 374.º-1, 618.º-1 e 640.º-1), dos fundamentos dos embargos de executado (parecer, II. 76), às dificuldades interpretativas de alguns preceitos (parecer, II. 77, 79, 89 e, em parte, 74) e à manifesta incorrecção terminológica de outros (parecer, II. 9), à vantagem de generalizar o âmbito de aplicação do art. 629.º-1 de acordo com os ensinamentos da doutrina (parecer, II. 73).

i) Em sede de recursos, ficaram por considerar as observações da Ordem quanto à ambiguidade do conceito de efeito suspensivo da apelação (parecer II. 60), à imprecisão da remissão, demasiado ampla, do art. 604.º-1-e (parecer II. 64) e à necessidade de clarificar, no art. 605.º, que a caducidade do direito ao recurso de revisão não ocorre antes de ser proferida sentença na acção declarativa que a deva preceder (parecer, II. 67; cf. Vaz Serra, *Sobre a impugnação da confissão, desistência e transacção*, R.L.J. 99/100, pp. 34/36, 49/52 e 66/67). Continua a parecer-nos que estas clarificações devem ser feitas.

j) Várias outras sugestões de clarificação ou de alteração formal do articulado feitas pela Ordem dos Advogados (parecer, II. 5, 36, 37, 38, 44, 48, 51), não tiveram seguimento (enquanto muitas outras, como se deixou dito, obtiveram satisfação). Não sendo as restantes importantes e aceitando-se que a Comissão Encarregada da Revisão do C.P.C. as tenha entendido supérfluas ou injustificadas, crê-se, porém, ser de insistir na última delas: o art. 481.º-2 deveria conceder expressamente o prazo geral de 7 dias para o requerimento de substituição de uma testemunha, que poderá parecer ter sido afastado pela expressão «logo que» utilizada. Quanto ao art. 557.º-2, cuja redacção aceitou a sugestão do parecer da Ordem (II. 59), receia-se que contenha ainda alguma ambiguidade quanto ao prazo para o requerimento de subida da apelação retida, tida em conta a actual redacção do

art. 735.º-2: querendo-se que o prazo conte inequivocamente a partir do trânsito em julgado, seria talvez preferível voltar plenamente à redacção actual ou dizer que «subirá esta caso o interessado o requeira depois de aquela decisão transitar em julgado».

l) Não obstante a melhoria do mecanismo da citação com hora certa, continua-se a ser de opinião que a redacção do art. 193.º deveria explicitar que esta só dependerá de o réu não ser encontrado no local de trabalho nem na residência quando ambos sejam conhecidos (parecer da Ordem, II. 22). Bastaria para tanto acrescentar a expressão «ou só nesta, quando aquele não for conhecido» e a ambiguidade desapareceria.

m) Continua-se também a pensar que o art. 197.º (citação de representante de pessoa colectiva ou sociedade) deveria mencionar a possibilidade do recurso à hora certa (parecer da Ordem, II. 23). Não a prevendo expressamente o n.º 2, poderá defender-se que ele remete apenas para o art. 192.º (citação *na pessoa* de representante ou de empregado) e não para o art. 193.º. Mas não se vê razão para que o representante da sociedade não possa, na sua residência ou na sede social, ser citado com hora certa, tanto mais que, mantendo-se a sede social e não se tendo ausentado da residência o representante, a citação edital é dificilmente aplicável ao caso.

n) Continua-se igualmente a pensar que o processo especial de posse ou entrega judicial (C.P.C., art. 1044.º) não deverá acompanhar a eliminação das acções possessórias (parecer da Ordem, II. 20), pois é um meio expedito de assegurar a posse do presumido proprietário. A sua suspensão só se compreenderá (e até se poderá aplaudir) se for criada uma providência cautelar equivalente, que, a exemplo do processo de apreensão de automóveis (D.L. 54/75 de 12/2, art. 15.º), não fique dependente do receio de lesão grave do direito de propriedade.

o) Continua, por fim, a Ordem: a reexar a prática da notificação por telefone (parecer, II. 19; art. 212.º-2); a entender que devia ser esclarecido que o requerente de uma providência caute-

lar que não passe pela audiência do requerido não pode renunciar à gravação dos depoimentos produzidos (parecer, I. 16; arts. 322.º, 276.º-2 e 445.º-2) e que, nas inquirições dos mesmos processos que passem a fazer-se perante o Colectivo (Lei 38/87, art. 79.º, *b*) deverá igualmente ser esclarecida a obrigatoriedade da gravação ou redução a escrito; a julgar dispensáveis certas intervenções judiciais que podem caber à secretaria, como é o caso da presidência da arrematação judicial (art. 725.º-1); a discordar da extensão à confissão do pedido do regime estatuído no art. 359.º-2 do C.C. para a confissão de factos (parecer, II. 26; art. 249.º-1); a pensar que todos os meios de prova indirecta constituenda deveriam ser invocáveis extraprocessalmente (parecer, II. 42; art. 415.º); a defender a criação de uma norma de competência internacional dos tribunais portugueses que cubra os litígios entre emigrantes portugueses com residência habitual no estrangeiro (parecer, I. 10).

II

O PROJECTO COMO SISTEMA PROCESSUAL GLOBAL

1. Desde a sua primeira codificação (1876), Portugal teve já mais dois códigos de processo civil: o de Alberto dos Reis (1939) e o de 1961. Se o Projecto ora apresentado for aprovado, teremos o nosso 4.º C.P.Civil.

Durante este espaço de tempo, a Alemanha continuou — e continua — a regular-se pela Z.P.O. de 1877, não obstante várias alterações nela introduzidas, designadamente pela Novela de 1933, pela reforma de 1950 e pela mais recente Novela para a Simplificação do Processo de 1976; a França regulou-se entre 1806 e 1975 por um C.P.C. de que ainda permanece em vigor cerca de metade do articulado, ao lado de um novo C.P.C. que veio substituir a outra metade na sequência da publicação, desde 1971, de sucessivos diplomas intercalares e que, na sua fase actual, foi completado em 1981, aguardando ainda a substituição do resto do C.P.C. de 1806; a Itália continua a reger-se pelo C.P.C. de 1942, que veio substituir o C.P.C. de 1865; em Espanha vigora ainda a

L.E.C. de 1881, não obstante a sua parcial actualização em 1984; na Áustria continua a vigorar a Z.P.O. de 1895.

Pegando nas palavras do Presidente da Comissão Encarregada de Proceder à Revisão do C.P.C., em defesa perante os que apontavam ao Anteprojecto um excessivo conservadorismo, «não é puramente fortuita esta tendência conservadora revelada pela legislação processual civil» (R.L.J., 122, p. 129). Ela entronca na tendência para a estabilidade que é inerente a qualquer codificação, nas perturbações que uma nova sistematização sempre introduz no campo da interpretação do direito, no grave inconveniente de se optar por um novo código a título experimental, condenando-o a revisões a curto prazo que, se abarcarem áreas importantes do diploma, em breve levarão à necessidade de um novo diploma global.

Mas, por outro lado, uma nova codificação impõe-se, ainda que após prévias alterações intercalares sucessivas (estas, sim, passíveis de alterações a curto prazo, decorrentes do seu confronto com as realidades da aplicação prática), quando, em resultado da evolução geral da sociedade em que se insere, os princípios e soluções fundamentais da antiga codificação se mostram ultrapassados e carecidos de substituição por um novo sistema.

2. Não foi este o caso do C.P.C. de 1961, que não passou de uma revisão do C.P.C. de 1939, mas que também não ousou alterar-lhe a sistematização, limitando-se, não obstante as alterações na numeração do articulado, a fazer actualizações meramente pontuais. Mas já o diploma de Alberto dos Reis representou uma reformulação importante dos princípios e normas do velho Código de 1876 (ainda grandemente inserto na linha das Ordenações), repensadas à luz da intensa elaboração da doutrina italiana da época, *maxime* de Chiovenda e de Carnelutti, sistematicamente corrigida pela opção, determinada e rígida, por um sistema de *ficta confessio* ⁽¹⁾.

(1) Data de 1807, com a criação do processo sumário, a figura do processo cominatório pleno. Mas a reforma do C. P. C. de 1876 processou-se, fundamentalmente, a partir de 1926, embora só em 1939 tenha dado lugar a uma nova sistematização.

Contrariando a solução de *ficta litiscontestatio* vigente nos sistemas jurídicos latinos, incluindo o Portugal de então (com a relativamente recente excepção do processo sumário), o C.P.C. de 1939, não obstante ainda eivado de uma concepção liberal do processo (como coisa das partes) e influenciado pelo princípio da oralidade (energicamente defendido por Klein e Chiovenda), enveredou pelo caminho de aproximar da confissão o silêncio da parte perante a alegação adversária. Enquanto em França ou em Itália ainda hoje, no caso de falta de contestação, o autor tem, em princípio, que provar a realidade dos factos que alega, tidos por contestados, entre nós a omissão, quando não tem efeito cominatório pleno, é dotada de um valor probatório ainda superior ao da própria confissão (expressa), na medida em que é praticamente negada a possibilidade da sua impugnação. Trata-se de uma cominação que só encontra paralelo no sistema jurídico anglo-saxónico, onde, porém, é largamente temperada pela figura do interrogatório livre da parte (além de a sentença aí proferida à revelia poder ser objecto de revisão, sempre que haja fundada dúvida sobre a voluntariedade da revelia). No próprio sistema alemão, tido como paradigma da sobrevivência de um sistema de *ficta confessio*, da não impugnação resulta uma prova que é por natureza provisória, visto que o réu pode ainda vir a impugnar o facto alegado até ao termo da audiência de discussão e julgamento, assim como pode, quando revel, opor-se à sentença que venha a ser proferida e exigir um julgamento em contraditório.

Esta opção fundamental do legislador de 1939 conjuga-se com uma visão do processo, ainda derivada do direito medieval, como uma sequência de fases estanques insusceptíveis de repetição e gerando, em função dos actos que nelas tenham sido praticados ou omitidos, situações irremovíveis ⁽²⁾. Assim, por um lado, a

⁽²⁾ O processo assim concebido é dominado pelo princípio da eventualidade, ao qual se opõe o princípio da unidade, há muito predominantemente vigente nos sistemas jurídicos actuais, entre os quais o alemão (Siegert, *Die Prozesshandlungen, ihr Widerwurf und ihre Nachholung*, Berlin 1929, ps. 100-112; Arens, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess*, Berlin 1968, ps. 42-43). Sobre a conjugação de ambas as ideias (fase estanque e situação irremovível): já Wetzell, *System*, Leipzig 1861, p. 106, e Pollak, *Gerichtliches Geständnis im Zivilprozess*, Berlin 1893, ps. 60-62.

cominação consistente na produção de prova pleníssima estende-se, através da vertente do ónus da impugnação especificada, da contestação à réplica e à tréplica e encontra paralelo na rigidez dos prazos peremptórios, improrrogáveis e geradores de graves preclusões; por outro lado, o processo em 1.ª instância é cindido em duas grandes fases, que o cortam ao meio no momento da fixação da especificação e do questionário, peças estas proporcionadas pelos ónus da revelia e da impugnação especificada e impostas pela exigência de saneamento do processo de questões já resolvidas ou supérfluas (daí também a necessidade de subida imediata do recurso do despacho que indefira as reclamações contra elas deduzidas).

O sistema é extremamente rígido (não há outro assim em toda a Europa), mas lógico e coerente. Na sua base, afirma-se o princípio dispositivo (o valor da omissão da parte é retirável duma ficção de disposição ou reconhecimento⁽³⁾) ou, pelo menos, configurável como cominação pela inobservância de um ónus ligado ao princípio dispositivo⁽⁴⁾); mas o rigor das soluções, não compatibilizado com a ilisão duma presunção de vontade nem com a demonstração de uma realidade contrária, joga antes com concepções autoritárias do processo pouco preocupadas com a prossecução da verdade material (e, noutro plano, explicativas da minúcia com que são reguladas por lei as formas, meios e actos processuais). O resultado está hoje à vista: Portugal detém, na Europa, o *record* numérico de causas judiciais resolvidas por aplicação de normas processuais, numa perversa subversão da instrumentalidade do processo em face do direito substantivo.

⁽³⁾ Vejam-se Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, ps. 84 e 134, Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld 1974, p. 196, Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976, ou Gianozzi, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1963, ps. 166-169.

⁽⁴⁾ Sobre a derivação dos ónus da revelia e da impugnação especificada do princípio dispositivo: Reimer Schmidt, *Die Obliegenheit*, Karlsruhe, 1953, p. 90; Zettel, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlin 1977, ps. 30-31; Liebman, *Manuale*, Milano 1984, II, ps. 83-84.

3. Neste sistema processual vigente desde 1939 deu o Diploma Intercalar de 1985 uma primeira machadada ao suprimir o recurso autónomo do despacho sobre as reclamações contra a especificação e o questionário, permitindo questionar se, depois dele, a especificação continuou a fazer, como até então predominantemente se entendia, caso julgado (positivo) quanto aos factos nela incluídos.

Por seu lado, o Anteprojecto propôs-se suprimir a cominação plena no processo sumário e em vários processos especiais; e o Projecto propõe-se, além disso, suprimir a elaboração da especificação e do questionário após os articulados (mas substituindo o segundo por uma peça-surpresa trazida ao julgamento no bolso do juiz presidente), continuar a eliminar cominações plenas intocadas pelo Anteprojecto (art. 322.º do Anteprojecto e art. 390.º do C.P.C. para os alimentos provisórios; art. 347.º-1 do Anteprojecto e art. 397.º-2 do C.P.C. para a suspensão de deliberações sociais; art. 834.º-1 para o reforço ou substituição de caução), suprimir a cominação semi-plena quando o réu não tenha sido regularmente citado, embora tenha juntado procuração a mandatário judicial (art. 383.º-1) e introduzir a possibilidade da consideração de factos essenciais que por lapso manifesto não tenham sido alegados pelo titular do respectivo ónus (art. 9.º-2).

A ocasião parece propícia a um debate sobre as vantagens e os inconvenientes, ponderados os fins do processo civil e a efectiva garantia do direito das partes a um julgamento justo e equitativo (consignada em convenções internacionais recebidas pelo Estado Português), de manter o sistema de ónus e preclusões vigente desde 1939, apesar de iniciado o desmantelamento da construção de fases processuais estanques, ou, ao invés, optar por uma reformulação total do sistema no sentido de garantir uma maior aproximação entre o direito processual e as normas de direito substantivo cuja sanção o primeiro tem por função concretizar.

4. A Ordem, enquanto representante de advogados que têm por missão coadjuvar na realização concreta do direito substantivo e não litigar pela sua supressão na prática judiciária,

pronuncia-se claramente pela segunda via e entende, designadamente, que:

a) À rigidez das cominações pela inobservância dos ónus da contestação e da impugnação especificada há que substituir um sistema que, sem prejuízo de colocar o réu perante a necessidade de tomar posição sobre os factos que contra ele são alegados e de estatuir o valor probatório, livremente valorável, do comportamento das partes ao longo do processo, permita que aquela tomada de posição possa vir a ser tomada em momento posterior ao da apresentação normal da contestação, pelo menos quando tal se possa, sem rigidez, justificar (fazendo-se a alteração paralela do regime dos outros articulados);

b) O prazo para o requerimento de prova deve ser maleabilizado no sentido de se consentir a oferta de novos meios probatórios em momento ulterior ao normal, sempre que tal não contenda com o prosseguimento ulterior do processo. Designadamente, deverão poder-se oferecer testemunhas até ao momento previsto no art. 498.º-3 para a indicação de perito para coadjuvar o advogado (7 dias antes da audiência final — da primeira ou da nova audiência designada);

c) Uma testemunha oferecida deve poder ser ouvida, a instâncias da parte contrária, sobre factos aos quais não tenha sido ouvida por quem a ofereceu, assim se alterando o art. 488.º-2;

d) O depoimento de parte, relativamente ao qual se propõe já o passo importante da inquirição por iniciativa oficiosa (art. 435.º), deve, não só visar a obtenção da confissão, mas também poder ser livremente valorado pelo juiz, embora apenas, na parte em que é favorável ao depoente, em complemento de outras provas, não se justificando outrossim a restrição do seu objecto aos factos pessoais ou de que o depoente deva ter conhecimento (art. 437.º-1), apenas enquadrável no sistema tradicional, desaparecido em 1966, da «ficta confessio» do depoente de parte;

e) Dever-se-á admitir que a segunda perícia possa ter por objecto, além dos factos que tenham constituído objecto da pri-

meira (art. 461.º-2), outros que constituam objecto da causa, pelo menos desde que se trate de factos complementares dos primeiros;

f) Duma maneira geral, o direito probatório formal deverá aproximar-se decididamente da finalidade da prossecução da verdade material, sendo desvinculado de limitações decorrentes de um entendimento estrito do princípio dispositivo e da rigidez dos prazos peremptórios;

g) Deve ser admitida a prorrogação dos prazos peremptórios por acordo das partes ou, sem ofensa do princípio da igualdade de armas, quando uma parte justificadamente o requeira. Note-se que este regime vigora no sistema alemão (Z.P.O., § 224).

5. Entendemos, porém, que estas e outras alterações, tendentes à substituição de normas hoje integradas num sistema global posto em questão, devem, pela sua importância, ser objecto de cuidadosa reflexão e quiçá começar por ser objecto de diplomas intercalares em que sejam vertidas as melhores soluções até hoje propostas e que funcionem como preparatórias da elaboração de um Código de Processo Civil que vá mais além do que o actualmente em discussão.

Se, porém, se persistir na ideia da imediata publicação do novo C.P.C., tal não deverá ser feito sem a ponderação global do sistema que, em traços muito gerais, se deixa proposta.

6. Com ou sem estas alterações, outras se impõem em nome dos princípios gerais do processo civil. Serão, sucessivamente, consideradas áreas de aplicação do princípio dispositivo (e do oposto princípio inquisitório), do princípio do contraditório, do princípio da igualdade das partes e da articulação entre poderes e deveres do juiz.

7.1. Por razões de economia inerentes à presente apreciação e sem pretensão de rigor, consideramos o princípio dispositivo num sentido amplo que abrange, não só a conformação do objecto fáctico do processo (causa de pedir e excepções), a que se refere o art. 9.º, mas também a formulação do pedido dirigido ao tri-

bunal, a necessidade de impulso processual, o contributo das partes para a determinação das formas processuais e uma certa disponibilidade da prova.

7.2. De acordo com o art. 9.º-2, passarão a poder ser considerados factos essenciais à procedência da pretensão formulada pelo autor, ou da excepção ou reconvenção deduzida pelo réu, que só por manifesto lapso a parte interessada não tenha alegado, desde que seja facultada à contraparte a produção de contraprova ou de prova do contrário (nos termos do art. 502.º-3, que prevê, sendo necessário, a suspensão da audiência. Com uma incorrecção: a audiência deverá ser suspensa, não só quando a qualquer das partes só for possível requerer prova nos 7 dias subsequentes, mas também quando, embora requerida, a prova não possa ser logo produzida, como acontecerá se houver testemunhas não presentes a inquirir).

A norma, que não suscita as objecções levantadas ao art. 8.º-2 do Anteprojecto, deveria ser completada, mesmo que o Projecto não seja revisto no sentido supra preconizado, com a expressa consagração da faculdade de a parte a quem aproveitam alegar supervenientemente os factos que completam a causa de pedir, requerendo logo ou em 7 dias as respectivas provas, se já tiver passado o momento processual de o fazer. Esta faculdade dir-se-ia facilmente admitida por maioria de razão, se não fosse a alteração da redacção do art. 402.º-1 (articulados supervenientes), que, em vez de, como hoje, admitir a alegação de «factos constitutivos (e impeditivos), modificativos ou extintos do direito», passará a referir-se aos «factos que interessem à decisão da causa». Englobando assim os factos que, nos termos do art. 9.º-2, completem a causa de pedir ou as excepções (sob pena de desigualdade entre as partes, os factos essenciais à procedência da pretensão não poderão integrar — não obstante a amplitude da redacção do artigo, que seria de rectificar — uma nova causa de pedir, mas apenas completar a causa de pedir invocada, tal como completam a excepção deduzida), não faz sentido que essa alegação esteja sujeita, como a dos factos a que se refere o art. 506.º-1 do C.P.C., ao prazo de 7 dias do n.º 3 do art. 402.º

— o que, por sua vez, implicará o retorno do n.º 1 à actual redacção (limitativa) do C.P.C..

Mas afigura-se solução preferível a de libertar toda a alegação em articulado superveniente do prazo de 7 dias, equiparando assim o regime da alegação dos factos supervenientes e o da dos factos não supervenientes que completem a causa de pedir (da pretensão ou da reconvenção) ou uma excepção.

De qualquer modo, o art. 9.º-2 representa uma importante limitação do princípio dispositivo, no aspecto precisamente em que ele vigora praticamente sem excepções no domínio do processo civil contencioso dos sistemas jurídicos ocidentais: o do monopólio das partes na alegação dos factos da causa (5). Não seria preferível, a exemplo do que se faz em direito alemão (Z.P.O., § 139), que o juiz se limitasse a sugerir à parte a alegação do facto em falta, continuando a caber à parte alegá-lo? Só uma concepção rígida da preclusão processual poderá levar a optar por uma solução paternalista que, embora em benefício da parte, substitua a esta o juiz, em zona que talvez devesse continuar reservada à iniciativa da própria parte, embora provocada pelo juiz, de acordo com um princípio de sã colaboração.

7.3. O art. 9.º-3 corresponde ao actual art. 665.º, mas, para além do fim ilícito prosseguido por ambas as partes, pretende obstar à prossecução do fim ilícito prosseguido por uma delas. Em compensação, restringe a iniciativa judicial aos casos em que esteja em causa um interesse geral.

A doutrina que se tem ocupado da simulação e da fraude processuais sempre tem entendido que qualquer destas figuras tem na sua base o *acordo das partes* para a criação de uma mera aparência de litígio, na realidade inexistente, seja passando, como normalmente acontece, pela alegação, não contraditada ou apenas ficticiamente contraditada, duma versão fáctica não corres-

(5) Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, p. 356; Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden 1967.

pondente à realidade ⁽⁶⁾, seja resultando dum desvio introduzido na parte volitiva da pretensão ⁽⁷⁾. O art. 665.º do C.P.C. abrange assim os casos em que, havendo acordo das partes para a criação da aparência de um litígio inexistente, o efeito da sentença apenas é querido perante terceiros (simulação) e aqueles em que, sendo também querido nas relações entre as partes, entre si igualmente conluiadas na simulação do litígio, com ele se lesa um interesse de terceiro (fraude a uma lei predisposta para a salvaguarda de interesses particulares) ou se viola uma lei imperativa predisposta no interesse geral (fraude à lei); e o seu âmbito e o do art. 778.º-1 do C.P.C. só não coincidem inteiramente na medida em que o último dos três casos não pode dar lugar ao recurso de oposição de terceiro. O requisito do acordo prévio entre as partes, entre si conluiadas, distingue a simulação e a fraude da má fé processual, ainda que nesta incorra cada uma das partes (art. 456.º-2 do C.P.C.: «diz-se litigante de má fé (...) o que tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal»).

O Projecto vem, por um lado, excluir da iniciativa judicial os casos de simulação e de fraude a uma lei predisposta para a salvaguarda de interesses particulares, que remete para a exclusiva iniciativa do terceiro dolosamente prejudicado (art. 612.º), e vem, por outro lado, dar o tratamento da fraude à lei à má fé processual (unilateral ou bilateral) consistente na intenção de usar o processo para um fim ilícito.

A primeira alteração resulta de um entendimento rigoroso do princípio dispositivo (limitação do juiz pelos factos alegados

⁽⁶⁾ A que alguns reduzem as duas figuras: Calvosa, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo*, «Rivista di diritto processuale», 1949, II, ps. 70 e 97-99; Monaciani, *Il problema del processo simulato*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1956, ps. 837-838; Costede, *Scheinprozesse*, Göttingen, 1968, p. 61.

⁽⁷⁾ Walter Zeiss, *Die arglistige Prozesspartei*, Berlin 1967, p. 47: há *Scheinprozess* quando o litígio é apenas aparente, como acontece quando o réu já há muito confessou a pretensão ou quando o autor não a quer realizar. Pense-se na hipótese de as partes acordarem que o efeito que o autor declara pretender numa acção constitutiva (por exemplo, de execução específica) não deverá valer entre elas, embora a fundamentação fáctica do pedido corresponda à realidade.

na causa, mesmo em matéria, como a simulação, em que a questão de direito é de conhecimento oficioso: C.C., arts. 240.º-2 e 286.º), que, porém, não deixa de ser afastado nos casos de fraude à lei (cf. também o art. 49.º-2, conjugado com o art. 50.º-1, em sede de incompetência relativa). A lei vigente limita a intervenção judicial aos casos em que, sem indagação oficiosa de factos, o comportamento *das partes* ou outras circunstâncias *do processo* produzam, por si, uma convicção segura sobre a simulação ou a fraude e é de questionar se, sendo esta assim manifesta, não seria de manter a possibilidade de anulação oficiosa do processo, dado que de outro modo as partes poderão, através dele, realizar designadamente um negócio jurídico simulado e conseguir a cobertura do caso julgado para uma actuação autónoma que o direito privado não reconhece, levando assim o escrupuloso respeito pelo princípio dispositivo à produção de efeitos negados em sede negocial.

A segunda alteração, ao invés, alarga injustificadamente o âmbito da intervenção do tribunal. Em direito privado, quando o fim ilícito não é comum a ambas as partes de um negócio bilateral, a ilicitude do fim prosseguido por uma delas não obsta à validade do negócio (C.C., art. 281.º), sem prejuízo de relevar, por si, nos negócios jurídicos unilaterais (Castro Mendes, *Teoria geral do direito civil*, Lisboa 1979, III, ps. 272-273). Ora, abstractando do polo constituído pelo tribunal, a relação processual constitui-se bilateralmente com a citação do réu (arts. 222.º-2 e 376.º-1-b), o que permite, a partir desse momento, invocar uma certa analogia entre o regime da fraude processual e o da fraude à lei nos negócios bilaterais. A intenção *unilateral* de desviar o processo do seu fim normal deve continuar a ser sancionada com multa e indemnização por litigância de má fé (como, aliás, preceita o art. 1076.º-2, que, repescado do art. 456.º-2 do C.P.C. pelo Projecto, pois não constava do Anteprojecto, não é coincidente com o art. 5.º-1), mas não deverá dar lugar a actuações com incidência na solução do litígio (considerado até o interesse que possa ter a parte contrária numa decisão definitiva). Por outro lado, os limites da previsão da iniciativa judicial não se podem dizer muito claros, o que pode levar a entendimentos violadores, esses sim, do princípio dispositivo: aplicar-se-á o art. 9.º-3

apenas quando uma das partes unilateralmente pretende, com base numa versão verdadeira dos factos, atingir um fim não declarado e contrário à lei (único caso excluído do art. 5.º-1 e do art. 368.º-1-*d*, cuja configuração prática é, pelo menos, extremamente difícil e que se virá porventura a confundir com o abuso de direito)? ou aplicar-se-á também quando é apresentada uma versão falsa dos factos (o que levará a perigosas incursões da iniciativa judicial num campo que sempre tem sido reservado às partes, tornando mais consistente a disposição do art. 9.º-3, mas subvertendo princípios processuais há muito adquiridos)?

7.4. A preocupação pelo respeito do princípio dispositivo, no aspecto da iniciativa do pedido dirigido ao tribunal, levou à reformulação do incidente do chamamento à demanda num sentido que nos parece criticável.

No C.P.C., o chamamento à demanda visa colocar ao lado do primitivo réu terceiros contra quem a acção de condenação não foi proposta, mas que com ele são igualmente devedores (art. 330.º, als. *b*, *c* e *d*) ou que são os principais devedores da prestação garantida pelo réu (al. *a*); embora o autor contra eles não formule qualquer pedido, esses terceiros passam, uma vez citados, a ser réus na acção e serão, como tais, considerados ou absolvidos *perante o autor* (arts. 332.º-3 e 333.º).

Diversamente, o chamamento à autoria visa tão só dispensar o réu da prova de diligência processual, que, de outro modo, lhe compete, em futura acção de regresso contra o chamado (C.P.C., art. 325.º).

O Anteprojecto, ao integrar o chamamento à autoria no chamamento à demanda, sujeitou em ambos os casos os chamados a serem condenados na acção (arts. 252.º-3 e 253.º-2), tendo incorrido, pela sua imprecisão, em críticas constantes do anterior parecer da Ordem (I, 14).

Perante essas críticas, a opção do Projecto clarificou-se. O chamamento à demanda destina-se, não a fazer participar nesta o chamado, mas a debater sequelas da demanda, pelo que o chamado é condenado ou absolvido perante o autor do chamamento, quando seja este o fim da intervenção, de acordo com o requerimento do réu (Prof. Antunes Varela, *R.L.J.*, 122, p. 232). Assim

se explica que o art. 264.º-1, a) preveja o chamamento de outros devedores solidários «com vista ao seu (do réu) direito de regresso», que o art. 264.º-2 exija do réu a indicação do fim da intervenção e que o art. 267.º, não obstante a sua redacção algo confusa, disponha, no n.º 2, que o chamado que não conteste será condenado «nos termos requeridos pelo autor do chamamento, se a acção vier a proceder» e, no n.º 3, que o chamado que conteste será condenado ou não «consoante o mérito da pretensão formulada pelo autor do chamamento» (menos claro é o n.º 1 quando admite que o chamado se defenda «contra a pretensão do autor»). Assim, dir-se-á que se propõe que, em vez da integração do actual chamamento à autoria no chamamento à demanda, tenha lugar a aproximação do chamamento à demanda da actual função do chamamento à autoria.

À primeira vista, esta aproximação gerará, sem dificuldade de maior, uma assimilação nos casos de obrigação solidária e de pluralidade de fiadores (este tida em conta a parte aplicável do art. 650.º do C.C.). Mas já nos casos em que o fiador chame o devedor e em que o réu que haja contraído a dívida chame o seu cônjuge, as finalidades do chamamento compadecem-se mal com uma definição dos deveres do chamado apenas perante o autor do chamamento.

No primeiro caso, é o próprio art. 641.º-1 do C.C., para o qual expressamente remete o art. 264.º-1-c) do Projecto, pelo que não o quer revogar, a imputar ao chamamento a finalidade da condenação ou absolvição *conjuntas* de devedor e fiador — e não apenas a do afastamento da renúncia ao benefício de excussão prévia, que aliás igualmente pode ser afastada mediante a declaração expressa do fiador de que a ele não renuncia e que não tem cabimento quando o fiador é principal pagador.

No segundo caso, tendo o credor que contratou com um só cônjuge, tal como o fiador e por manifestas razões de facilitação dos negócios jurídicos, a faculdade de demandar apenas esse cônjuge ou ambos (art. 81.º), a única finalidade possível do chamamento à demanda é, não a de inutilizar a sentença a obter como título exequível, mas a de lograr a condenação de ambos os cônjuges perante o credor.

E, sendo assim, verifica-se que também nos casos de obrigação solidária e de pluralidade de fiadores a solução mais conveniente para o réu que provoca o chamamento é a da condenação do chamado a pagar ao autor, sem prejuízo de o chamamento ter também reflexos na eventual acção de regresso posterior. É que, se apenas o réu primitivo for condenado, o autor, que apenas contra ele terá título executivo, só a ele poderá demandar ulteriormente na execução; mas se o chamado for também condenado a pagar ao autor, já este poderá na execução conseguir o pagamento de qualquer deles, podendo assim o primitivo réu não ter que desembolsar, embora com direito de regresso, a totalidade da quantia em dívida.

O regime do chamamento à demanda no actual C.P.C., abarcando os casos das alíneas *a*) a *d*) do art. 264.º-1 do Projecto, parece, pois, que se deveria manter, proporcionando, na acção declarativa, a condenação do chamado perante o autor da acção. A consideração dos interesses do réu justificará esta adaptação (que não supressão) do princípio dispositivo.

Note-se, aliás, que esta consequência (a condenação de uma pessoa a satisfazer uma prestação ao credor, embora este não a tenha demandado) não é tão estranha ao nosso sistema jurídico-processual que deva, em nome do princípio dispositivo, ser, sem mais, afastada (sem, pelo menos, que outras normas legais sejam igualmente revistas). Assim é que vemos no Projecto que o interveniente principal que assuma a posição de réu, por sua iniciativa ou do réu primitivo, será, se perder a acção, condenado, sem que o autor tenha pedido a sua condenação (arts. 254.º-2 e 258.º); e que o obrigado a prestar contas que espontaneamente as preste é condenado a pagar o saldo que apresente, se o credor, citado, nada disser (arts. 817.º, 815.º-3 e 383.º).

Mas o Projecto propõe-se admitir igualmente o chamamento à demanda nos embargos à execução (art. 265.º-1), em casos que pensamos (mas conviria explicitá-lo) circunscreverem-se à execução de título extrajudicial (devendo, caso contrário, o chamamento ter lugar na acção declarativa prévia). Não tendo então aplicação directa os n.ºs 2 e 3 do art. 267.º, a finalidade do chamamento só pode ser uma de três: proporcionar a execução do chamado ao lado do executado, a fim de os seus bens também poderão

ser penhorados (nos casos de obrigação solidária ou de pluralidade de fiadores) ou poderem ser penhorados antes dos do primitivo executado (no caso do fiador), ou a fim de serem penhorados em primeiro lugar bens comuns (no caso dos cônjuges); facultar ao executado o exercício do direito de regresso na própria execução, nesta cumulando o pedido executivo inicial com o pedido (também executivo) do executado contra o chamado; definir direitos perante o chamado, com vista à extinção da execução (nos casos do cônjuge e do fiador) ou ao ulterior exercício do direito de regresso (nos restantes casos). A prossecução desta última finalidade, que não deixaria, nos casos de direito de regresso, de obrigar a repensar a função e os efeitos dos embargos de executado, não encontraria, porém, justificação no caso do fiador e dos cônjuges, em que resultado *prático* semelhante à extinção da execução (mas não conforme, no segundo caso, com a finalidade de ataque à penhora, apenas se e enquanto houver bens comuns a penhorar) se consegue, respectivamente, mediante a invocação do benefício da excussão prévia (art. 656.º-1) ou a dedução de embargos de terceiro preventivos pelo executado (arts. 875.º-2 e 880.º-1). A segunda finalidade seria a mais conforme com a ideia de que o chamado não tem que responder perante o credor, que não o demandou, mas só perante o devedor, que o chamou; mas, além de não ter aplicação nos casos do fiador e dos cônjuges, em que o chamamento ficaria por explicar, dificilmente se conformaria com o esquema do processo executivo (e exigiria normas específicas que o previssem) esse excerto de uma segunda execução, a correr entre outras pessoas jurídicas, na execução primitiva. Quanto à prossecução da primeira finalidade, embora represente a atribuição duma nova função aos embargos de executado⁽⁸⁾, ela é de apoiar em nome da economia processual; mas, mais uma vez, temos aí que o efeito jurí-

(8) Lebre de Freitas, *Direito Processual Civil II*, Lisboa 1980, p. 143. A solução já conheceu, porém, consagração legal quanto ao fiador (C. P. C. de 1961, art. 330.º-2). Só se compatibilizaria com o actual elenco dos títulos executivos se fosse restringida aos casos em que já há título executivo (extrajudicial) contra o chamado; mas seria então de rara utilidade, designadamente no caso dos cônjuges.

dico do chamamento se produz no âmbito da relação jurídica entre o credor e o chamado.

Resta, porém, o caso da alínea *e*) do art. 264.º-1. Sem utilidade na acção executiva (só a poderia ter no âmbito da primeira das três finalidades do chamamento que referimos), seria conforme com a economia processual que, aí sim, se estatuisse que na acção de condenação o chamado pudesse desde logo ser condenado a pagar, em regresso, ao autor do chamamento; e do mesmo modo deveria ser expresso que, nos outros casos de possível direito de regresso, a existência deste ficará assente, dada a intervenção ou citação de todos os interessados.

7.5. Preocupação de algum modo semelhante pela consagração, no seu máximo rigor, do princípio dispositivo na formulação do pedido parece revelar a solução de não estender o caso julgado ao possuidor em nome próprio ou ao comitente de ofensa contra direito real chamado a intervir nos termos do art. 106.º-2, bem como, fora dos casos de litisconsórcio necessário, a todo e qualquer terceiro chamado à intervenção principal nos termos do art. 257.º, quando um ou o outro não intervenha na causa.

A primeira solução decorria já do Anteprojecto e foi criticada pela Ordem no seu parecer (II, 14); a segunda foi introduzida no Projecto e parece não ter sido querida pelo Prof. Antunes Varela, pelo menos à data do escrito já várias vezes referido (*R.L.J.*, 122, p. 258, nota 2).

Julgamos, em nome da economia processual, que a formação de caso julgado em face do não interveniente, hoje consagrada no C.P.C., se justifica, uma vez assegurado, como se encontra no Projecto (art. 257.º-3), o direito de resposta do chamado.

Em primeiro lugar, nos casos em que tenha sido o autor a requerer o chamamento de terceiro para ocupar a posição de réu, qualquer argumento fundado no princípio dispositivo cai pela base, pois não é a circunstância de a acção não ter sido inicialmente proposta contra o terceiro que destrói a efectiva disposição da pretensão, pelo autor, ao requerer o chamamento.

Em segundo lugar, quando é o réu a requerer o chamamento, o efeito de caso julgado produz-se se a situação for de litisconsórcio necessário (art. 258.º), não obstante o autor não mani-

feste a vontade de que o chamado, se o for como réu, seja condenado.

Em terceiro lugar, quando o terceiro é chamado para ocupar a posição de autor, como litisconsorte voluntário (em cujo conceito cabem os exemplos de relações concorrentes fornecidos pelo Prof. Antunes Varela no seu referido escrito: *R.L.J.*, 122, p. 258), o problema da disponibilidade da pretensão põe-se quanto a ele e não quanto ao autor, sendo igualmente atendível o interesse de quem o chama (autor ou réu) em obter a definição judicial da relação jurídica substantiva perante todos os interessados, em paralelismo, aliás, com o disposto em sede de oposição (art. 273.º-3), que no Projecto se apresenta em flagrante contraste com o proposto em sede de intervenção principal.

Por último, quando o terceiro intervém no processo sem que o autor tenha requerido o chamamento (seja por iniciativa própria, seja sob chamamento do réu), o efeito de caso julgado produz-se, aliás, como consequência natural da constituição do chamado em parte processual (art. 254.º).

Sendo que não se trata de estender a terceiros a eficácia do caso julgado, mas de sujeitar à eficácia da sentença terceiros chamados a tomar a posição de parte principal, não se vê que esse efeito deva ser suprimido, ainda que para tanto se aperfeiçoe o articulado no sentido de o chamado se ter por constituído como parte a partir da citação. De outro modo, não se vê grande utilidade na consagração da possibilidade de chamar terceiros a intervir em litisconsórcio com o réu, visto que a sua reacção natural será, evidentemente, a de não intervir.

Outra deve ser a solução no caso da intervenção acessória, em que o disposto no art. 263.º está certo.

7.6. Segundo o art. 318.º-3, «o tribunal não está adstrito à qualificação da providência feita pelo requerente». Tal como está, o preceito é inútil, pois resulta já do art. 8.º-1 (e do art. 368.º-3, na medida em que diferentes qualificações se traduzam em diferentes formas de procedimento cautelar).

Coisa diferente se propunha no art. 307.º-3 do Anteprojecto: «na determinação da providência adequada não está o tribunal adstrito à indicação feita pelo requerente». E esta norma já tinha manifesta utilidade.

A alteração é justificada com o respeito pelo princípio dispositivo (*R.L.J.*, 122, p. 357).

Violação indiscutível do princípio dispositivo verificar-se-ia se se permitisse ao tribunal ordenar uma providência cautelar quando nenhuma lhe tivesse sido requerida ou quando o conteúdo do direito a acautelar pudesse não coincidir no requerimento e na decisão. Essa violação seria, no campo de aplicação de direito disponível, uma clara manifestação do princípio da oficialidade, como tal inadmissível ⁽⁹⁾.

Mas, uma vez manifestada pelo requerente a vontade de acautelar determinado direito, não repugna aceitar que o juiz possa decretar a providência mais adequada, se a que foi requerida não se adequar ao caso concreto e desde que a providência ordenada se contenha nos limites do objecto da acção principal e não for incompatível com a vontade manifestada no procedimento.

Uma certa margem de manobra na escolha da providência cautelar existe em direito alemão, onde o § 938 I da Z.P.O. estatui que o juiz determinará, segundo o seu prudente arbítrio, as providências necessárias ao fim pretendido, embora se entenda que as providências ordenadas devem estar em conformidade com o requerido (*Jauernig, Zwangsvollstreckungs-und Konkursrecht, München 1990, p. 162*).

A nosso ver, o princípio dispositivo pode, nesta sede de providências provisórias contidas no âmbito das providências definitivas pretendidas, ser, sem grande rotura, maleabilizado.

Note-se, aliás, que, embora já no campo das providências definitivas, essa é a perspectiva do art. 517.º-3 (conforme com a do art. 307.º-3 do Anteprojecto), ao admitir que o juiz, na sentença de acção possessória, se desvincule do pedido (de manutenção ou de restituição) formulado para atender à situação realmente verificada.

⁽⁹⁾ O princípio da oficialidade, que não se confunde com o princípio inquisitório, domina alguns processos em que prevalece o interesse público, mas não tem expressão naqueles em que se controvertem relações jurídicas disponíveis (*Jauernig, Zivilprozessrecht, München 1988, ps. 71 e 73; Schmitt-Gläser, Verwaltungsprozessrecht, Stuttgart, 1987*).

7.7. No campo do impulso processual, não deverá ser exagerado o papel que o autor deverá desempenhar no prosseguimento do processo. Ao autor cabe a iniciativa processual (art. 3.º), mas, uma vez que a tenha, só lhe caberá assegurar a prossecução dos actos que, na distribuição de incumbências entre os juízes e as partes, a ele caiba realizar.

No art. 264.º-1 do C.P.C. ainda se fala de «iniciativa e impulso»; mas no Projecto o impulso (epígrafe do art. 3.º) é reduzido à iniciativa do pedido de resolução do conflito de interesses, o que explicita uma concepção estrita do princípio que não se compadece com o entendimento jurisprudencial corrente de que ao autor (e só a ele) cabe resolver todos os vários problemas que possam surgir ao longo da tramitação do processo.

Assim, percebe-se mal que, não cabendo ao autor efectuar a citação do réu, dele fiquem dependendo as diligências para o efeito quando é notificado de dificuldades surgidas (arts. 190.º, 195.º-2, 196.º, 197.º-4; *supra*, I, 4, *c-E*) ou quando há que proceder à citação edital (publicação de anúncios — *supra*, I, 4, *c-F* — e indagação sobre a última residência do réu no país — art. 199.º-4 — quando lhe pode ser difícil ou impossível conhecê-la e o tribunal tem ao seu alcance meios mais eficientes para a descobrir).

Do mesmo modo, não se entende que, no caso de acção proposta contra um incapaz sem representante (art. 64.º-4) ou contra pessoa impossibilitada de receber a citação (art. 194.º-3), o autor tenha de requerer a nomeação de representante ou curador, quando pode lutar com graves deficiências de informação para o fazer, enquanto que o Ministério Público, dotado de meios mais eficientes e que tem o dever de a promover quando o incapaz é autor (art. 64.º-4) ou quando o representante falece ou fica impedido (art. 236.º-2), é dispensado desse dever quando o incapaz ou impossibilitado é réu e não tem representante à data da petição ou da citação.

Tão pouco se compreende que deva ser uma das partes a requerer a constituição de novo advogado pela outra parte (art. 236.º-1) ou a notificação do M. Público para promover a nomeação de novo representante ao incapaz (art. 236.º-2), quando a iniciativa pode — e deve — ser oficiosa.

E, no âmbito do processo executivo, em que o exequente tantas vezes trabalha para o Estado e outros credores privilegiados, ou é condenado em custas por não poder prosseguir com a execução, não se entende, do mesmo modo, que ele seja onerado com a publicação de sucessivos anúncios (*supra*, I, 4, c-F).

A orientação a seguir está antes na linha do que dispõe o art. 104.º-1, que se propõe conceder ao juiz o poder de officiosamente providenciar pela regularização da instância, logo que se aperceba da falta de personalidade, incapacidade ou representação irregular de uma das partes.

7.8. O art. 358.º-2 consagra a possibilidade inovadora de as partes acordarem em que o processo siga a forma sumária, quando de outro modo seguiria a forma ordinária.

É disposição que, situada na linha da introdução, em 1985, da possibilidade de acordo das partes para a simplificação do esquema da acção (no Projecto, art. 361.º), deve ser aplaudida. A admissão de negócios jurídicos processuais em matéria que não contenda com a zona do direito indisponível (a lei não distingue, mas os limites do princípio dispositivo levarão a fazê-lo) mais não é do que o reconhecimento de que o processo civil se fez para servir os interesses privados das partes e não para propiciar ao juiz o prazer do exercício da autoridade ou para enriquecer os cofres do Estado. Mesmo que não se subscreva a ideia de que, em processo civil como no âmbito do direito privado, tudo o que não é proibido é permitido⁽¹⁰⁾, é saudável que a um formalismo geral e abstracto se possam substituir regulamentações autónomas das partes, que, se podem eleger um tribunal arbitral, também devem ser livres de flexibilizar o processo da jurisdição contenciosa estadual.

Mas, entretanto, é de pôr a questão de se saber se, neste domínio, não se deverá ir um pouco mais longe.

Desde logo, será de explicitar que as partes têm a liberdade de acordar nos factos que considerem assentes em qualquer altura

(10) Schlosser, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen 1968, ps. 1-3.

do processo, e não apenas no momento previsto no art. 361.º do C.P.C.. Tratar-se-á então, já não de um acordo para a simplificação do esquema processual, mas de uma peça de saneamento fáctico do processo, tendencial sucedâneo da especificação e manifestação, diversamente das figuras da confissão e da admissão, do princípio dispositivo.

Por outro lado, não se vê razão para que as partes possam acordar, não só uma (art. 232.º-3) mas quantas vezes quiserem, sem prejuízo de terceiros, na suspensão do processo.

Enfim, as partes deveriam poder acordar, como já foi proposto (*supra*, II, 4, g), na prorrogação de prazos.

7.9. No campo da prova, a tendência para a concessão ao juiz duma iniciativa cada vez maior reduz o princípio dispositivo a pouco mais que à liberdade de solicitar a produção de prova sobre os factos alegados, vinculando o juiz a utilizá-la (Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1987, I, ps. 81-88 e 94-99), correspondendo a um poder de iniciativa instrutória das partes predominante, mas não exclusivo (Bathe, *Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung*, Berlin 1977, ps. 28 e 54).

Neste contexto, o princípio dispositivo não poderá constituir objecção válida à produção de depoimento duma testemunha oferecida acerca de factos sobre os quais não tenha sido ouvida pela parte que a ofereceu (*supra*, II, 4, c).

Mas já constitui sua violação a limitação legal dos meios de prova aos quais as partes têm acesso. Assim é que, estabelecendo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º) o direito à audiência das partes, tem sido entendido que o ofendem as normas legais limitativas do direito à prova ⁽¹⁾.

Estão neste caso os arts. 288.º-2, 334.º-4 e 629.º-2 quando limitam a documentos e testemunhas os meios de prova a produ-

⁽¹⁾ Schwab-Gottwald, *Verfassung und Zivilprozess*, p. 55 e nota 377. Paralelamente, no campo do contencioso administrativo de anulação, tem sido posta, em direito italiano, designadamente perante o Tribunal Constitucional, a questão da inconstitucionalidade da norma que nele limita os meios de prova (Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, que a tem por inconstitucional).

zir, respectivamente, no incidente de habilitação, na providência de alimentos provisórios e em prova complementar do título executivo, o mesmo acontecendo com todas as disposições restritivas semelhantes espalhadas pelo Projecto, designadamente em sede de processos especiais.

Por seu lado, o art. 461.º-3 não admite segunda perícia quando o exame tenha sido efectuado por estabelecimento oficial. Perante norma semelhante estabelecida em direito italiano, o Tribunal Constitucional italiano decidiu pela sua inconstitucionalidade por restringir o direito das partes à prova (Schwab-Gottwald, p. 53, nota 379, com referência a Cappelletti).

Julgamos, por outro lado, que, em nome do princípio dispositivo, se deveria permitir às partes, sempre que entre elas haja acordo nesse sentido, a designação de peritos que coadjuvem o perito (ou peritos) nomeado pelo tribunal dentro do esquema de produção de prova pericial que se propõe no Projecto.

Cerceamento do direito à prova verifica-se também em sede de prova documental, nos casos em que, não obstante ser facultada à parte a impugnação do documento (art. 412.º-2), não lhe é proporcionada a possibilidade de requerer os meios de prova para tanto necessários, sendo que a perícia prevista no art. 451.º é, além de insuficiente, inexplicavelmente limitada aos documentos particulares (hoje: art. 513.º do C.P.C., também para os documentos autênticos, tal como no art. 408.º do Anteprojecto) e, no âmbito desses documentos, às questões relativas à sua genuinidade, deixando de fora as de falsidade (hoje, o correspondente art. 570.º-2 do C.P.C. só aparentemente é restritivo, dado conjugar-se com o referido art. 513.º) (12).

7.10. O princípio dispositivo é por vezes mal invocado pelos tribunais para negar o dever de colaboração das partes ou o de colaboração de terceiros. Assim é que, falecido um sujeito processual e requerida pela parte contrária a notificação do seu cônjuge ou familiar, por vezes litigando ao lado do falecido, para

(12) Sobre a problemática: Lebre de Freitas, *A falsidade no direito probatório*, Coimbra 1984, ps. 178-188.

informar o tribunal de quais os seus sucessores, surgem frequentemente despachos que, em nome do princípio dispositivo, rejeitam a notificação e oneram o requerente com o ónus de identificar os sucessores do falecido, tarefa esta que pode ser complicada quando o cabeça-de-casal omite o seu dever de participar fiscalmente o óbito e que é fonte de atraso do processo judicial quando há que esperar pelo conhecimento de declarações num processo de imposto sucessório que podem tardar a ser feitas. Junta-se fotocópia de dois despachos desse teor ⁽¹³⁾. A expressão «nos termos da lei», hoje constante do art. 265.º do C.P.C., serve à sua fundamentação: querer-se-ia significar que só quando uma lei impusesse o dever de esclarecimento é que este poderia ser pedido à parte.

O princípio dispositivo, no aspecto designadamente do impulso processual, é mal invocado neste tipo de decisões, que o confundem com uma concepção ultra-liberal do processo, como luta ou jogo entre as partes, que teve o seu tempo no século passado, mas está hoje totalmente ultrapassada. O Projecto, ao estabelecer, logo no seu início, os deveres gerais das partes, marca um avanço relativamente à legislação actual, em conformidade com as concepções do processo hoje dominantes. No entanto, no art. 15.º (dever de colaboração das partes) continua a dizer-se que as partes só têm de prestar os esclarecimentos que, «nos termos da lei», lhes forem pedidos. Embora a expressão não ponha dificuldades a um intérprete inteligente, crê-se que a sua supressão ou substituição por outra que vincasse que o dever subsiste enquanto uma disposição legal específica não estabelecer o contrário, facilitaria, sem o desvirtuar, a aplicação do conceito.

8. A regra do contraditório é uma das traves mestras do direito processual civil e como tal aparece consignada no art. 4 do Projecto. É seu corolário a da prévia audiência das partes antes da decisão, mesmo quando esta tenha por fundamento uma questão de conhecimento officioso (art. 4.º-3) ou se baseie em norma

(13) Já depois de feito o presente estudo foi proferido pelo T.R.L. um acórdão no mesmo sentido.

jurídica que as partes manifestamente ignoraram ou consideraram inaplicável ao caso (Z.P.O. alemã, § 278 III), mesmo que a audiência final tenha já tido lugar à data em que se põe ao juiz a questão de a aplicar (Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München 1981, p. 618, nota 117). Trata-se de norma de tal modo importante que por vezes lhe é atribuída dignidade constitucional (Schwab-Gottwald, *Verfassung und Zivilprozess*, Bielefeld 1984, p. 53) e se deduz do art. 6.º-1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que impõe sempre o julgamento público e equitativo. Peremptório é também o direito francês: «ele (o juiz) não pode fundar a decisão numa questão de direito oficiosa sem previamente convidar as partes a apresentar as suas observações» (C.P.C., art. 16).

Ora o Projecto contém, na linha do D.L. 242/85 e do Anteprojecto, várias normas, algumas provenientes do direito vigente, que contrariam o princípio estabelecido:

- o art. 368.º impõe o indeferimento liminar, designadamente fundado em questões processuais de conhecimento oficioso e na manifesta inviabilidade da acção, sem prévia audição do autor (dando por vezes lugar a decisões aberrantes de juízes apressados em suprimir, à nascença, uma causa, com base numa questão de direito que deveriam deixar amadurecer mediante a prévia audiência das partes);
- o art. 383.º-2 impõe a emissão de sentença logo após a verificação da revelia do réu, sem sequer dar a este (e ao autor), como hoje se verifica (C.P.C., art. 484.º-2), a possibilidade de previamente alegar;
- o art. 405.º impõe a emissão de despacho saneador, designadamente fundado na falta de pressupostos processuais de conhecimento oficioso e na improcedência da acção, uma vez findos os articulados, sem prévia audiência das partes, suprimindo assim a audiência preparatória;
- o mesmo estabelece o art. 534.º-1 para o processo sumário;
- o art. 322.º, conjugado com os arts. 276.º-2 e 445.º-2, pode ser interpretado no sentido de permitir a produção de depoimentos, na ausência (necessária) do requerido,

sem que este venha a conhecer e controlar o seu conteúdo (*supra*, I, 4, o);

- o art. 329.º-3, embora atenuando o regime do Anteprojecto (art. 315.º-1), permite ao juiz dispensar a audiência do requerente da providência cautelar antes de ordenar a sua extinção ou levantamento (anterior parecer, II, 31).

A audiência das partes antes da sentença, tal como o assegurar do contraditório sobre os fundamentos de direito em que ela se funde, não são princípios que, em caso algum, possam ser postergados.

9.1. O art. 7.º do Projecto consagra o princípio da igualdade das partes, imposto por Convenções Internacionais subscritas pelo Estado Português; mas, ao longo do Projecto, são mantidas normas que o ofendem (anterior parecer da Ordem, I, 9 e II, 54), sem que elas se possam justificar com a «diferente posição (das partes) no processo».

9.2. Tal como tem sido entendido pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o princípio da igualdade das armas, que é um corolário do princípio da equidade, significa equilíbrio entre as partes na apresentação das respectivas teses na perspectiva dos meios processuais de que para o efeito dispõem e, sem implicar uma identidade formal absoluta de meios, exige a identidade de direitos processuais das partes e a sujeição de ambas a ónus e cominações idênticas, sempre que a sua posição no processo é equiparável. Posições processuais *objectivamente* distintas podem implicar a atribuição necessária *de meios técnicos distintos* a uma delas sem que o facto rompa o equilíbrio global do processo; é o que acontece entre credor e devedor no processo de execução ou entre acusador e réu no processo penal. Mas o princípio da igualdade das armas impede a introdução de discriminações no uso ou nas consequências do uso *do mesmo meio técnico*, em função da natureza *subjectiva* da parte em causa.

Ora o art. 381.º-3 (prazo para contestar) concede ao M. Público condições diferentes das da parte particular para o exercício de um mesmo meio técnico (a contestação); e os

arts. 384.º-1-b) e 388.º-4 isentam dos ónus da revelia e da impugnação especificada uma parte, enquanto a outra a eles continua sujeita, criando desigualdades quanto às consequências (cominatórias ou não) do uso do mesmo meio técnico (a contestação, a impugnação).

Relativamente ao incapaz, como relativamente ao defensor officioso, poder-se-ia invocar a situação de desvantagem em que eles se encontram à partida, por razões psicológicas (o incapaz) ou económicas (o defensor officioso) que os limitam processualmente. Mas esta desvantagem, que é real, deve ser compensada (e é-o efectivamente pela lei) *pelo especial mecanismo da sua representação em juízo*; uma vez assegurada essa representação, o princípio da igualdade das partes exigirá que o incapaz (ou o assistido) fique sujeito ao mesmo regime processual da parte contrária, *sem prejuízo do apuramento de responsabilidades do seu representante* (ou defensor officioso), que, de resto, não se limitam à fase dos articulados, dizendo sim respeito a toda a orientação do processo.

Mas, para o Estado ou para outra pessoa colectiva, não se vê sequer desvantagem alguma à partida. De facto, nem os *fins desinteressados* da pessoa colectiva, nem a *complicação da máquina burocrática* do Estado podem justificar um regime de excepção que não existe, por exemplo, para o mandatário privado de uma empresa multinacional, que pode ter as mesmas dificuldades em obter elementos para uma contestação e, no entanto, tem um prazo rígido a respeitar e um ónus de alegação a ter em conta, tal como não existe também para um indigente ou um analfabeto, para os quais o legislador, no art. 485.º-b), não entendeu dever usar do mesmo paternalismo de que usou para as pessoas colectivas.

E, quanto ao M. Público, se o Estado entende que ele não tem condições materiais que lhe permitam representá-lo em juízo em igualdade com as outras partes, por que não prever a figura do advogado do Estado, a exemplo do que acontece em outros países (Portugal é, aliás, o único país europeu em que a representação do Estado em causas cíveis é assegurada pelo M.P.)?

9.3. A desigualdade prática decorrente para as partes da norma que permite um só adiamento da audiência de discussão e julgamento (art. 506.º-3), avantajando aquela que o requer e que é normalmente o réu, não deixa, pelo facto de ser mais de facto do que de direito, de constituir uma desigualdade.

Ao proibir um segundo adiamento da audiência de discussão e julgamento, o legislador português pensou tão só em impedir adiamentos sucessivos que atrasem o termo dos processos; e, podendo qualquer das partes pedir o primeiro adiamento, a solução parecerá equitativa. Na prática, porém, verifica-se um desequilíbrio a favor da parte que o provoca (se for apenas uma delas a dar-lhe origem). Pelo exercício (fundamentado) do direito ao primeiro adiamento por uma das partes, a parte contrária vê-se impedida de, na audiência seguinte, solicitar novo adiamento, vendo-se assim colocada numa situação de desvantagem processual. Desta consequência rapidamente se aperceberam aqueles que ocupam a posição de réu, os quais quase sistematicamente provocam, ainda que com um fundamento fictício, o único adiamento consentido, na esperança de que o autor possa, na vez seguinte, carecer, designadamente por falta de testemunhas, da possibilidade de requerer o adiamento da audiência para uma data em que possa produzir toda a prova que tenha oferecido. Se se tiver em conta que, no processo civil português, a oferta da prova tem de ser rigidamente feita até um certo momento, que a substituição de meios de prova oferecidos só em termos muito restritos é, depois desse momento, admissível e que a prática forense é avessa à fragmentação da fase da produção da prova em audiência, por conveniência da parte, perceber-se-á a importância do problema. O princípio da equidade deve ser tido em vista, em todas as suas consequências jurídicas e práticas, na regulamentação de cada ponto do processo civil contencioso, para que este possa verdadeiramente atingir a sua finalidade de composição justa dos litígios.

A Ordem continua, assim, a entender que outros mecanismos, respeitadores da igualdade das partes, deveriam ser adoptados para evitar o atraso do processo (anterior parecer, II. 54).

9.4. A legislação sobre custas, incluindo disposições constantes do Projecto, mantém outras desigualdades entre as partes, que a clara adopção do princípio da igualdade deveria suprimir. Apontam-se:

a) O privilégio que têm certas entidades (designadamente, o Estado e as restantes pessoas colectivas públicas) de não pagar custas, com a consequência de as pessoas que contra elas litigam não terem, não obstante ganharem a causa, direito ao reembolso dos preparos por elas adiantados;

b) O privilégio que, segundo algumas decisões judiciais, aliás discutíveis, certas entidades têm de ver os seus prazos processuais prolongados por mais 5 dias por se entender que, não sendo passíveis de aplicação de multas, podem gozar gratuitamente da faculdade de apresentarem os seus requerimentos 5 dias após o termo do respectivo prazo, faculdade essa cujo exercício tem, para as restantes partes processuais, mesmo quando litigam com a assistência judiciária, o preço do pagamento de multas avultadíssimas;

c) A liberdade de o juiz determinar, no caso de transacção entre uma entidade isenta ou dispensada e outra não isenta ou dispensada do pagamento de custas, a proporção em que a segunda deverá pagar as custas (art. 1071.º-2), sem que se estabeleça que essa proporção nunca poderá ir além de metade e assim permitindo que a parte não isentada ou dispensada acabe por ser onerada com parte das custas que à outra parte, se não fosse isenta ou dispensada, caberia suportar.

Finalmente, não postulará o princípio da igualdade das partes que um mecanismo idêntico ao do art. 372.º (aperfeiçoamento da petição inicial) seja previsto para a contestação do réu, designadamente em caso de excepção ou reconvenção (cf., para esta, o art. 398.º-3)?

10.1. Em sede de articulação entre poderes e deveres das partes e poderes e deveres dos juizes, o Projecto, indo ao invés da tendência dominante nas legislações processuais, acentua o diri-

gismo do processo pelo juiz, como centro de imputação de poderes processuais, e reparte pelas partes ónus e deveres.

Não é que não mereça inteiro apoio a consagração dos deveres das partes (designadamente dos constantes nos arts. 5.º, 15.º e 16.º), ultrapassada como está a redução goldschmidtiana das situações processuais das partes às faculdades e aos ónus; e, nesse ponto, apenas haverá que harmonizar entre si a redacção de alguns preceitos, como os dos arts. 261.º-1 («poderes e deveres») e 254.º-1 («poderes» e «ónus»), não inteiramente conformes com a classificação tripartida das situações processuais em poder, ónus e dever.

Mas o Projecto, por um lado, hipervaloriza os poderes dos juizes, sem sancionar o incumprimento dos seus deveres (designadamente o de administrar a justiça em prazo razoável, decorrente do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, inerente ao direito de acesso à justiça consagrado no art. 20.º da Constituição, mas omitido no art. 6.º do Projecto; e ainda o de respeitar os prazos que lhes são concedidos na lei processual), tal como não sanciona o incumprimento dos deveres dos funcionários da justiça, e, por outro lado, hipervaloriza, como já se deixou dito, os ónus das partes, frequentemente se esquecendo de concretizar e assegurar o exercício dos seus poderes e reduzindo injustificadamente o conteúdo do seu estatuto de credores da justiça.

A solução encontrada para a substituição do questionário (que é, em termos de sistema, *a grande inovação do projecto em face da lei vigente*) é paradigmática.

Por outro lado, com a desvalorização da audiência das partes, acentuam-se as características de um *sistema della scrittura* (14), em violação dos princípios da oralidade e da publicidade (dos quais resta, no art. 12.º, apenas a oralidade das diligências probatórias, tendo desaparecido do texto proposto o princípio da publicidade da audiência, ainda constante do art. 14.º do Anteprojecto e consagrado no art. 209.º da Constituição).

(14) Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, p. 20, nota 7.

Finalmente, as garantias das partes (designadamente em sede de direito de defesa) são insuficientemente concretizadas em várias disposições do Projecto, algumas das quais já referidas (*supra*, I, 4, c) e carecidas de revisão.

10.2. Vale a pena determo-nos na solução proposta em substituição da especificação e do questionário.

Aboliu-se a peça elaborada pelo juiz do processo, antes do requerimento de prova, em que se fazia a discriminação dos factos já assentes e dos factos ainda por provar.

O sentido desta eliminação não é, obviamente, *o de obscurer a distinção entre a matéria de facto já provada e a matéria de facto a provar*. Tal distinção é capital no processo civil (bem como nos restantes ramos de processo). O que seguramente pretenderam os partidários da eliminação foi atingir um duplo objectivo: tornar menos rígida a preparação do tema da prova e eliminar a excessiva particularização a que chegam os quesitos elaborados na maior parte dos questionários.

Assim, a solução alternativa a um esquema rígido de especificação / questionário (como o que tem existido desde o C.P.C. de 1939) pareceria dever ser a delimitação, participada entre o tribunal e as partes, *dos grandes temas da prova no litígio concreto*. Por exemplo, em vez de se perguntar se o veículo *x* ia a certa velocidade, se era de dia ou de noite ou se a via estava molhada na altura do acidente, haveria que se determinar qual o condicionalismo que levou ao acidente, assim englobando todas as questões, *pensadas e possíveis*, sobre as condições de tempo, lugar ou modo em que se produziu o acidente e possibilitando que, em audiência de julgamento, se inquirisse sobre outros aspectos, para além dos estritamente alegados, respeitantes ao tema concreto da prova (embora esta orientação devesse ser algo «adocçada» quando a produção de prova se fizesse fora da audiência de julgamento, nomeadamente por carta precatória).

Para uma solução deste tipo vê-se ter apontado o Presidente da Comissão, que cita em seu abono o direito processual francês e brasileiro, a opinião que foi expendida, em 1960, pelo Conselheiro Lopes Cardoso e, de modo implícito, a necessidade de encontrar um sucedâneo para a dupla função expressamente atri-

buída por José Alberto dos Reis ao questionário: a de delimitar o âmbito das diligências de prova; *a de limitar o poder jurisdicional do Tribunal Colectivo* (R.L.J., 122, ps. 358-362).

Não foi, porém, essa a solução adoptada.

A especificação e o questionário actuais são, no Projecto, substituídos por um *diktat* unilateral do juiz (em regra o presidente do colectivo), fornecido, no momento de abertura da audiência, às partes e aos adjuntos, e em que consta a lista dos factos essenciais da causa que interessa averiguar, formulada ou não sob a forma de quesitos (art. 507.º-1). Não se estabelece obrigatoriamente um processo participativo entre os sujeitos processuais, prevendo-se apenas uma faculdade discricionária de audição das partes *no início da audiência de julgamento*, antes ou depois de efectuada a selecção dos factos que necessitam de prova (art. 507.º-3). E o presidente é livre de considerar ou não as sugestões (que o art. 502.º-4 apelida de «reclamações») feitas pelas partes. Concomitantemente, suprimida a especificação, é ao mesmo presidente do colectivo que cabe ajuizar sobre os factos provados por documentos, confissão ou falta de impugnação, a fim de os excluir da peça que só a ele cabe elaborar (art. 502.º-f), antecipando assim o juízo que na sentença cabe ao juiz do processo (art. 515.º-3).

De um sistema rígido de especificação e questionário pretende-se passar assim para um sistema *improvisado*, marcado pela excessiva discricionariedade do juiz-presidente, susceptível de gerar o arrastamento do início da audiência de julgamento e potencialmente gerador de adiamentos da audiência. E isto sem sequer se reverem as disposições que fixam um número máximo de testemunhas a inquirir a cada facto (art. 483), obrigando os advogados a fazer a respectiva distribuição no local, em eventual reunião com a parte e com a fatal suspensão dos trabalhos!

A solução proposta não deve passar.

Em sua substituição, a reunião, que propomos, entre o juiz do processo e as partes para se assentar nos factos já provados (com óbvio poder de decisão jurisdicional, no caso de desacordo ou no de direito ou forma negocial indisponível) e nos temas da prova posterior poderia servir também à obtenção do consenso quanto à data da audiência da discussão e julgamento (art. 132.º-1).

10.3. Quanto às garantias e direitos das partes, é de apontar, além do que ficou dito, algumas soluções pontuais criticáveis:

a) O prazo de 7 dias de dilação do art. 189.º-5 (citação por via postal), menor do que o de 14 dias do art. 198.º-3 (citação em pessoa diversa do réu), é, como este, insuficiente. Basta pensar que, na véspera do seu início, o réu se pode ter ausentado para gozar um período de 30 dias de férias, estando incomunicável. Qualquer dilação inferior a 1 mês é insatisfatória e poderá contribuir para o uso do recurso ao meio impugnatório do art. 206.º-1 *in fine*, atrasando (em vez de acelerar) o processo;

b) O art. 214.º-1 estabelece que a parte que não tenha constituído mandatário e não resida na área da comarca se tenha por (fictamente) notificada quando o processo ou requerimento avulso despachado dê entrada na secretaria. Não se entende por que razão não se utiliza, para a notificação, a carta registada expedida pelo tribunal da causa, tido até em conta o previsto no art. 216.º (notificação postal de intervenientes acidentais residentes fora da comarca);

c) O certificado da obrigação exequenda a que se referem os arts. 43.º-2 e 44.º-3 oferece menos garantias do que uma certidão do despacho ou sentença, não se compadecendo a função do título executivo com simplificações que possam vir a revelar-se (embora normalmente não o sejam) meios de prova insuficientes da obrigação exequenda;

d) Ao lado do recurso para o juiz do acto de recurso da confiança do processo, o art. 139.º-4 deveria consagrar o recurso com fundamento em insuficiência do prazo fixado para o efeito pela secretaria (em compensação, o prazo de 14 dias do art. 140.º-1 é excessivo, acabando por corresponder à concessão de um prazo suplementar do qual pode resultar a impossibilidade de realização de uma diligência ou outra causa de atraso do processo);

e) O art. 143.º-1 omite fixar um prazo para a passagem de certidões (no C.P.C.: art. 175.º). Esse prazo, nessa disposição ou no art. 136.º, deveria ser expresso;

f) Não se entende a supressão do direito de vista do processo pelas partes, antes da audiência de discussão e julgamento (art. 497.º, confrontado com o art. 519.º do Anteprojecto e 647.º-2 do C.P.C.).

11. Nunca será demasiado o apoio que se manifeste à consagração da gravação dos depoimentos de parte e testemunhais (arts. 445.º e 489.º), embora se entenda que igualmente gravados devem ser os esclarecimentos dos peritos na audiência final (art. 460.º), pois que também sujeitos, como complemento das respostas dos peritos aos quesitos, à livre apreciação judicial (art. 463.º).

Trata-se de uma garantia fundamental para uma efectiva dupla jurisdição em matéria de facto, restando esperar que o regulamento previsto no art. 446.º-4 surja até à entrada em vigor do C.P.C. (ou diploma intercalar pelo qual se opte) e se baseie em técnicas audio-visuais que não acabem por deturpar o contexto em que o depoimento é produzido.

Mas, em campo próximo, é de lamentar que não se tenha consagrado o dever de uma fundamentação séria da decisão sobre a matéria de facto.

O dever de fundamentação das decisões judiciais está consagrado no art. 208.º-1 da Constituição, embora se tenha relegado para a lei ordinária a determinação dos «casos» e dos «termos» em que a fundamentação deve ter lugar ⁽¹⁵⁾. No entanto, no que respeita à decisão sobre matéria de facto a fundamentação exigida pelo C.P.C. é insuficiente: não obstante o art. 653.º-2 impor ao Colectivo a especificação dos fundamentos decisivos para a formação da sua convicção quanto aos quesitos respondidos afirmativamente, o art. 712.º-3 contenta-se com a menção dos meios

⁽¹⁵⁾ A polémica havida na Assembleia da República, quando da primeira revisão constitucional, que introduziu o preceito, é eloquente no sentido de não se ter querido impor a fundamentação como regra (a excepcionar pela lei ordinária, como propusera o Prof. Jorge Miranda), designadamente no caso da decisão sobre a matéria de facto (como defendeu perante a Assembleia o Prof. Pessoa Vaz, corroborado pelo Dr. José Luís Nunes). Mas o princípio foi estabelecido, com dignidade constitucional, e à lei ordinária cabe tirar dele as máximas consequências possíveis.

concretos de prova em que se haja fundado a convicção dos julgadores e, perante a contradição, raro é, na prática forense, o caso em que se vai além desta menção estrita.

O Projecto perfilha esta orientação jurisprudencial e, na disposição correspondente ao art. 653.º-2 do C.P.C., limita-se a exigir que, a título de fundamentação, sejam especificados, em relação a cada facto dado como provado, os meios probatórios decisivos para a convicção do julgador (art. 510.º-2).

À fundamentação da decisão de facto não basta, porém, a indicação do meio probatório determinante, sendo-lhe essencial o exame crítico da prova ⁽¹⁶⁾, a que o art. 516.º-3 vincula o juiz na sentença, mas de que se pretende isentar o Colectivo (ou o juiz singular que julgue a matéria de facto produzida em audiência).

O novo C.P.C. deve impô-la, em complemento do registo da prova, para melhor garantia do recurso em matéria de facto e da objectividade da própria reflexão do julgador da 1.ª instância.

12. Fora dos aspectos referidos, a reformulação geral da lei vigente não poderá deixar de passar: pela reestruturação do processo executivo (e do esquema de imputação das custas), cujo grande problema não é apenas a existência (condenável) de múltiplos créditos privilegiados concedidos por leis avulsas (*R.L.J.*, 123, p. 35); pelo aprofundamento das consequências da redução das espécies de recursos (cujo regime é, no Projecto, uma amálgama dos regimes das espécies anteriores) e da nova esquematização dos incidentes de intervenção de terceiros (dos quais o regime do caso julgado, a que nos referimos, é apenas um aspecto); pela supressão ou simplificação de tramitações e incidentes (além do da falsidade: porquê a acção prévia à invocação de certos fundamentos de recurso de revisão? porque não fazer valer a nulidade

⁽¹⁶⁾ Liebman, *Do arbitrio à razão*, «Revista de Processo», 1983, n.º de Janeiro/Março, ps. 80 e ss.; Pessoa Vaz, *O tríplice ideal da justiça célere, económica e segura ao alcance do legislador processual moderno*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1973, I-II, ps. 167 e ss.; *Conclusões do 1.º Congresso dos Advogados Portugueses*, Revista da Ordem dos Advogados, 1972, III-IV, p. 450.

ou anular a confissão no próprio processo em que é feita ou invocada, quando este está pendente, em vez de obrigar a uma acção autónoma? porque não manter a possibilidade da conversão, em qualquer altura, do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento e a inversa reconversão deste naquele, quando o processo tenha nascido como litigioso?); pela simplificação dos actos processuais de acordo com as novas técnicas de reprodução (*maxime* o computador) e de comunicação (telecópia em primeiro lugar)...

III

APRECIÇÃO NA ESPECIALIDADE

1. O que já ficou dito encerra numerosas críticas e sugestões relativas a soluções parcelares consagradas no Projecto.

Outras, porém, se podem fazer em sede de especialidade e a elas se cingirá esta última parte da apreciação que apreendemos.

Não se deixará de manifestar acordo expresso às inovações positivas mais salientes das que ainda não foram referidas.

Não se repetem críticas e sugestões feitas no anterior parecer e mantidas no actual (*supra*, I), ainda que respeitantes a disposições sobre as quais novas sugestões sejam agora formuladas.

2. O princípio da concentração, frequentemente ignorado na prática forense, ganha em ser formulado entre as disposições gerais (art. 10.º), mas talvez fosse de especificar o que, pelo menos em determinados casos, se deva fazer para o assegurar (por exemplo, quanto ao adiamento de diligências não iniciadas até que se concluam as que tenham sido interrompidas), em vez de deixar uma total margem de manobra a juízes que nem sempre têm o bom senso de o respeitar.

3. O art. 21.º-2 suprime o pedido de declaração incidental, hoje previsto no art. 96.º-2 do C.P.C. e consagrado em outras legislações.

Por certo se entendeu assim perfilhar a orientação (certa no campo do direito constituído) que o restringia nos limites apertados da reconvenção e da ampliação do pedido (na réplica ou por acordo das partes), tornando inútil a disposição específica que se lhe referia.

Mantendo-se no Projecto o regime vigente para a ampliação do pedido, nada há a obstar à supressão, a não ser pelo risco que acarreta de poder reacender a polémica sobre a extensão do caso julgado aos fundamentos da decisão (Lebre de Freitas, *A falsidade no direito probatório*, Coimbra 1984, p. 205. Veja-se Teixeira de Sousa, *O objecto da sentença e o caso julgado material*, Lisboa 1983, ps. 167-170). Para o evitar, poder-se-ia, em sede de caso julgado (art. 525.º), deixar bem explícito que essa extensão não se verifica.

4. Os antecedentes do art. 31.º-1 (C.P.C. e Anteprojecto) apontam no sentido de não se aplicar a acções referentes a direitos reais de gozo ou de aquisição sobre móveis. No entanto, a colocação entre vírgulas da expressão «ou a direitos pessoais de gozo sobre imóveis» encaminha para uma interpretação literal contrária, que convirá afastar, aperfeiçoando a redacção, ou a simples pontuação, do artigo.

5. O art. 61.º-3 (personalidade meramente judiciária) deveria prever o caso do condomínio.

Pela propriedade horizontal constituem-se diversos direitos de propriedade exclusiva e um direito de compropriedade sobre as partes comuns do edifício (C.C., art. 1420.º-1); mas não se constitui um património de afectação especial à responsabilidade por determinadas dívidas, configurando obrigações conjuntas as respeitantes a encargos de conservação e fruição das partes comuns (C.C., art. 1424.º-1). No entanto, ressalvadas as questões relativas à propriedade ou posse de bens comuns, o administrador tem legitimidade activa e passiva (C.C., art. 1437.º).

Trata-se do exercício duma função de representação semelhante à do cabeça-de-casal, pela qual se dispensa a intervenção na acção de todos os condóminos, embora o condomínio não constitua um património autónomo.

Quer se entenda que já hoje o condomínio tem personalidade judiciária nos casos em que o administrador tem legitimidade para intervir em juízo (por força do art. 1437.º do C.C.), quer se entenda que o administrador demanda e é demandado em nome pessoal, a previsão da situação no C.P. Civil impõe-se, mais que não seja por uma razão de clarificação.

Se a sugestão for aceite, deverão fazer-se adaptações em conformidade nos arts. 73.º (embora a legitimidade do administrador já resulte do C.C.), 103.º-1 (para prever o caso de citação do condómino que não seja actual administrador) e 186.º.

Por outro lado, em sede de acções relativas à propriedade ou posse de bens comuns, deveria ser atribuída ao administrador legitimidade para, em nome dos condóminos, receber a citação, concedendo-se uma dilação para a contestação pelos condóminos (a mesma que se propôs *supra*, II, 10.3, *a*) e sujeitando-se a impugnação do acto ao regime do art. 206.º-1 e o administrador que não dê conhecimento da citação a todos os condóminos à sanção do art. 193.º-5. O valor relativamente diminuto das partes comuns e as dificuldades que sempre oferece a citação pessoal de todos os condóminos justificarão esse regime.

Documentam-se as referidas dificuldades de citação com peças dum processo em que ela demorou dois anos.

6. A coligação activa (art. 89.º-1) deveria ser admitida em processo executivo também quando as execuções sejam para entrega da mesma coisa certa ou respeitem a um crédito com garantia especial sobre a mesma coisa.

No mesmo art. 89.º-1 deverá, em vez de «competência», dizer-se «incompetência absoluta», dada a alteração paralela do art. 626.º-1-a).

7. O art. 106.º-2 (sanação da ilegitimidade nos casos de ser demandado como possuidor em nome próprio quem possui em nome alheio e de o titular de direito real demandar por facto ofensivo do seu direito quem agiu por ordem ou em nome de terceiro) suscita algumas dúvidas.

Em primeiro lugar, vê-se que, suprimindo-se a palavra «demonstra» mas mantendo-se a expressão «se provar», a Comis-

são aceitou a proposta da Ordem (parecer, II, 17) no sentido de deixar de se exigir a prova da posse em nome alheio como pressuposto do chamamento, mas não fez o mesmo com a actuação em nome de terceiro. Será que o chamamento só pode ser requerido depois desta prova, o que implicará entrar a conhecer de fundo? Não se julga que seja essa a intenção do legislador.

Em segundo lugar, não se compreende a restrição à comissão de que resulte a ofensa dum direito real, que só se poderá explicar por já aparecer assim no C.P.C. de 1939, mas que, em face do art. 500.º do C. Civil, deveria ser alargada a todos os casos de comissão cuja execução dê lugar a responsabilidade civil.

Em terceiro lugar, estando em causa em ambos os casos (posse ou comissão) actuações em nome ou por ordem de outrem, é de questionar se, em nome da economia processual, não se deveria estender o âmbito de previsão do preceito a outras situações semelhantes, como, por exemplo, a do mandatário demandado como se fosse o *dominus negotii* ou a do mandante demandado com fundamento em poderes de representação inexistentes. Nos casos em que a intervenção dê lugar a um *litisconsórcio voluntário*, a disposição guarda a sua utilidade enquanto o art. 252.º, a) se referir a um «interesse igual» do chamado, pois aqui há uma relação, não de igualdade, mas de dependência de interesses (*o que, por outro lado, leva a questionar se o art. 252.º-a não deveria antes referir o litisconsórcio voluntário do que o tipo de articulação dos interesses que lhe subjazem*). Mas é sobretudo nos casos em que a intervenção dê lugar à *substituição do réu* que a disposição é importante: trata-se aí (e não nos outros casos) duma questão de ilegitimidade do réu primitivo (em face do novo conceito que para esta se propõe: art. 74.º) e a equacionação do problema a esta luz justifica, cremos, o alargamento do âmbito do preceito. Talvez, em lugar duma especificação de casos que pode sempre revelar-se restritiva, fosse de optar por uma fórmula generalizante que englobasse todos os casos em que a legitimidade passiva radique em terceiro em vez de radicar no réu (passando, entretanto, decididamente os casos de *litisconsórcio* para o instituto da intervenção principal).

Finalmente, tal como está, o n.º 3 tem, não obstante para ele não remeter o art. 257.º-1 e conservar alguma ambiguidade,

o alcance que lhe atribuímos (*supra*, I, 3, *d*), mas que talvez não correspondesse à intenção da Comissão (*R.L.J.*, 122, p. 258). Julgamos que, pelo menos nos casos do n.º 1, a possibilidade de renovação da instância é de manter, limitada embora a certo prazo. Não só as custas processuais são muito elevadas como o aproveitamento da instância extinta se pode revelar útil para a tramitação subsequente.

8. Regista-se que a falta de interesse processual não conduz sempre à absolvição da instância. Não obstante o art. 102.º-1-d), conjugado com o art. 100.º-3, vê-se no art. 107.º-3 que, se o autor escapar ao indeferimento liminar, a inexigibilidade de obrigação não controvertida deixa de obstar à condenação do réu (ambíguo, porém, o art. 518.º-2: «nem o réu tiver sido absolvido no despacho saneador») e vê-se no art. 1069.º-1, c) que o autor munido de título executivo pode usar o (e não «do») processo de declaração.

A primeira solução merece inteiro aplauso (tal como a solução, de certo modo paralela, do art 103.º-2). Quanto à segunda, ou deverá ser sujeita ao mesmo regime do art. 107.º-3 (aí aparecendo prevista) ou, tal como está, encerra contradição que, se o legislador não resolver, terá de resolver o intérprete.

9. A alteração introduzida pelo art. 118.º-2 foi, pela sua insuficiência, já criticada (*supra*, I, 4, *c-A*).

Sem prejuízo de se manter o que nele é preceituado, deveria consignar-se ainda que, verificada a omissão da prática dum acto sujeito a prazo peremptório, ou praticado ele no período de tolerância sem o pagamento da multa, a secretaria deverá notificar a parte para que, dentro de 5 dias, o pratique ou apenas pague a multa, em montante acrescido.

10. O art. 191.º determina que a citação pessoal pelo funcionário de justiça seja precedida da prévia convocação do citando por aviso postal para comparecer na secretaria, a fim de aí ser citado.

Esta diligência afigura-se inútil no caso em que a citação pelo funcionário de justiça seja ordenada depois de devolvida carta

para citação postal sem nenhuma indicação ou com a indicação de ser ignorado o paradeiro do destinatário, de ser este desconhecido ou de se recusar a recebê-la.

Embora uma interpretação racional do preceito leve a excluir nesses casos a sua aplicação, nada se perderá se tal for expressamente dito.

11. O art. 198.º-2 exige, no caso de citação em pessoa diversa do citando, o envio a este dum carta registada com aviso de recepção, dando notícia da citação efectuada e dos seus elementos essenciais.

Questiona-se a razão de ser do aviso de recepção, quando se vê no art. 207.º, c) que a recepção efectiva não é necessária, sendo-o apenas a expedição sob registo.

12. Não se vê muito bem como jogará a ilisão da presunção da notificação no terceiro ou no sétimo dia posterior ao do registo da carta devolvida (art. 213.º-4), mediante a prova de que a notificação foi realizada em data posterior. É que, uma vez devolvida a carta para notificação, esta só se poderá realizar se a secretaria tomar tal iniciativa. Significa, pois, o artigo que o poderá fazer?

Essa foi a intenção, pelo menos, do Presidente da Comissão (*R.L.J.*, 122, p. 195), mas, não sendo um tipo de acto judicial que o C.P.C. use consignar, entende-se que, não só o preceito deveria ser clarificado, mas também, em vez dum simples faculdade discricionária da secretaria, se deveria consignar o dever de, por meio não formal ao seu alcance, ela prevenir sempre o advogado ou o seu escritório da devolução verificada.

13. O âmbito de previsão do art. 216.º, que estabelece a regra do uso do meio postal para a notificação que chame ao processo um interveniente accidental, residente ou não na comarca, deveria ser alargado de modo a abranger igualmente as notificações para outro fim. Não se entende, por exemplo, que o arresto ou a penhora dum direito (arts. 684.º, 690.º, 353.º-4) tenha de continuar a ser feito mediante notificação postal expedida pelo tribunal da comarca da residência do notificando. O mesmo relativamente a certas notificações à parte (ex.: art. 685.º-1).

14. A revogação do mandato ou procuração talvez devesse ser admitida por simples anúncio, quando o mandatário ou procurador não for pessoalmente encontrado (art. 221.º). Em alternativa, deveria admitir-se que, neste caso, pudesse ser feita editalmente a citação prévia (art. 373.º-2) para a acção que o mandante ou constituinte, uma vez não encontrado o mandatário ou procurador, não poderá deixar de propor.

15. Se não for aceite a sugestão proposta para complemento ou alteração do art. 9.º-2 (*supra*, II, 7.2), o art. 227.º-1 deverá prever, ao lado da alteração e ampliação da causa de pedir, a possibilidade de ela ser completada na réplica. Esta possibilidade dir-se-á por maioria de razão admitida, mas convirá clarificá-lo, pelo menos se se mantiver, no art. 400.º-1, a expressão «e apenas quanto à matéria desta» (excepção deduzida), que tem dado lugar a interpretações jurisprudenciais restritivas da função do articulado.

16. Nunca será demais o apoio que se manifeste à proposta de acabar com a supressão da instância por razões fiscais (art. 233.º).

17. O art. 235.º-1, b) deveria prever expressamente a notificação à parte contrária da constituição de novo advogado ou da cessação da impossibilidade do advogado constituído.

18. A redução para 2 anos do prazo de deserção da lide é aceitável em processo declarativo, mas não em processo executivo, onde normalmente a interrupção ocorre por desconhecimento de bens penhoráveis, que podem demorar anos a ser descobertos. Aí, os actuais 5 anos (C.P.C., art. 291.º) deveriam, pelo contrário, ser alargados. Propõem-se 10 anos.

19. O art. 269.º veio, muito adequadamente, restringir o âmbito do incidente de oposição aos casos em que a pretensão do terceiro seja incompatível com a do autor. Dever-se-ia, porém, deixar expresso que a oposição pode também ter lugar quando a incompatibilidade se verifica com a pretensão do réu reconvinente.

20. O art. 273.º-2 estatui a procedência da acção perante a simples manifestação, pelo réu que requer a citação de terceiro para deduzir oposição, da disposição de reconhecer ou satisfazer a pretensão do autor.

Esta declaração do réu, tendo um conteúdo positivo, não configura uma admissão, entendida esta como uma omissão (de contestar) com efeitos cominatórios (plenos). Compreende-se assim que não joguem, no caso, as excepções do art. 384.º à cominação por revelia.

Afigura-se estarmos antes perante um acto de confissão do pedido, dispensado da forma exigida pelo art. 248.º-1. Conhece, de qualquer modo, o limite dos direitos indisponíveis (art. 246.º) e, por outro lado, dever-se-lhe-á aplicar a norma do art. 245.º no caso de haver outros réus litisconsortes.

São pontos que se deveria aproveitar para clarificar.

Outra solução, aliás (a que corresponderia uma diferente configuração do acto), justificada pela pouca solenidade da sua forma, consistiria em lhe imputar apenas o efeito de reconhecimento dos factos alegados pelo autor, com as mesmas excepções dos arts. 245.º e 246.º e ainda com a do art. 384.º-1-d).

Concomitantemente e em conformidade com a solução que se adopte, será de esclarecer qual a forma do reconhecimento no art. 271.º-3-a).

21. A norma do art. 290.º-3 dever-se-á também aplicar ao caso de substituição do administrador de condomínio, se e enquanto se entender que ele é demandado em nome pessoal (*supra*, 6).

22. A redacção do art. 298.º-2 não é feliz: a aplicação ao incidente da falsidade das disposições *gerais* sobre os incidentes da instância, que é automática, apenas convém que seja ressalvada, no que respeita à prova, por causa do disposto no art. 298.º-1-b), pelo que aí teria mais cabimento a referência («sem prejuízo do disposto nos arts. 275.º e 276.º-1, a instrução...»).

23. Não é de boa sistemática tratar dos impedimentos dos funcionários da secretaria sob a epígrafe «impedimentos do Minis-

tério Público» (art. 307.º), sobretudo quando se segue um preceito com a epígrafe «impedimentos dos funcionários da secretaria» (art. 308.º): dever-se-á, em alternativa, fundir os dois artigos num só (com uma epígrafe englobante das duas situações) ou fazer o art. 308.º remeter para o art. 307.º, saindo deste a referência ao funcionário de justiça.

24. O art. 326.º contém, relativamente ao Anteprojecto (art. 309.º-1) e ao C.P.C. (art. 404.º-1), duas alterações de redacção: exige-se, para o decretamento da providência cautelar, que seja aparentemente fundado o receio da lesão «definitiva» do direito acautelado (no C.P.C.: «mostrem ser fundado o receio da sua lesão»; no Anteprojecto: «se mostre *aparentemente* fundado o receio da sua lesão»); permite-se que a providência seja recusada pelo tribunal, «nomeadamente» quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda o dano que se pretende evitar (no C.P.C.: «é decretada... *salvo se*»; no Anteprojecto: «é decretada... *a não ser que*»).

Ambas as alterações são de afastar:

- a primeira introduz um termo restritivo, propiciador de interpretações jurisprudenciais que limitem o deferimento das providências cautelares;
- o segundo, dado que «nomeadamente» tanto significa «designadamente» como «especialmente» (Pedro Machado, *Dicionário da Língua Portuguesa*, vocábulo *nomeadamente*), cria o risco duma interpretação segundo a qual o juiz poderá recusar a providência requerida, não só no caso expressamente previsto, mas também quando entenda, discricionariamente, que ocorre outro motivo para o fazer.

25. Dever-se-ia prever a cumulabilidade, no mesmo processo, de providências cautelares de tipo diferente, quando entre elas haja uma relação de dependência (cf. acórdão do S.T.J. de 23/05/75, *B.M.J.* 247/133), com subordinação às normas da providência dominante.

26. O art. 352.º-2 exige a prévia propositura de acção de impugnação da aquisição quando o arresto é requerido contra o adquirente de bens do devedor.

Não se vê para tanto razão suficientemente forte e, se a propositura da acção dever tão só ter lugar, nos termos gerais, após o deferimento do arresto (partindo do princípio de que a solução proposta no art. 329.º-1-a não se manterá: *supra*, I, 4, i), o interesse do adquirente ficará igualmente assegurado, sem que o carácter secreto da providência possa, como na solução que se propõe, ficar em risco.

Propõe-se, pois, que se mantenha a expressa consagração da possibilidade de arrestar bens transmitidos a terceiro, mas sem esse requisito.

27. Porquê o efeito especial (suspensivo do arresto) da prestação de caução no caso de a providência incidir sobre um navio (art. 353.º-3) e não quando incide sobre um avião?

Tal como está, a disposição tem, como outras do Projecto, em que não se cuidou de fazer a equiparação (arts. 657.º, 680.º, 681.º, em sede de penhora), um vago cheiro às realidades, há muito ultrapassadas, de 1939...

28. O art. 362.º deixa de consignar a faculdade de se requerer a prova na petição inicial.

Correndo-se o risco duma interpretação no sentido de tal faculdade ter sido suprimida, propõe-se que ela continue a ser expressa, não no art. 362.º, mas, com alcance mais geral, no art. 409.º.

29. O art. 363.º (ou, porventura melhor, o art. 82.º-1) deveria esclarecer a questão controvertida da admissibilidade da formulação de pedidos alternativos ou subsidiários contra réus diferenciados.

O princípio da economia processual justificará a solução afirmativa.

30. O art. 379.º, além de mal redigido, é em grande parte inútil e a sua minúcia injustificada em sede da regulamentação

geral do processo ordinário: para quê remeter para os termos do processo ordinário? para quê referir a citação edital?

Os dois únicos aspectos de regime que consagra (não adiamento da tentativa de conciliação por falta de uma ou ambas as partes; sua não realização, ficando sem efeito *a designação de dia para ela*, quando o réu esteja ausente em parte incerta) ficarão melhor no art. 378.º (n.º 3).

Se continuar a ser admitida a conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento e a posterior eventual retomada do divórcio litigioso (*supra*, II, 12), tal deveria ser consignado no art. 380.º (passando o actual art. 380.º do Projecto a ser o art. 379.º).

31. O art. 383.º-1 suprime o efeito cominatório da revelia no caso de o réu, não regularmente citado, ter juntado procuração a mandatário judicial.

A solução é de aplaudir, na medida em que conduz a um ligeiro desagravamento do ónus de contestar (*supra*, II, 2). Mas não deixa de marcar o divórcio entre o efeito de sanção da nulidade (arts. 209.º-3 e 210.º) no prazo da contestação e o efeito cominatório, hoje ligados.

32. A manutenção da excepção ao efeito cominatório da revelia constituída pela pluralidade de réus (art. 384.º-1-a), agora jogando também no processo sumário (num esforço louvável de harmonização. Hoje, só quando há litisconsórcio necessário: C.P.C., arts. 784.º-3 e 795.º), só terá justificação, dentro do esquema de cominações que o Projecto se propõe manter, nos casos de litisconsórcio, ou mesmo só nos de litisconsórcio necessário (cf. os lugares paralelos do art. 245.º e, no C.C., do art. 353.º-2).

A explicação de Alberto dos Reis para o âmbito da excepção (tratou-se tão só de evitar que o juiz julgue duas vezes a questão de direito, imediatamente quanto aos réus revéis e no final quanto aos contestantes: *Código do Processo Civil Anotado*, III, p. 12) não tem, de facto, grande base de sustentação: não é o *momento* da decisão, mas o seu *conteúdo*, que o preceito põe em causa.

33. A expressão «e apenas quanto à matéria desta» (art. 400.º-1) deveria ser suprimida ou acrescentada com a expressão «sem prejuízo da alteração ou ampliação da causa de pedir» (ou, eventualmente, também do seu complemento), uma vez que um entendimento literal briga com o disposto no art. 227.º-1 (*supra*, 15).

34. Não se percebe por que é que, em vez das menções referidas no art. 434.º-3, não fica no processo fotocópia dos documentos restituídos. Não terão evoluído os meios técnicos de reprodução desde 1939 até hoje?

35. O art. 441.º só tem de aproveitável a proibição da assistência do comparte que ainda não depôs ao depoimento de outro comparte, mas a minúcia do formalismo que impõe não se justifica que seja mantida.

36. O art. 457.º-3 faculta às partes fazerem observações ao perito, mas esta faculdade poderá na prática revelar-se inócua se elas não forem notificadas da data da inspecção ou do seu início, tanto mais que, com a supressão de peritos nomeados pelas partes, estas perdem o contacto com o perito designado.

37. A inalterabilidade do rol de testemunhas (art. 469.º-2) não tem qualquer justificação.

Desde que à parte contrária seja dado conhecimento da substituição ou adiamento em prazo razoável (cf. *supra*, II, 4, b), deve ser admitida a liberdade da alteração.

38. É notificada para comparecer uma testemunha residente fora da comarca relativamente à qual o juiz recuse a carta precatória (art. 473.º-3).

Mas não se compreende que, não sendo requerida a expedição de carta, ou sendo esta recusada por falta de indicação do objecto do depoimento, a parte deva apresentar a testemunha (art. 473.º-2), não obstante a alteração proposta no art. 216.º-4. Querer-se-á fomentar o requerimento de cartas precatórias apenas para conseguir do juiz a sua recusa?

A notificação em todos os casos terá ainda a vantagem de acabar com a única razão (o controlo do tribunal) da discriminação consistente em impedir o adiamento da inquirição ou a substituição de testemunhas só porque residentes fora da comarca (arts. 480.º, 481.º e 506.º-2-b).

39. O art. 492.º, igual ao art. 642.º do C.P.C., não faz muito sentido quanto à acareação entre a testemunha e o depoente de parte, enquanto o depoimento de parte conservar eficácia probatória (plena) apenas quanto aos factos desfavoráveis ao depoente.

A impossibilidade, que permanece, de valorar os factos favoráveis à parte (*supra*, II, 4, *d*) e a obrigatória redução a escrito do depoimento que encerre confissão (art. 445.º-3), assim perfazendo sempre a fatispécie do art. 358.º-1 do C.C., tornam inútil a acareação respeitante ao facto confessado e incompreensível a acareação relativa a outros factos.

40. A limitação do disposto no art. 496.º-2 (realização da audiência sem esperar o resultado de perícia que demore mais de 3 meses) às acções de indemnização fundadas em responsabilidade civil deixa reçar que, em consequência da regra do art. 450.º-1 (a perícia é, em princípio, realizada em estabelecimento ou serviço oficial apropriado), se verificarem novas causas de atraso dos processos em acções com outro tipo de objecto em que haja prova pericial a produzir.

Além disso, a remissão para a liquidação em execução de sentença poderá acabar por adiar para a acção executiva os problemas da demora do processo, que só seriam eficazmente resolvidos se se previsse que, não obstante a marcação e a realização da audiência (e o proferimento da própria sentença), o procedimento de prova pericial não deixará de ter lugar, a fim de o seu resultado vir a ser tomado em conta na execução que eventualmente se siga. A anomalia deste regime teria a seu favor a economia de tempo que proporcionararia.

41. A designação de técnico para coadjuvar o tribunal não deveria ser limitada ao momento do despacho que designa dia para a audiência (mesmo que se entenda que aí se engloba o despacho que designe segunda audiência).

Também os adjuntos, quanto têm vista do processo (antes da audiência já marcada: art. 497.º), deveriam poder, pelo menos, propor ao juiz do processo a designação do técnico.

42. É inaceitável que dependa do acordo das partes a discussão escrita das questões de direito (art. 511.º-2), seja qual for a sua complexidade. Só cada parte, por si, é que pode decidir se a discussão oral inteiramente satisfaz os seus interesses.

A regra actual (C.P.C., art. 657.º) deveria manter-se, não tendo justificação a tentativa de apressar o andamento do processo à custa do sacrifício de interesses das partes.

43. Desde 1961, a arguição de nulidades da sentença, à excepção da consistente na falta de assinatura do juiz, é feita em recurso, se este for admissível (C.P.C., art. 668.º-3). Contrariamente, no C.P.C. de 1939 a arguição deveria ser feita em 1.ª instância e só após decisão sobre ela tinha lugar o recurso. O Projecto propõe-se manter o sistema actual (art. 522.º-4).

Ora há, pelo menos, mais um caso em que o juiz de 1.ª instância devia ter a possibilidade de se pronunciar sobre a arguição: quando deixe de se pronunciar sobre questão que devia ter apreciado (art. 522.º-1-d). Pode, na verdade, a omissão ter-se devido a um erro e a sua reparabilidade pelo juiz que proferir a sentença pode poupar uma instância de recurso.

Uma vez que a alegação de recurso passará sempre a ter lugar em 1.ª instância (art. 567.º), a melhor solução, por uma razão de economia processual, consistirá em facultar ao juiz a reparação do erro, após as alegações das partes. E então não repugnará que, mesmo que se mantenha a irreparabilidade do actual agravo (*infra*, 46), se introduza um regime excepcional *em todos os casos* em que for arguida a nulidade da sentença.

De qualquer modo, não se entende bem qual o âmbito de previsão do art. 523.º-2 (omissão na sentença, por lapso manifesto, dum elemento de facto ou de direito relevante para a decisão, que permite um pedido de reforma). Tratar-se-á, numa dupla qualificação, do fundamento de nulidade da al. b) do art. 522.º-1? ou deste e do da al. d)? ou de algo diverso, como mandaria uma boa arrumação de conceitos?

44. O art. 530.º omite referir a existência da indicação da cominação (art. 375.º) no acto de citação do réu em processo sumário.

Para que a omissão não dê lugar a dúvidas, conviria referir essa exigência expressamente, ainda que em repetição do disposto em sede de processo ordinário.

45. Desde que, publicado o D.L. 381.º-A/75, se atende ao valor da sucumbência como requisito da recorribilidade das decisões, têm-se sucedido discutíveis condenações em custas, designadamente mediante o recurso a conceitos de incidente que a lei não consente (um simples requerimento seguido de despacho ou, como no caso de que se junta fotocópia, um despacho de aperfeiçoamento seguido de requerimento a aperfeiçoar) e à condenação do mandatário por faltar a diligências cuja justificação arbitrariamente se tem por insuficiente (por vezes em despachos que, proferidos em audiência, nem sequer são notificados ao mandatário, ou não são notificados a tempo de ser completada a justificação apresentada).

Insiste-se em que nestes casos, em que o valor imaterial muitas vezes é mais importante do que o material, o art. 539-3 deveria admitir sempre o recurso (anterior parecer, II, 55).

46. Com a unificação dos recursos de apelação e de agravo, suprime-se a possibilidade da reparação deste (C.P.C., art. 744).

No entanto, a possibilidade de reparação tinha utilidade, tido em conta o tempo que se gasta na instância de recurso, em casos, infelizmente frequentes, em que a violação da lei é flagrante e só a desatenção do juiz explica o despacho recorrido.

Não implicando o despacho de sustentação ou reparação demora significativa do processo, cremos que seria de rever a decisão de supressão pura e simples, introduzindo a regra da reparabilidade das decisões ou estudando um critério que permita a reparabilidade excepcional de algumas decisões (à falta de outro, será aceitável a admissão da reparação limitada a decisões *que não sejam de mérito ou que sejam arguidas de nulas*).

Se isso se fizer, nos casos de revogação do deferimento de providência cautelar será de atribuir efeito suspensivo da eficácia

da decisão revogatória ao recurso que porventura siga seus termos após esta decisão (porventura exigindo ao recorrente a prestação de caução: *infra*, 48).

47. O art. 593.º-2 (fica sem efeito a revista interposta da decisão que não seja de mérito quando não tiver seguimento o recurso dominante) deveria excepcionar, tal como o art. 557.º-2 no recurso de apelação, os casos em que o recurso dominado tenha interesse autónomo para o recorrente.

48. O art. 594.º acaba com o efeito suspensivo do agravo continuado em 2.ª instância (agravo que tinha subido da 1.ª instância nos próprios autos: C.P.C., art. 758.º).

A decisão é de aplaudir. Na prática, apenas dois casos terão regime diferente do actual: o de revogação, pela Relação, da decisão de suspensão da instância; o de revogação, pela Relação, da decisão de absolvição da instância. Em ambos se justifica a baixa do processo para prosseguir na pendência do recurso de revista.

Consideração especial merece, porém, o caso dos procedimentos cautelares. Quando a providência requerida tenha sido ordenada em 1.ª instância e a Relação revogue a decisão (em apelação cujo efeito não foi suspensivo: arts. 560.º-*b* e 562.º), recusando a concessão da providência, a exequibilidade da decisão da Relação dará lugar (como actualmente) a que a providência fique sem efeito, praticamente inutilizando, na generalidade dos casos, o efeito útil do recurso. Crê-se, por isso, que o recurso de revisão deveria, neste caso, ter efeito suspensivo, condicionado, porém, à prestação de caução pelo recorrente.

49. O art. 599.º-3 confere às partes a faculdade de sugerir a ampliação da revista.

Esta faculdade arrisca-se a ser meramente teórica, visto que as partes não têm conhecimento dos termos da discussão e, sobretudo, a parte contra a qual jogará a doutrina contrária à do acórdão anterior, sendo naturalmente levada a prever a manutenção desta última, não terá oportunidade de provocar a intervenção do plenário.

Melhor solução seria talvez a de, sempre que entre os juizes do processo faça vencimento nova doutrina, sujeitar a decisão ao plenário, afastando a discricionariedade do poder do presidente do Supremo ou da secção e contribuindo mais acentuadamente para a uniformização da jurisprudência.

Resta ainda duvidar do acerto da consagração, no art. 599.º-2, da *capitis diminutio* dos conselheiros da secção social e da inerente tutela do direito civil sobre o direito do trabalho: porquê intervirem no julgamento ampliado de revista que corra na secção social todos os juizes da secção cível, sem que o inverso ocorra na hipótese inversa?

50. O recurso de opposição de terceiro passará a ser interposto directamente, isto é, sem dependência de anterior acção de simulação (art. 614.º).

A alteração é de apoiar, em nome da economia processual; mas porque não seguir idêntico critério no recurso de revisão fundado na alínea *b*) (falsidade em documento, acto judicial, depoimento ou declaração de parte ou de perito) ou na alínea *d*) (nulidade ou anulação de confissão, desistência ou transacção) do art. 604? Esse era o regime do C.P.C. de 1939 e, desde que se adopte o procedimento (mais complexo) do art. 615.º, a solução afigura-se preferível. Restaria assim apenas o caso da al. *a*) do art. 604.º (violação dos deveres funcionais do juiz), carecido de tratamento diferente.

51. A nova formulação do fundamento do recurso de opposição de terceiro (arts. 612.º e 613.º-2) tem a vantagem de eliminar a incerteza decorrente da formulação anterior quanto à previsão da fraude processual (*supra*, II, 7. 3), mas suscita novas dúvidas quanto à legitimidade para o recurso: tê-la-á só o terceiro que se tenha *querido* prejudicar, como a redacção dos preceitos parece realçar? ou todo o terceiro *objectivamente* prejudicado pela simulação ou fraude processual, como parece razoável, se consagrou na lei actual (cf. Alberto dos Reis, *Código do Processo Civil Anotado*, VI, ps. 428-431) e consta claramente da lei italiana (C.P.C., art. 404.º)?

Por outro lado, o conceito de dolo, se evita qualificações doutrinariamente controvertidas, designadamente quanto ao critério de delimitação entre a simulação e a fraude processuais (17), presta-se a alguma ambiguidade, na medida em que não se pretende configurar o dolo na emissão da sentença (previsto no art. 604.º-1-a), mas sim o dolo como elemento integrador da simulação do litígio. É de clarificar, afigurando-se preferível partir-se deste último conceito (simulação do litígio), cuja elaboração doutrinária é para o efeito suficiente.

52. A disposição do art. 622.º-2 (não precisam de revisão os documentos exarados em país estrangeiro) é inútil. Preferível seria dizer quais os requisitos adicionais da exequibilidade dos documentos exarados no estrangeiro, remetendo para o art. 428.º.

53. O art. 636.º-2 manda aplicar à nomeação dos árbitros encarregados de auxiliar a liquidação em processo executivo o disposto quanto à nomeação de peritos. Tal como na perícia em acção declarativa, as partes deixarão de nomear os seus peritos, com a consequência agravada de o juiz estar vinculado a homologar o resultado da arbitragem (n.º 3. Embora não fique muito bem esclarecido como o fará se nomear mais do que um árbitro e não se registar unanimidade entre eles: art. 450.º-2).

Este procedimento não se afigura incorrecto quando o juiz mande proceder à arbitragem nos termos do art. 635.º-1 (não contestação sem efeito cominatório pleno) nem quando a prova produzida pela partes tiver sido insuficiente (*mas, neste caso, só desde que às partes tenha sido anteriormente facultado requerer uma perícia*, nos termos em que entendemos deverem poder fazê-lo: *supra*, II, 7.9). Mas já não faz qualquer sentido quando

(17) Falta ou ocorrência da vontade das partes de se sujeitarem aos efeitos da sentença proferida sobre um litígio meramente aparente (Calvosa, *Riflessioni* cit., p. 84; Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1936, II, p. 409)? Natureza do interesse (particular ou geral) que resulta ofendido pela simulação do litígio (Monacciani, *Il problema* cit., ps. 842-843; Carnelutti, *Processo in frode alla legge*, «Rivista di diritto processuale», 1949, I, ps. 40-41)?

a arbitragem tem lugar por virtude de convenção das partes, dado que neste caso cabe às partes a designação dos árbitros e o tribunal (da relação) só pode intervir na nomeação quando falte essa designação (Lei 31/86, de 29/08, arts. 7.º e 12.º). E poderá não fazer igualmente sentido quando se estiver perante uma arbitragem determinada por lei especial, à qual competirá, em primeira linha, determinar o modo de nomeação dos árbitros.

54. Suprime-se o reconhecimento da assinatura como requisito de exequibilidade dos documentos particulares não assinados a rogo (art. 624.º) e estatui-se, conseqüentemente, a suspensão da execução por efeito da dedução de embargos fundados na não autenticidade da assinatura (art. 645.º-1).

Põe-se, porém, o problema de saber quem é que, nos embargos de executado, tem o ónus da prova. Revestindo os embargos a natureza de acção declarativa e estando em causa uma apreciação negativa (a inexecuibilidade do título), a aplicação da norma do art. 343.º-1 do C. Civil levará a que recaia sobre o exequente o encargo de provar que o documento particular foi assinado pelo executado. A ideia de que nos embargos de executado, por revestirem a natureza de contra-acção, cabe sempre ao executado o ónus da prova dos factos em que se fundam⁽¹⁸⁾ é de rejeitar, uma vez que a distribuição do encargo do ónus da prova não depende da posição das partes no processo, mas na da sua posição na relação jurídica substantiva⁽¹⁹⁾.

Crê-se não ser necessário explicitá-lo.

55. Não obstante a norma geral do art. 628.º, o art. 630.º é expresso em regulamentar a conversão em certa da obrigação alternativa.

Outro tanto se deveria fazer quanto às diligências para tornar exigível a obrigação exequenda, designadamente estabelecendo que ao tribunal *da execução* cabe fixar o prazo para o cumpri-

(18) Garbagnati, *Studi in onore di Redenti*, I, p. 472.

(19) Anselmo de Castro, *A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra 1973, p. 49.

mento, quando ele dependa de fixação judicial. Caso contrário, poderá continuar a entender-se que é necessário o recurso ao processo especial do art. 1011.º.

56. Justificar-se-á hoje a manutenção da situação privilegiada de que goza o proprietário dum navio perante a penhora (art. 657.º-1)?

57. O art. 690.º determina que ficará depositária da quota em sociedade que tenha sido objecto de penhora quem, em nome da sociedade, receba a notificação.

A disposição vem do C.P.C. de 1939 e tem sido entendida no sentido de só um representante da sociedade poder ser depositário, visto que só ele pode, *em nome dela*, receber a notificação (Lopes Cardoso, *Manual da acção executiva*, Coimbra 1964, p. 488).

Este entendimento levaria à necessidade de considerar uma excepção no caso em que o titular da quota penhorada seja o único representante da sociedade, tendo até em conta que o executado só com a anuência do exequente pode ficar como depositário dos bens penhorados (arts. 667.º-2 e 676.º-2).

Sendo que a sociedade pode ser notificada na pessoa dum empregado (art. 197.º-2, por analogia), cremos que a expressão «em nome dela» não implica uma relação de representação em sentido técnico. No entanto, convirá sempre clarificar que só com a anuência do exequente é que o executado que receba a notificação poderá ser depositário.

Por outro lado, fazendo-se a notificação, em regra, por via postal (art. 212.º), este meio só terá cabimento se o funcionário dos C.T.T., ao entregar a carta expedida para o efeito, identificar a pessoa que a recebe e que não poderá ser o executado. Se assim não for, designadamente por o regulamento dos C.T.T. não o permitir, terá de se pensar noutro meio de notificação.

58. Entende-se que o cônjuge do executado tem, quando citado para a execução (art. 692.º-1-a), o poder de impugnar créditos reclamados (Castro Mendes, *A acção executiva*, Lisboa 1971, p. 158).

O art. 694.º-2 deveria prevê-lo expressamente, assim como deveria prever também a sua notificação do despacho que admita as reclamações.

59. Talvez fosse de dispensar o requerimento do executado (que, na prática, normalmente nada requer) para a modalidade de venda em estabelecimento de leilão (art. 716.º-1).

60. O art. 736.º-1 deveria clarificar que a existência de arrendamento do imóvel ou fracção vendida que não tenha sido tomada em consideração é fundamento de anulação da venda executiva.

61. As alterações decorrentes da introdução da exigência de pagamento dos créditos reclamados juntamente com o crédito exequendo, no caso de pagamento voluntário na pendência do processo executivo, suscitam várias dúvidas, tanto mais que o articulado alterado se apresenta ambígua ou deficientemente redigido.

Em primeiro lugar, podendo o credor reclamar uma dívida ainda não vencida (art. 693.º-3), por razões que se prendem com a necessidade de transmitir os bens livres dos direitos e ónus que sobre eles incidam (C.C., art. 824.º), o pagamento não deverá abranger senão as dívidas já reconhecidas e vencidas (art. 744.º-1).

Em segundo lugar, a dicotomia «parte líquida ou já liquidada» dos créditos do exequente e dos reclamantes (arts. 744.º-2 e 745.º-1) é redundante, pois o que interessa é que, em resultado ou não de liquidação no processo executivo, os créditos se apresentem *líquidos* à data do pagamento.

Em terceiro lugar, uma vez que se prevê o depósito condicional das quantias que são objecto dos créditos reclamados sujeitos a impugnação (art. 744.º-3), não se percebe a razão porque não se seguiu igual critério quanto à parte ilíquida dos créditos, quando na realidade exequente e credores só não têm que formular um pedido líquido quanto a juros vincendos, facilmente calculáveis (arts. 631.º-1, 632.º-1 e 693.º-3).

Em quarto lugar, o âmbito de previsão tanto do art. 746.º-2 como do art. 747.º-1 é inexplicavelmente restringido, como se só houvesse duas causas de extinção da execução (o pagamento e a desistência do exequente), quando ela se pode extinguir por

outras causas (revogação em recurso da sentença exequenda, procedência dos embargos de executado, extinção da dívida exequenda por causa diversa do pagamento...). O art. 920.º-2 do C.P.C. abrange todos os casos de extinção da execução e no Projecto só o caso do pagamento deverá deixar de poder dar lugar ao prosseguimento da execução a requerimento dum credor reclamante. Quanto ao art. 919.º do C.P.C., embora literalmente pareça conter um conceito tão restritivo da extinção da execução como o proposto art. 747.º, tem sido interpretado no sentido de não prejudicar a existência de outras causas extintivas da execução (Castro Mendes, *A acção executiva*, ps. 200-201) e este entendimento deveria, para evitar ambiguidades, ser claramente expresso no novo Código.

Em quinto lugar, a restrição aos credores *graduados* do acto de notificação da sentença que julgue extinta a execução, transposta do art. 919.º-2 do C.P.C., não tem qualquer razão de ser no novo regime, em que os credores não graduados também podem, uma vez admitidos, requerer o prosseguimento da execução.

Em sexto lugar, se, como parece, se pretende que a execução prossiga, a requerimento dum credor, antes de declarada extinta, deveria consignar-se a notificação dos credores admitidos para o exercício dessa faculdade, antes do despacho de extinção; e, por outro lado, não faz sentido que se diga que «a execução é julgada extinta logo que se efectue o depósito da quantia liquidada» (art. 747.º-1), quando se vê no art. 745.º-1 que a execução não é extinta, mas *suspensa*.

Em sétimo lugar, a redacção do art. 745.º-1 foi particularmente pouco cuidada: o que é crédito *atribuído*? poderá falar-se dum depósito *devido*? acresce que, no texto que nos é presente, se fala de «documento comprovativo da execução», em vez de «documento comprovativo da extinção».

Não obstante estas críticas, aplaudem-se as soluções do pagamento dos credores reclamantes, do alargamento aos credores não graduados da legitimidade para requerer o prosseguimento da execução e do prosseguimento da execução antes da inútil extinção desta.

62. O regime dos recursos em processo executivo deve constar de título posterior aos títulos IV (execução para entrega de coisa certa) e V (execução para prestação de facto), a fim de se ser coerente com a opção tomada no processo declarativo.

Bastará reunir no título VI as disposições dos arts. 750.º, 751.º, 758.º e 771.º.

63. Com a deslocação do disposto no art. 755.º-2-*b* da acção de despejo para a regulamentação do processo executivo comum, a comunicação ao «senhorio» não bastará para que se deva sobrestar na execução: será preciso que o senhorio em causa seja o exequente (ou um seu antecessor), não um terceiro que tenha dado o prédio de arrendamento; e, tratando-se de coisa móvel que o exequente tenha dado a fruir a terceiro por contrato de que este tenha eficazmente cedido a posição contratual, nem de senhorio se poderá falar.

Por outro lado, se a propriedade da coisa (ou outro direito real de fundo) radicar, não no exequente, mas no executado (entrega de coisa cuja fruição é devida pelo executado ao exequente), os títulos de locação ou de sublocação, ou equiparados, previstos nas als. *a*) e *b*) do art. 755.º-2 deverão ter emanado, já não do exequente e contraparte, mas do executado e contraparte.

64. A expressão «podendo e devendo fazê-lo» (a invocação de benfeitorias na acção de condenação) do art. 753.º-3 é ambígua: constituindo a invocação de benfeitorias o exercício dum direito do credor (art. 1273.º do C.C.) e não havendo disposição processual que a imponha na acção declarativa (o art. 398.º-1-*b* admite-a como fundamento de reconvenção), não se vê onde radica o dever a que o artigo se refere. Nele próprio, isto é, na sua própria estatuição?

Cumpra clarificar.

65. Sobre os processos especiais não nos pronunciamos, por falta de tempo.

Apenas fazemos uma observação sobre os embargos de terceiro.

Da substituição do art. 1038.º-2-c) do C.P.C. pelo art. 876.º-2-c) resultará dificilmente sustentável a tese de que o cônjuge que tenha sido citado em processo executivo para requerer a separação de bens poderá pôr em causa, em embargos, a imediata penhorabilidade do crédito exequendo. Actualmente, é possível uma interpretação *a contrario* da referida al. c) no sentido de só excluir a dedução de embargos quando não houver lugar à moratória, cuja ocorrência o cônjuge precisamente virá defender⁽¹⁹⁾. Ter-se-á querido, com a supressão da expressão «não havendo lugar à moratória», suprimir a dedutibilidade dos embargos nesse caso? Estando em causa bens comuns e sendo excepcional a norma que permite a sua partilha, julgamos que, pelo contrário, o novo código deveria expressamente consagrar o fundamento, acabando com as dúvidas de interpretação da lei actual.

66. Entre as alterações propostas e ainda não referidas, entendemos dever manifestar apoio expresso (que não pretende ser exaustivo) às seguintes:

- art. 26.º-1-a): cessação do princípio da reciprocidade e atribuição de competência internacional aos tribunais portugueses no caso de o réu ter domicílio em Portugal;
- art. 26.º-1-c): atribuição de competência internacional no caso de ocorrência parcial dos factos constitutivos da causa de pedir em Portugal;
- art. 77.º: legitimidade do alienante para a acção de preferência;
- art. 84.º: legitimidade do defensor de interesses colectivos ou difusos;
- art. 104.º: iniciativa oficiosa para sanção da falta de certos pressupostos;
- art. 113.º-2: nomeação de intérprete só quando necessária;
- art. 122.º-2: substituíbilidade do comparecimento pessoal por declaração escrita;

⁽¹⁹⁾ Lebre de Freitas, *Direito processual civil II*, Lisboa 1980, p. 171.

- art. 125.º: fim do exemplar dos articulados para o arquivo;
- art. 228.º: alargamento aos casos de litisconsórcio e à reconvenção da possibilidade de apensação de acções;
- art. 300.º-3: evita a subida do processo antes de julgado o incidente de falsidade;
- art. 324.º-2 e -3: suspensão da audiência, sem adiamento, nos procedimentos cautelares;
- art. 325.º: afirmação da prevalência do procedimento cautelar sobre qualquer outro serviço;
- art. 328.º-1: supressão do meio dos embargos quando o requerido é ouvido;
- art. 337.º: alimentos por conta de indemnização;
- art. 347.º-2: execução nos próprios autos da decisão não respeitada de embargo de obra nova;
- art. 357.º-3: maleabilização do rito do processo comum que se mostre inadequado;
- art. 362.º: cessação do dever de indicar os factos provados e não provados.
- art. 366.º-2: supressão do incidente de liquidação;
- art. 418.º: maior margem na apresentação de documentos em instância de recurso;
- art. 445.º-3: redução a escrito do depoimento de parte com conteúdo confessório;
- art. 467.º: redução a auto da inspecção judicial;
- art. 619.º-c): fim da enunciação exemplificativa dos títulos executivos particulares;
- art. 654.º: regulamentação do caso de penhora do estabelecimento comercial;
- art. 663.º-2-a): prestação de caução pelo exequente quando haja dúvida sobre a necessidade de penhorar mais bens.

67. Indicam-se alguns artigos precisados de correcções formais, algumas delas meramente gramaticais, sem preocupação de exaustão:

- art. 3.º: suprimir «ambos»;
- art. 8.º-2: suprimir «ainda»;

- art. 26.º-2: suprimir «seja qual for a sua nacionalidade» (faria sentido num diploma transitório, mas não num código);
- art. 40.º: baixarão → baixará;
- art. 42.º-1: artigo 39.º → artigo 38.º;
- art. 42.º-2: baixam → baixa;
- art. 62.º-1: suprimir «quer estas sejam nacionais, quer sejam estrangeiras» (como no art. 26.º-2);
- art. 114.º: feita por notário → autenticada por notário (se não for lapso, é uma formalidade injustificável);
- art. 151.º-3: carta rogatória → carta precatória ou rogatória;
- art. 202.º-3: a → e;
- art. 212.º-2, 3.ª linha: suprimir «de»;
- art. 235.º-1-a), fim da 5.ª linha: ou → ou o;
- art. 257.º-1: fora dos casos previstos no n.º 2 → sem prejuízo do previsto no n.º 2;
- arts. 254.º e 261.º: uniformizar a referência a ónus, poderes e deveres;
- art. 261.º-2: suprimir «no caso tocante à prova testemunhal»;
- art. 292.º-2: suprimir «própria» e «a qualquer deles»;
- art. 304.º, epígrafe: da suspeição → do impedimento;
- art. 313.º, 4.ª linha: , → e;
- art. 316.º, epígrafe: acrescentar «da suspeição de funcionários de justiça»;
- art. 321.º-3: mesmo que o requerido não seja → se o requerido não for (cf. art. 323.º); suprimir «nesse caso»;
- art. 328.º-1: «O requerido pode recorrer do despacho que defira a providência e, se não tiver sido ouvido, pode *também* opor embargos ao indeferimento» (não citado ou notificado = não ouvido);
- art. 345.º: a vírgula depois de «Estado» deve ser suprimida;
- art. 353.º-1: mal redigido; melhor redacção a do art. 332.º-1, 1.ª parte do Anteprojecto;
- art. 375.º: «ao ser citado para contestar» = «no acto da citação»;

- art. 398.º-1-b): a 1.ª vírgula está deslocada;
- art. 409.º-a): suprimir «se»;
- art. 474.º-2: suprimir «primeiro»;
- art. 479.º-1-e): seguinte → 3;
- arts. 501.º-2, 502.º-4, 507.º e 510.º-3: contêm repetições e matéria mal sistematizada;
- art. 532.º-2: «à data em que for»;
- art. 563.º: «A parte vencedora pode requerer que à apelação interposta de sentença de mérito condenatória seja...»;
- art. 571.º: já está no art. 418.º, com melhor formulação;
- art. 588.º: deve enunciar também o caso de revista interposta de decisão interlocutória da Relação (arts. 590.º-2 e 591.º);
- art. 597.º-1: deve de → deve;
- art. 640.º-2: actos → factos;
- art. 642.º-2: contradição entre «não poder ser cometido à decisão por árbitros» e a sujeição «imperativa» a «arbitragem necessária»;
- art. 750.º-2: apenso → apenso,;
- art. 761.º-1: embargos, → embargos;
- arts. 351.º-2, 470.º-1 e 486.º: gralhas manifestas.

68.1. Uma reforma do processo civil não se pode alhear dos problemas da imputação e do montante das custas judiciais.

A problemática das custas é, aliás, de tal modo importante que em algumas Constituições se consagram princípios a elas respeitantes. Assim acontece, por exemplo, na Itália e no Brasil quanto ao auxílio judiciário e na U.R.S.S. quanto ao direito de conselho e representação gratuita por advogado (Schwab-Gottwald, *cit.*, p. 42).

E entre nós, tendo o recente aumento das tabelas de custas (aliás, por decretos governamentais, quando estão em causa uma questão de organização dos tribunais e uma garantia fundamental dos cidadãos), posto em causa o direito de acesso aos tribunais, foi pelo então provedor da justiça Dr. Almeida Ribeiro requerido ao Tribunal Constitucional a declaração da inconstitucionalidade dos diplomas que as aprovaram, não tendo a Ordem

conhecimento de que o tribunal já se tenha pronunciado sobre esse pedido.

No mesmo plano da garantia do acesso à justiça, é de aplaudir a consagração da figura da acção para defesa de interesses colectivos (art. 84.º). Mas, perguntar-se-á, estarão os sujeitos para tal legitimados, não obstante não defendam interesses próprios, sujeitos ao pagamento de custas?

68.2. Para além destes aspectos, alguns há que o Projecto se propõe directamente regular e outros relativamente aos quais se demite de o fazer, remetendo para a legislação especial sobre custas, não obstante a sua directa incidência no prosseguimento do próprio processo.

68.3. Entre as inovações do Projecto, contam-se as dos arts. 1067.º-1 e 1074.º-1, que são de apoiar: quando a impossibilidade ou inutilidade da lide resulta de facto imputável ao réu, serão as custas suportadas por este; o mandatário da parte vencedora tem a faculdade de requerer que o seu crédito por honorários, despesas e adiantamentos seja satisfeito pela parte vencida (norma esta que, porém, careceria de ser completada: o requerimento não obstará à exigibilidade do crédito da parte vencedora, que terá seguidamente o direito de ser reembolsada por custas de parte. Haverá, por outro lado, que clarificar a articulação do art. 1074.º-1 com o art. 1077.º-1-a) e 3, cuja referência aos honorários dos mandatários parece, tal como está, desnecessária).

Mais criticável é o preceito do art. 1068.º.

Por um lado, dá de acto e incidente *supérfluo* (que considera causa de imputação de responsabilidade pelas custas) uma noção muito elástica (actos e incidentes desnecessários para a declaração ou defesa do direito) que permitirá o maior arbítrio judicial, fomentando o exercício do poder de condenar em custas como um castigo a aplicar às partes e advogados cuja concepção da necessidade (ou simples conveniência) da prática dum acto ou da interposição dum incidente possa não coincidir com a do juiz.

Tendo as custas o valor que têm, seria de pensar em delas isentar totalmente os incidentes processuais, salvo para casos excep-

cionais. Além disso, não se vê razão suficientemente forte para que se introduza uma noção (de superfluidade dum meio processual) distinta da que já decorre do conceito de litigância de má fé (uso manifestamente reprovável do processo ou dos meios processuais: art. 1076.º-2).

Por outro lado, permitindo a condenação de terceiros («pessoa que devia comparecer») nas custas dos adiamentos, quando falem *injustificadamente* a um acto judicial, contém outra fonte de arbítrio (o juiz poderá não considerar a justificação), facilmente fomentadora da má vontade de terceiros em colaborar com a justiça.

Não parece que o melhor meio de atingir a verdade no processo seja torpedear uma testemunha com o pagamento de avultadas custas. Nem se afigura razoável que estas vão ficar a cargo dos mandatários das partes que faltem a uma diligência. *Qualquer destas soluções merece o mais enérgico dos repúdios.*

A melhor solução, sobretudo quando se faz um esforço meritório para circunscrever o número de adiamentos, será pura e simplesmente suprimir a contagem de custas suplementares por via da sua verificação e acabar com o formalismo da justificação das faltas.

A remoção de alguns obstáculos da legislação (processual e específica) sobre custas pode, além de justa, constituir um factor de aproximação entre os intervenientes no processo e o magistrado por lei encarregado de administrar justiça.

68.4. O não pagamento de custas tem gravíssimas repercussões na posição da parte no processo civil e algumas cominações constantes do Código das Custas são insustentáveis.

Assim, por exemplo, não tem qualquer justificação que se tenha por deserto o recurso por não pagamento de custas, sem sequer se dar oportunidade de as pagar, ainda que com multa, fora do respectivo prazo. O art. 241.º-1 propõe-se deixar de conter esta norma do actual C.P.C. (art. 292.º-1). Mas, em lugar de tomar posição sobre a questão levantada (parecer da Ordem, II, 17A), limita-se a sacudir as mãos, remetendo para a legislação especial sobre custas, o mesmo fazendo o art. 239.º-2.

A gravidade das consequências em causa justificaria, porém, que todo o sistema de cominações que não se traduzam em pagamentos acrescidos fosse revisto e passasse a ser tratado no Código do Processo Civil, tendo em conta a garantia constitucional do acesso a justiça e o primado da descoberta da verdade.

68.5. Ainda no plano das custas, há casos em que uma segunda acção ou tramitação, não ocasionada por acto da parte, deveria pura e simplesmente ser isenta de custas.

É o caso, por exemplo, das acções resultantes do desmembramento dum processo instaurado em coligação de autores ou réus (art. 83.º-2): não obstante a coligação ser legal, o juiz pode considerar que é preferível o julgamento separado; o processo fica sem efeito; as novas acções podem ser propostas dentro de 1 mês; mas quem, em duplicado, paga custas são as partes.

Próxima destes casos, igualmente chocante é a posição do exequente perante as custas do processo, que terá que pagar, designadamente quando não são encontrados bens penhoráveis, ou a do autor obrigado a pagar as custas no caso de inutilidade superveniente da lide.

Será que o Estado, devedor de Justiça aos cidadãos, terá mesmo sempre que cobrar a conta, com um rigor por vezes maior que uma empresa comercial?