

APRECIÇÃO DE ALGUNS ASPECTOS DA «REVISÃO DO PROCESSO CIVIL — PROJECTO»

Pelo Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa
(Professor da Faculdade de Direito de Lisboa)

§ 1.º

Introdução

I. Enquadramento geral

1. Em Fevereiro de 1995, o Ministério da Justiça colocou à discussão pública um novo Projecto de Revisão do Código de Processo Civil. Anteriormente, tinham sido publicitados dois Anteprojectos — um em 1988 e o outro em 1993 —, mas o referido Projecto não pode ser considerado o desenvolvimento ou aperfeiçoamento de nenhum deles: a sua base foram as Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil divulgadas em 1993. O texto apresentado contém o Projecto de um Decreto-Lei com 14 artigos, assim repartidos: o art. 1.º introduz múltiplas alterações ao Código de Processo Civil, o art. 2.º adita alguns artigos ao mesmo diploma, o art. 3.º revoga vários preceitos do Código de Processo Civil, os arts. 4.º a 6.º revogam ou reformulam alguns preceitos de outra legislação e, finalmente, os arts 7.º a 14.º contêm as disposições finais e transitórias.

Saúda-se com agrado a concretização de mais uma tentativa de reformulação do processo civil português, dada, além de tudo o mais, a imagem negativa que a ineficiência da justiça processual

civil transmite àqueles que recorrem aos tribunais e à opinião pública em geral. O diagnóstico dos vários problemas encontra-se há muito realizado, existindo também um amplo consenso sobre a indispensabilidade de uma reformulação global e geral do processo civil vigente — aliás, há muito reclamada pelos vários sectores das profissões forenses (1).

O que se espera da legislação processual civil é que ela permita uma rápida realização do direito material através dos tribunais e, quando for o caso, uma adequada solução dos litígios e um pronto restabelecimento da paz jurídica. Por isso, uma reforma do processo civil nos tempos actuais deve orientar-se essencialmente pelos seguintes objectivos gerais: — a efectividade da justiça administrada pelos tribunais através de uma decisão rápida, oportuna e legitimada pelo consenso das partes e do público em geral sobre a sua adequação à composição do litígio concreto; — o aumento da operacionalidade dos sujeitos processuais através da subordinação da actividade processual das partes e do tribunal a um princípio de colaboração ou de cooperação.

Pode afirmar-se que, numa apreciação global, o Projecto apresentado mostra que essas linhas essenciais estiveram subjacentes na elaboração das alterações propostas: elas obtêm tradução em muitas das soluções projectadas e intui-se que enformaram a *mens legislatoris* em muitas das propostas realizadas. Talvez nem sempre as soluções concretas reflectam, particularmente na sua formulação escrita, a concisão necessária e adequada a um texto legislativo, talvez em alguns pontos se pudesse ter aprofundado um pouco mais a reforma proposta, talvez tenham ficado por tratar algumas matérias igualmente carecidas, dentro da referida perspectiva, de simplificação e actualização, talvez nem sempre seja salutar procurar resolver divergências doutrinárias ou jurisprudenciais através de uma intervenção legislativa, mas é indiscutível que o trabalho agora apresentado merece ser enaltecido e aplaudido.

(1) As fundadas preocupações da classe da advocacia sobre o estado actual do processo civil encontram-se bem expressas nas várias intervenções proferidas no Terceiro Congresso dos Advogados Portugueses (Porto, 25-28/10/1990): cfr. Terceiro Congresso dos Advogados Portugueses / Relatórios e Comunicações, 473 ss..

Trata-se da primeira tentativa de ruptura com algumas das tradições napoleónicas e liberais do processo civil nacional ⁽²⁾, em especial quanto ao âmbito da disponibilidade das partes sobre o processo e ao predomínio da discussão escrita sobre a oral, e de uma primeira actualização segundo as modernas «correntes do tempo e do espírito no processo» ⁽³⁾. De destacar são, especialmente, as propostas relativas à subordinação do processo a um princípio de cooperação entre as partes e o tribunal (art. 264.º-A) ⁽⁴⁾ e à realização, quase sempre obrigatória, de uma audiência preliminar destinada à discussão da causa e preparação da sua instrução (art. 508.º-A).

Uma prevenção importa, contudo, fazer. Tendo o Projecto sido elaborado antes da apresentação pública do primeiro estudo realizado, com carácter científico e sistemático, sobre o sistema judicial português ⁽⁵⁾, é indispensável verificar se as reformas propostas se adaptam convenientemente ao tipo de litigiosidade que esse estudo patenteou ser a mais comum no processo civil português, bem como controlar, em função dos dados agora disponíveis, a adequação e a necessidade de certos meios alternativos previstos em alguma legislação avulsa, como a arbitragem voluntária (regulada pela Lei n.º 31/86, de 20/8), o ineficaz regime do processo civil simplificado (introduzido pelo Decreto-Lei n.º 211/91, de 14/6) e o recente processo de injunção (instituído pelo Decreto-Lei n.º 404/93, de 10/12).

⁽²⁾ Sobre as características do processo civil napoleónico, cfr. *Tarello, Dottrine del processo civile / Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (Bologna 1989), 15 s..

⁽³⁾ Utilizando o título da célebre conferência proferida por *Franz Klein*, na fundação Gehe, em 9 de Novembro de 1901: «Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse» (cfr. *Klein, Reden, Vorträge / Aufsätze, Briefe I* (Wien 1927), 117 ss. (= *Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*² (Frankfurt am Main 1958)).

⁽⁴⁾ Pertencem ao Projecto apresentado em Fevereiro de 1995 os artigos citados sem a indicação da sua proveniência.

⁽⁵⁾ Quer-se referir o projecto de investigação sobre «Os tribunais na sociedade portuguesa», elaborado, sob a coordenação e direcção do Prof. Boaventura Sousa Santos, pelo Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e apresentado no Centro de Estudos Judiciários em 20 de Fevereiro de 1995.

2. A reforma, apesar de profunda, não abrange toda a área do processo civil. Excluída está, por exemplo, a matéria de custas e procuradoria, no âmbito da qual surge como absolutamente prioritária a consagração do princípio do pagamento das despesas da parte vencedora pela parte vencida (designadamente, os honorários devidos ao mandatário judicial daquela parte), devendo ser usadas tabelas actualizadas de acordo com os valores realmente praticados no mercado e exceptuando-se apenas algumas das situações em que o recurso ao processo seja imposto por lei. Isso é tão mais importante e necessário quanto é conhecido que o valor de certas despesas é relativamente fixo e que, por isso, a sua percentagem em relação à utilidade económica que o autor pretende obter com a acção aumenta na proporção inversa do valor da causa (quanto menor for esse valor, maior é a percentagem dessas despesas, podendo chegar-se, com alguma facilidade, a montantes que desaconselham, atendendo à *ratio* entre custos e benefícios, o recurso aos tribunais).

Está igualmente carecida de profunda reformulação a regulamentação respeitante à garantia constitucional do acesso ao direito e aos tribunais (art. 20.º da Constituição da República Portuguesa (= CRP)). Os diplomas que constituem o respectivo regime ordinário (que são os Decretos-Leis n.ºs 387-B/87, de 29/12, 391/88, de 26/10, e 102/92, de 30/5) só em parte conseguiram alcançar os objectivos específicos dessa importante garantia constitucional. Por obter estão ainda a própria efectivação dessa garantia e a dignificação das condições de quem presta e em que é prestada a protecção jurídica (isto é, a consulta jurídica e o apoio judiciário) a quem dela necessita.

Também não deve ser esquecido que, mesmo a mais perfeita das legislações processuais, não logrará obter qualquer êxito se a organização judiciária não conseguir responder, em qualidade e quantidade, na significativa parcela que lhe pertence. Muito há ainda a melhorar nesta área, tanto no aspecto da formação dos magistrados e da sua contínua e permanente actualização, como no do aumento do número de tribunais (mesmo de segunda instância) e respectivo apetrechamento quanto ao pessoal, aparelhagem técnica e instalações. Tudo isso sem esquecer também os aspectos mais técnicos da regulamentação relativa à organização judiciária

e a necessária reponderação de algumas das soluções fornecidas pela (ainda) demasiado complexa Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (= LOTJ, Lei n.º 38/87, de 23/12, posteriormente alterada por diversas vezes).

II. Indicação da sequência

São muitas as propostas constantes do Projecto sobre as quais nada há a comentar: elas merecem concordância, ainda que, num ou noutro pormenor, algo pudesse ser referido, quase sempre, contudo, quanto a aspectos formais. As observações subseqüentes restringem-se a algumas das propostas que tocam aspectos essenciais ou mais importantes do processo declarativo, da sua estrutura ou da sua tramitação, sem que isso signifique necessariamente discordância quanto às soluções propugnadas e, menos ainda, quanto às opções de política legislativa a elas subjacentes.

Tem-se consciência de que muitas das soluções propostas no Projecto representam uma ruptura com a *praxis* corrente nos nossos tribunais e de que a aquisição de novas rotinas é facilitada pela pedagogia que se entrevê em alguns preceitos desse Projecto. Isso leva a que se aceitem algumas soluções propostas e a que se proponham expressamente algumas outras, que, em circunstâncias distintas, se considerariam desnecessárias.

§ 2.º

Princípios processuais

I. Princípio da disponibilidade objectiva

1. O processo civil é regido, quanto ao âmbito da vontade das partes, pelos princípios dispositivo e da disponibilidade privada: aquele assegura a autonomia das partes quanto à definição dos fins que se procuram obter através da acção pendente; este determina o domínio das partes sobre os factos a alegar e os meios de prova a utilizar para conseguir aqueles objectivos. Pode dizer-se que o princípio dispositivo representa a autonomia na definição dos fins

prosseguidos no processo (autodeterminação das partes) e que o princípio da disponibilidade objectiva assegura o domínio das partes sobre os meios de os alcançar.

O âmbito dos poderes do tribunal e das partes relativamente à matéria de facto relevante para a apreciação da causa constitui um dos aspectos essenciais de qualquer regime processual ⁽⁶⁾. A orientação segundo a qual o processo civil se encontra na total e completa disponibilidade das partes e, como correlativo desse domínio dos particulares, de acordo com a qual o tribunal deve assumir uma posição puramente passiva encontra-se há muito ultrapassada no ambiente da doutrina processual civil ⁽⁷⁾. Sintomática é, quanto a este aspecto, a evolução ideológica e conceptual quanto à posição do particular perante o Estado e os tribunais: tendo-se partido, numa óptica liberal, de um direito de acção que o indivíduo faz valer perante e contra o Estado, evoluiu-se, em consonância com os princípios do Estado de Direito, até à garantia, que deve ser assegurada pelo Estado, do acesso à justiça e aos tribunais.

Recordem-se, a propósito, as palavras quase centenárias de *Franz Klein*, verdadeiro *Leitmotiv* para os reformadores de todas as épocas: «É claro: as partes devem comunicar e proporcionar ao juiz a factualidade do litígio, porque ele não sabe absolutamente nada da questão até à acção. Mas se isto é entendido de modo que o juiz não tem qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido quanto a alegações e provas, se deixa que as partes cuidem quase exclusivamente disso e só julga precisamente como o material existente o permite, com indiferença sobre se a sua decisão corresponderá à verdadeira situação jurídica, assim compreendido isso é, como é de supor, altamente indesejável não só para os

⁽⁶⁾ Sobre a evolução histórica da temática, cfr. *Bomsdorf*, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit* (Berlin 1971), 23 ss., 66 ss., 98 ss., 159 ss. e 193 ss..

⁽⁷⁾ Curiosa é a posição de *Verde*, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, in *Schipani / Vaccarella* (ed.), *Un «Codice Tipo» di Procedura Civile per l'America Latina* (Padova 1990), 175 s., que se recusa a ver no propósito de aumentar os poderes do tribunal o «fruto de uma alucinação colectiva» e que encontra o fundamento ideológico desse desejo de intervenção do tribunal na exigência de um controlo por organismos imparciais nas acções contra a administração pública e na reivindicação de instrumentos processuais adequados à tutela de interesses difusos.

particulares, mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico» (8).

2. Como resulta do disposto no art. 264.º, n.º 2, as soluções apresentadas no Projecto parecem basear-se numa distinção entre factos essenciais (ou seja, factos que integram e constituem a causa de pedir) e factos instrumentais, probatórios ou acessórios (ou seja, factos que indiciam os factos essenciais e que podem ser utilizados para a prova destes). Mais até: esse preceito mostra que se admite, quanto aos factos instrumentais, uma inquisitorialidade que, em princípio, se nega quanto aos factos essenciais — uma posição que já se procurou defender em face do direito vigente (9) e cuja consagração explícita merece indiscutível aplauso.

Essa distinção entre factos essenciais e instrumentais pode ser estendida a tudo o que, em sede de regulamentação legal, se relaciona com o tratamento da matéria de facto. Isso sucede, desde logo, quanto à preclusão das alegações das partes: aquela preclusão só deve recair sobre os factos essenciais, porque só eles constituem a causa de pedir. Quanto aos factos instrumentais, eles só devem ser alegados na medida do que for necessário para «subsanciar» a causa de pedir e para permitir uma adequada defesa da contraparte, pelo que só uma conduta negligente ou dolosa da parte na omissão desses factos pode obstar à sua alegação posterior. Propõe-se, por isso, uma nova redacção para o art. 264.º, n.º 1, que consagre expressamente que sobre os factos instrumentais não alegados sem negligência da parte não incide qualquer efeito preclusivo:

1. As partes definem o objecto do litúgio através da alegação dos factos integrantes da causa de pedir ou da excepção, sem prejuízo da utilização posterior, para efeitos probatórios, de factos instrumentais que a parte, sem negligência, omitiu no seu articulado.

(8) Klein, Zeit- und Geistesströmungen, 128 (= Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse², 16).

(9) Cfr. Pessoa Vaz, Atendibilidade de factos não alegados / Poderes instrutórios do juiz moderno (Coimbra 1978), 167 ss.; M. Teixeira de Sousa, Introdução ao Processo Civil (Lisboa 1993), 51 s..

Correspondentemente, sugere-se a seguinte redacção para o n.º 2 do mesmo preceito, da qual deve resultar a possibilidade de o tribunal considerar, mesmo oficiosamente, factos instrumentais:

2. Sem prejuízo do disposto nos artigos 514.º e 665.º, o juiz só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes como causa de pedir ou fundamento da excepção, embora possa investigar oficiosamente os respectivos factos instrumentais e utilizar aqueles que resultem da instrução e julgamento da causa.

Convém deixar claro que o que se pretende obter com estas propostas é uma ruptura total com o sistema de preclusão que se encontra instituído no actual regime processual quanto a todo e qualquer facto não alegado ou não impugnado pela parte. A vigência deste sistema conduz necessariamente a uma alegação desmedida de factos nos articulados das partes, porque estas sentem-se compelidas a invocar não só os factos que nesse momento entendem que são indispensáveis à procedência ou improcedência da acção, mas também todos aqueles que pensam ou imaginam que virão eventualmente a necessitar para conseguir uma decisão favorável.

Esta situação não deve ser mantida. A preclusão não pode afectar todo e qualquer facto não invocado, mas tão-só os factos necessários para a constituição da causa de pedir (ou da excepção), ou seja, os factos sem cuja alegação não se pode afirmar que está preenchido o ónus de apresentação da causa de pedir (ou de contestação por excepção). Por exemplo: numa acção de divórcio instaurada com fundamento na violação culposa do dever conjugal de fidelidade, o autor tem de invocar o adultério que imputa ao outro cônjuge e as condições em que tal ocorreu, mas não tem de temer que a omissão não negligente de qualquer pormenor, conhecido ou imaginado, implique a impossibilidade da sua alegação posterior.

Finalmente, as propostas acima feitas dispensam o disposto no art. 264.º, n.º 3 (e a sua referência no art. 664.º). Independentemente disso, aliás, não parece necessário prever que a parte manifeste a vontade de aproveitar os referidos factos instrumentais: o cumprimento desse requisito é normalmente inútil, dado que

a parte tem manifesto interesse no seu aproveitamento e dificilmente se concebe que não os deseje ver considerados no processo; se não for inútil, é prejudicial, dado que, se a parte obstar ao aproveitamento de factos apurados, isso constitui um entrave à actividade decisória que pertence ao tribunal e conduz ao proferimento de uma sentença que não corresponde à verdade averiguada em juízo.

3. Para procurar que se torne mais claro que a causa de pedir é constituída apenas pelos factos essenciais à individualização do pedido, sugere-se a seguinte redacção para o art. 498.º, n.º 4, do Código de Processo Civil (= CPC):

4. Há identidade de causas de pedir quando o pedido formulado nas duas acções procede dos mesmos factos jurídicos, ainda que, acessoriamente, a parte invoque diferentes factos instrumentais.

4. Sobre a mesma matéria, cfr. também *infra*, § 5.º II. 2..

II. Princípio da cooperação

1. Saúda-se a consagração do princípio da cooperação no art. 264.º-A, destinado a transformar o processo civil numa «comunidade de trabalho»⁽¹⁰⁾ e a responsabilizar as partes e o tribunal pelo seu sucesso. Espera-se que uma forte acção pedagógica a realizar junto dos profissionais forenses venha a evitar que o preceito permaneça uma simples intenção sem tradução na conduta de todos esses participantes processuais.

Pode-se ir, contudo, mais além do que se encontra estabelecido nesse art. 264.º-A. Existe um dever de cooperação das partes perante o tribunal, mas também há um idêntico dever deste perante aquelas. Aquele dever está fundamentalmente regulado a propósito da proibição da litigância de má fé (cfr., em especial, o art. 456.º,

⁽¹⁰⁾ Cfr. *Wassermann, Der soziale Zivilprozeß / Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat* (Neuwied / Darmstadt 1978), 97 ss..

n.º 2, al. c)). Mas falta regular o dever de cooperação do tribunal com as partes.

Este dever (trata-se, na realidade, de um poder-dever ou dever funcional) desdobra-se, para esse órgão, em dois deveres essenciais: um é o dever de esclarecimento ou de consulta, isto é, o dever de o tribunal esclarecer junto das partes as eventuais dúvidas que tenha sobre as suas alegações ou posições em juízo, de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de esclarecimento de uma situação e não a verdade sobre ela apurada; o outro é o dever de prevenção ou de informação, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos e de as informar sobre aspectos de direito ou de facto que por elas não foram considerados (porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque o tribunal pretende conhecer officiosamente certo facto relevante para a decisão da causa). A integração deste dever no mais amplo dever de colaboração justifica a transposição para a regulamentação deste último do disposto no art. 3.º, n.º 3 (aliás, essa matéria não respeita à observância do princípio do contraditório, porque só muito impropriamente se pode afirmar que entre o tribunal e as partes existe um direito ao contraditório).

Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido genérico ou indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto (como a celebração de um contrato ou a ocorrência de um acidente de viação), de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de informar as partes de que a questão em apreciação merece, em sua opinião, um enquadramento jurídico distinto daquele que é por elas pressuposto⁽¹⁾. Refira-se que o uso desses poderes funcionais pelo tribunal pode chegar até à sugestão da modificação do objecto ou das partes da acção ou da formulação de um novo pedido —

⁽¹⁾ Sobre estes e outros exemplos, cfr. *MünchKomm / Peters*, § 139 18 e 24 ss.; *Rosenberg / Schwab / Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁵ (München 1993), 429 s..

uma solução firmemente alicerçada na legislação e jurisprudência alemãs, por exemplo ⁽¹²⁾.

A utilização deste poder funcional pelo tribunal em nada con-
tende com a disponibilidade das partes sobre o processo, porque,
como é claro, embora o tribunal tenha o dever de se esclarecer
perante as partes ou de as prevenir quanto às eventuais deficiências
das suas alegações ou pedidos, aquelas conservam a liberdade de
esclarecer ou não o juiz e de suprir ou não as deficiências detecta-
das. O que decorre da concessão daquele poder-dever e do respec-
tivo uso pelo tribunal é que a essa disponibilidade acresce a cons-
ciência das consequências dos actos praticados ou omitidos em
processo.

Tendo presente o exposto e conservando como n.º 1 a redac-
ção do art. 264.º-A, propõe-se para os n.ºs 2 e 3 desse preceito a
seguinte formulação:

2. O tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes sempre que tenha dúvidas sobre o sentido das suas alegações, requerimentos ou pedidos, bem como o dever de as prevenir sobre as deficiências ou insuficiências dos mesmos para os fins pretendidos.

*3. O tribunal não pode decidir questões de direito ou de facto de conhecimento officioso sem que seja facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronun-
ciarem.*

Deve ainda observar-se que a faculdade que o art. 477.º, n.º 1, atribui ao juiz quanto ao convite à correcção pelas partes da sua exposição da matéria de facto também deve ser conceptualizada como um poder-dever, porque essa situação mais não é do que a concretização do referido dever de colaboração. Sugere-se a correspondente alteração na redacção desse preceito.

2. Há um aspecto relativo ao princípio da cooperação que constitui a contrapartida dos poderes inquisitórios e de direcção do

⁽¹²⁾ Cfr. *MünchKomm / Peters*, § 139 31 ss..

processo que pertencem ao tribunal: é o dever de comparecimento pessoal das partes e dos seus representantes ou mandatários. Como o poder de solicitar esclarecimentos às partes está consumido pelo dever agora proposto no art. 264.º-A, n.º 2, sugere-se a unificação num único número (que passaria a ser o n.º 4 do art. 264.º-A) do disposto no art. 266.º, n.ºs 2 e 3:

4. O juiz pode, em qualquer momento, ouvir pessoalmente as partes e os seus representantes ou mandatários judiciais, que, quando para tal notificados, são obrigados a comparecer.

3. Por ser contrário à efectivação e ao espírito do princípio da cooperação (e também ao da correcção recíproca previsto no art. 266.º-B), é indispensável revogar o disposto no Decreto-Lei n.º 330/91, de 5/9, quanto à dispensa de justificação da falta de advogado a um acto judicial. Um tal diploma de cariz manifestamente corporativo é inconciliável com a vigência dos referidos princípios.

III. Princípio da adequação formal

O art. 264.º-B regulamenta o chamado princípio da adequação: segundo este, o tribunal pode, em certas circunstâncias, adaptar a tramitação legal às exigências específicas da acção instaurada. Mas impõem-se algumas correcções na redacção proposta para aquele preceito.

O n.º 1 do art. 264º-B deve ser alterado, pois não é muito clara a hipótese de aplicação desse preceito: parece estar a pensar-se numa adaptação meramente parcial da marcha do processo, mas é com dificuldade que se pode aceitar que o juiz possa, por exemplo, impor às partes a apresentação de articulados suplementares. O n.º 3 do mesmo preceito é suprimido, dada a nova redacção proposta para o n.º 1 do mesmo artigo, para o qual se propõe, no seu todo, a seguinte redacção:

1. Quando nenhuma tramitação processual se adequar às especialidades da acção proposta, o juiz deve

adaptá-la, a requerimento ou oficiosamente, especificando os actos processuais adequados.

2. Na execução da atribuição referida no número anterior, o juiz determina a realização dos actos que, garantindo a igualdade das partes e todos os seus direitos e poderes, melhor sirvam o apuramento da verdade.

IV. Princípio da publicidade

A publicidade das audiências dos tribunais constitui uma importante garantia do processo numa dupla dimensão: em relação às partes, ela assegura a possibilidade de um controlo popular da decisão que as afecta directamente; quanto à opinião pública, essa publicidade permite aumentar a sua confiança na administração da justiça. Mas há que reconhecer que, hoje em dia, o problema não reside tanto no acesso do público às audiências dos tribunais, como na admissibilidade do seu registo para transmissão, simultânea ou diferida, pelos meios radiofónicos ou televisivos. É, contudo, uma questão que deverá ser equacionada e resolvida num plano mais vasto do que o da reformulação de uma única das legislações processuais.

Os arts. 167.º e 168.º referem-se à publicidade do processo. A conjugação do disposto nesses arts. 167.º e 168.º (particularmente, nos respectivos n.ºs 2 e 1) levanta, algumas dificuldades. O art. 167.º, n.º 2, garante o acesso ao processo às partes, a qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial e a quem revele um interesse atendível; pelo contrário, o art. 168.º, n.º 1, limita o acesso ao processo nos casos em que o seu conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar e à moral pública ou pôr em causa e eficácia da decisão a proferir.

Deve ficar claro que as várias restrições impostas pelo art. 168.º, n.º 1, têm destinatários distintos: a última refere-se às partes, aos seus mandatários e aos eventuais interessados; as demais respeitam ao público em geral e reflectem-se normalmente numa limitação à publicidade das audiências dos tribunais (cfr.

ou utilizar na concessão de personalidade judiciária o critério usado no art. 65.º, n.º 2 (prática do facto que serve de causa de pedir pela sucursal). A primeira alternativa traduzir-se-ia num excessivo alargamento da competência internacional dos tribunais portugueses, que passariam a ser competentes para apreciar uma acção proposta por um português ou um estrangeiro domiciliado em Portugal contra a sucursal portuguesa de uma sociedade estrangeira, mesmo quando a obrigação tivesse sido contraída por esta última. Advoga-se, por isso, que às sucursais de sociedades estrangeiras só seja atribuída personalidade judiciária para as acções relativas a factos por ela praticados, o que, em termos práticos, se traduz na eliminação do art. 7.º, n.º 2, CPC (porque a hipótese que importa consagrar é subsumível ao n.º 1 do mesmo preceito).

4. Mas não ficam por aqui os problemas colocados pelo art. 65.º, n.º 2. Está agora em causa o disposto no art. 86.º, n.º 2 2.ª parte, CPC, preceito no qual se permite que, quando a competência territorial para a acção seja apreciada segundo o critério geral do domicílio ou sede do demandado, a acção seja proposta contra a pessoa colectiva ou sociedade estrangeira no tribunal da sede da sua sucursal em Portugal. Quer dizer: a parte demandada é a pessoa colectiva ou a sociedade, mas a acção (de declaração de nulidade ou de anulação de um contrato, por exemplo) pode ser proposta no tribunal da sede da sua sucursal em Portugal. Essa regra é coerente com o disposto no art. 65.º, n.º 3, CPC (que ficciona sediadas em Portugal as pessoas colectivas e as sociedades estrangeiras que aqui possuam sucursal ou equivalente), mas não o é com o estabelecido no art. 65.º, n.º 2. Se, segundo este último preceito, a sucursal só se considera sediada em Portugal, para efeitos de aferição da competência internacional, quando, além de aqui se encontrar localizada, a acção respeitar a factos por ela praticados, não é coerente permitir que a acção seja proposta no tribunal da sede da sucursal de uma pessoa colectiva ou sociedade estrangeira numa situação em que esse requisito (da prática do facto) não se encontra preenchido.

A contradição torna-se ainda mais flagrante se se mantiver, no elenco dos factores aferidores da competência internacional, o critério da coincidência (art. 65.º, n.º 1, al. b)). Se a acção não se fun-

damentar num facto praticado pela sucursal, ela não pode ser instaurada no tribunal da sede desta segundo o critério do domicílio do demandado (art. 65.º, n.º 1, al. *a*)), mas já o pode ser com base no critério da coincidência (art. 65.º, n.º 1, al. *b*), por conjugação com o art. 86.º, n.º 2 2.ª parte, CPC). Tudo isto justifica a eliminação do art. 86.º, n.º 2 2.ª parte, CPC.

5. O art. 65.º-A, al. *e*), atribui competência exclusiva aos tribunais portugueses para as execuções de decisões que devam ter lugar em território português. O preceito parece inspirar-se no art. 16.º, n.º 5, CBruX, mas não é feliz na sua formulação. O estipulado naquele preceito parece pressupor que, no direito português, existem regras que determinam uma competência exclusiva dos tribunais portugueses para certas execuções. Não é claro quais elas sejam, dado que certamente não é concebível que as regras constantes dos arts. 90.º a 95.º CPC estabeleçam tais situações de competência exclusiva.

O que o art. 16.º, n.º 5, CBruX estabelece é a competência exclusiva do tribunal da execução (isto é, do tribunal onde a execução foi instaurada) para apreciar os diferendos resultantes do recurso à força ou à coerção aquando da execução material de decisões e actos, ou seja, no caso português, os embargos de executado e os embargos de terceiro⁽¹⁵⁾. É isso que se deve (ou pode) estipular na al. *e*) do art. 65.º-A, para a qual se propõe o seguinte texto:

e) Para as acções e incidentes relativos às execuções de decisões pendentes nos tribunais portugueses.

III. Competência convencional

1. O art. 99.º reformula alguns aspectos do regime dos pactos de jurisdição. Propõe-se, antes do mais, que a presunção estabelecida no n.º 2 seja a do carácter exclusivo da competência atribuída

⁽¹⁵⁾ M. Teixeira de Sousa / D. Moura Vicente, Comentário à Convenção de Bruxelas (Lisboa 1994), 117 s..

ao tribunal designado, porque tal corresponde à vontade normal das partes. Quando estas celebram um pacto atributivo de jurisdição, normalmente desejam que o tribunal designado seja o exclusivamente competente.

Quanto aos requisitos do pacto de jurisdição, propõe-se um alargamento da sua incidência. O art. 99.º, n.º 3, al. a), não deve excluir o pacto de jurisdição em relação a todo e qualquer direito indisponível, mas apenas — se é que mesmo isso é justificável — quanto aos direitos respeitantes ao estado das pessoas. A redacção proposta é, pois, a seguinte:

a) Não dizer respeito a um litígio relativo ao estado das pessoas;

2. O n.º 4 do art. 99.º refere-se aos requisitos formais dos pactos de jurisdição, reproduzindo, no essencial, o disposto no art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86, de 29/8. Propõe-se que a prova exigida seja não só a escrita, mas a que fique registada por outro meio (electrónico, por exemplo).

O n.º 5 do mesmo preceito refere-se à hipótese de o pacto de jurisdição constar de uma cláusula contratual geral, que é proposta por uma das partes à sua contraparte no negócio. A matéria encontra-se regulada no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10 (em especial, nos arts. 4.º a 9.º, relativos à inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares), pelo que é discutível a necessidade da sua regulamentação no preceito em análise, correndo-se, aliás, o risco de originar indesejáveis conflitos de regulamentações legais.

IV. Incompetência relativa

O art. 108.º pretende resolver a controvérsia sobre a qualificação da violação do pacto privativo de jurisdição, incluindo-a na incompetência relativa. É discutível que a solução encontrada seja a melhor, atendendo a que, nessa hipótese, não pode ser aplicada a consequência dessa incompetência: a remessa do processo para o tribunal competente (art. 111.º, n.º 3, CPC), que seria, no caso, um

tribunal estrangeiro. Porque tem pouco sentido qualificar essa violação como uma incompetência relativa quando não é possível aplicar-lhe a correspondente consequência legal, discorda-se da solução proposta ⁽¹⁶⁾.

O art. 110.º, n.º 2, vem qualificar como incompetência relativa as situações de incompetência em razão do valor da causa ou da forma do processo aplicável (ou seja, a infracção de alguns dos critérios estabelecidos no art. 45.º LOTJ) e impor o conhecimento officioso dessa incompetência. Nada há a objectar a essa solução, dado que o único inconveniente de idêntica qualificação no regime vigente é precisamente a impossibilidade do seu conhecimento officioso (cfr. art. 109.º, n.º 2, CPC) ⁽¹⁷⁾.

V. Revisão de sentenças

São introduzidas algumas alterações no processo especial de revisão de sentença estrangeira. Uma delas consiste em configurar como um obstáculo ao reconhecimento a circunstância de, sendo a revisão requerida contra português, a decisão ofender as disposições do direito privado português, quando a questão devesse ser resolvida por este segundo a regra de conflitos do direito português, o que implica que, dado o disposto no art. 1100.º, esse impedimento passa a estar na disponibilidade do requerido. Esta proposta merece aprovação ⁽¹⁸⁾.

Embora a questão possa parecer quase apenas de redacção, prefere-se aquela que consta da actual al. f) do art. 1096.º CPC à que é proposta no Projecto (que, aliás, é quase semelhante à que se encontra no art. 983.º, n.º 1, al. f), do Anteprojecto de 1993). O problema não é o de saber se a decisão revidenda contém uma solução que, após o reconhecimento, é «manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português» (art. 1096.º, al. f)), mas o de determinar se essa decisão contraria os «princípios de ordem pública portuguesa» (redacção do

⁽¹⁶⁾ Sobre a questão, cfr. *M. Teixeira de Sousa*, *Competência*, 133.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *M. Teixeira de Sousa*, *Competência*, 131.

⁽¹⁸⁾ Identicamente, *Ferrer Correia / Ferreira Pinto*, *Breve apreciação*, 54 s..

art. 1096.º, al. f), CPC). Isto é: o que deve relevar é a contradição da decisão com os princípios da ordem pública internacional portuguesa e não o carácter manifesto da sua incompatibilidade com qualquer regra dessa mesma ordem pública. O acento deve recair sobre os valores que se pretende salvaguardar e não sobre a forma patente ou oculta da infracção das regras relativas à ordem pública.

§ 4.º

As partes processuais

I. Personalidade judiciária

1. O art. 6.º, al. c), atribui personalidade judiciária às sociedades comerciais antes do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, substituindo, assim, o disposto no art. 8.º CPC. Não se encontram motivos para «premiar» as sociedades irregulares (não tanto aquelas que ainda não se constituíram, mas mais aquelas que tardam em constituir-se) com a atribuição de personalidade judiciária activa. Assim, propugna-se a conservação do actual regime, ainda que um pouco simplificado. Em concreto, sugere-se que a al. d) do art. 6.º passe a ser a al. c) e que a nova al. d) tenha a seguinte redacção:

d) sociedade comercial, até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituiu, quando demandada ou quando formule pedido reconvençional.

2. Concorda-se com a possibilidade de sanação da falta de personalidade judiciária prevista no art. 8.º⁽¹⁹⁾, mas deve ficar claro que a administração principal pode não só ratificar o proces-

⁽¹⁹⁾ M. Teixeira de Sousa, As partes, o objecto e a prova na acção declarativa (Lisboa 1995), 20.

sado, mas também, não querendo aceitá-lo, repetir os actos praticados pela sucursal ou equivalente. A redacção proposta para o art. 8.º é a seguinte:

A falta de personalidade judiciária das sucursais, agências, filiais, delegações ou representações pode ser sanada mediante a intervenção da administração principal e a ratificação ou repetição do processado.

II. Legitimidade singular

1. O redacção do art. 26.º, n.º 3, pretende resolver a querela sobre a apreciação da legitimidade singular, adoptando a tese que foi defendida por *Barbosa de Magalhães*: segundo ela, a legitimidade processual deve ser apreciada em função do objecto alegado pelo autor e não, como era defendido por *Alberto dos Reis*, em relação à efectiva titularidade desse mesmo objecto⁽²⁰⁾. Por outras palavras, segundo o disposto no art. 26.º, n.º 3, são partes legítimas aquelas partes que se apresentam ou que são apresentadas pelo autor como titulares do objecto processual e não aquelas que são os seus titulares efectivos.

A análise desta complexa matéria é algo facilitada se se começar por ter presente os casos em que pode ter interesse analisar a legitimidade processual. Teoricamente, são três as situações possíveis: aquela em que a legitimidade é atribuída ao próprio titular do direito, aquela em que a legitimidade é concedida a um terceiro e, finalmente, aquela em que ao titular do direito é retirada a legitimidade processual.

A primeira hipótese — a de atribuição de legitimidade ao próprio titular do direito — não é independente da apreciação do mérito da causa, ou, dito de outro modo, a sua apreciação é consu-

⁽²⁰⁾ Cfr., nomeadamente, *Barbosa de Magalhães*, Legitimidade das partes, GazRL 32 (1919), 275; *Alberto dos Reis*, Legitimidade das partes, BFDUC 8 (1923/1925), 83; sobre alguma outra doutrina defensora de cada uma dessas orientações, cfr. *M. Teixeira de Sousa*, Partes, 49.

mida pelo julgamento do mérito ⁽²¹⁾. Daí resulta que não tem qualquer interesse apreciar se o titular do direito (ou aquele que se apresenta como tal) tem legitimidade processual. Essa questão é um aspecto do mérito e é neste que a análise se deve realizar: se a parte for o titular, a acção procede ou pode proceder; se não o for, a acção improcede. Esta conclusão permite dizer que não pode ser reconhecida razão nem à tese de *Barbosa de Magalhães*, nem à de *Alberto dos Reis*: ambas constroem, embora com perspectivas diferentes, um pressuposto processual com um aspecto que afinal respeita ao mérito.

Restam, assim, as duas outras hipóteses: a da averiguação da legitimidade de um terceiro e a da exclusão da legitimidade do titular do objecto do processo ⁽²²⁾. A concessão de legitimidade ao terceiro (substituto processual) pode ser exclusiva ou concorrente com a legitimidade do titular da situação jurídica. Se for exclusiva, estas hipóteses são correlativas entre si, mas, como não importa prever a legitimidade do próprio titular do direito, apenas interessa considerar a situação de substituição processual.

Só a lei pode definir as situações em que pode ser reconhecida legitimidade a um terceiro ou em que ela pode ser retirada ao titular (ou alegado titular) da situação jurídica; também só a lei pode determinar as hipóteses em que a legitimidade pode ser concedida a um terceiro através de um acto voluntário ou negocial (como sucede, por exemplo, quando um dos cônjuges concede ao outro o consentimento para estar em juízo numa acção relativa a bens comuns). Conjugando esta conclusão com o acima exposto, isso justifica uma reformulação integral do art. 26.º CPC, fazendo-se a seguinte proposta para o preceito relativo ao regime da legitimidade singular:

Apenas nos casos definidos na lei a legitimidade processual pode ser reconhecida ou concedida a quem não é titular do objecto do processo.

⁽²¹⁾ *M. Teixeira de Sousa*, Partes, 48 s..

⁽²²⁾ Sobre o tratamento destas situações no plano da ilegitimidade, cfr. *M. Teixeira de Sousa*, Partes, 56 s..

2. Sobre o disposto no actual art. 26.º, n.º 2, CPC, cfr. *infra*, V.

III. Legitimidade plural inicial

1. Começa-se pela referência a um aspecto de pormenor: se se entende que deve ser esclarecida a situação de litisconsórcio entre os cônjuges quando o objecto da acção é a casa de morada da família, não se percebe por que razão só se prevê o litisconsórcio passivo (art. 19.º, n.º 2). Propõe-se, por isso, uma alteração no art. 18.º, n.º 1, CPC, que é suficiente, dado o disposto no art. 19.º CPC, para implicar igualmente um litisconsórcio passivo:

1. Devem ser propostas por ambos os cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro, as acções relativas à casa de morada da família e aquelas de que possa resultar a perda ou a oneração de bens que só por ambos possam ser alienados ou a perda de direitos que só conjuntamente por eles possam ser exercidos.

2. São apresentadas algumas propostas de alteração sobre o regime da coligação. Uma delas é a introdução do art. 31.º-B, relativo à coligação subsidiária. A primeira dificuldade nesta matéria consiste em detectar quais as situações práticas que podem ser qualificadas como tal, dado que qualquer coligação pressupõe uma pluralidade de partes, activas ou passivas, e uma pluralidade de pedidos formulados diferenciadamente por ou contra partes distintas. Assim, uma coligação subsidiária passiva (porque só a ela se refere o art. 31.º-B) seria aquela em que é formulado contra um réu um pedido principal e contra um outro réu um pedido subsidiário, isto é, um pedido que só virá a ser apreciado se aquele pedido principal não vier a proceder.

Embora não se exclua a configuração prática de uma tal eventualidade (que, além do mais, deverá respeitar a conexão exigida pelo art. 30.º (e 30.º CPC)), não é fácil imaginar uma hipótese concreta que a ela corresponda. Muito mais frequente é a situação em

que a subsidiariedade se verifica entre as partes da acção (e não entre diferentes pedidos formulados por ou contra partes distintas).

Em vez de haver um pedido principal e um subsidiário, há uma parte principal e uma subsidiária. Suponha-se, por exemplo, que, numa acção de indemnização, é duvidoso se é o Estado que responde pelo seu funcionário ou se a responsabilidade é directamente deste agente ou que, num caso em que é discutida a validade de uma cessão de créditos, é questionável quem é o verdadeiro credor ⁽²³⁾. Admita-se ainda que, tendo ocorrido um acidente de viação em que participaram três veículos, um dos lesados pretende instaurar uma acção de indemnização, mas é duvidoso (ou não se pode mesmo saber) qual dos outros dois condutores é o culpado do acidente ⁽²⁴⁾. Todavia, eventualidades como estas não constituem hipóteses de coligação (porque nelas não existe qualquer pluralidade de pedidos), mas de litisconsórcio (ou, pelo menos, de uma cumulação subjectiva atípica).

O problema essencial, mesmo nesta dimensão mais reduzida, reside na posição da parte, em especial da parte passiva, nessa situação de subsidiariedade. Enquanto não houver uma decisão relativa à parte principal, a parte subsidiária mantém-se numa posição de expectativa ou de incerteza, nunca podendo conhecer, antes dessa decisão, a sua efectiva participação no processo. Este argumento — que é habitualmente utilizado para rejeitar a admissibilidade de uma cumulação subjectiva subsidiária (particularmente a passiva) ⁽²⁵⁾ — pode ser ultrapassado (ou minorado) se se acentuar que, como, aliás, não pode deixar de acontecer, o litisconsórcio subsidiário pressupõe necessariamente um único pedido ou vários pedidos que são formulados conjuntamente pela ou contra a parte principal e a subsidiária. Isso conduz a que as partes (quer a principal, quer a subsidiária) apresentem e discutam simultaneamente a mesma matéria de facto, mesmo que, eventualmente, em oposi-

⁽²³⁾ Os exemplos são fornecidos por *Kion*, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß* (Berlin 1971), 82.

⁽²⁴⁾ Cfr. *Cândido R. Dinamarco*, *Litisconsórcio*³ (São Paulo 1994), 398.

⁽²⁵⁾ Cfr. *Kion*, *Eventualverhältnisse*, 83, onde se refere um «Prozeß auf Probe»; *MünchKomm / Lüke*, § 253 17; *Rosenberg / Schwab / Gottwald*, ZPR¹⁵, 357 s..

ção uma com a outra (por exemplo, imputando reciprocamente a culpa no acidente causado) ⁽²⁶⁾.

Concluindo, a matéria deve ser regulada em sede de litisconsórcio e não de coligação, pelo que se propõe a seguinte redacção para um preceito que, respeitando numeração do Projecto, deverá ser o art. 28.º-B (e que se destina a substituir o regulado no art. 31.º-B):

No caso de dúvida fundamentada sobre o sujeito da situação controvertida, é admissível a dedução de um pedido por uma parte e, para a hipótese da sua improcedência relativamente a ela, por um outro autor, assim como a formulação de um pedido contra uma parte e, no caso da sua improcedência quanto a ela, contra um outro réu.

Consequentemente, o art. 325.º, n.º 2, deverá ter a seguinte redacção:

2. No caso previsto no art. 28.º-B, pode ainda o autor chamar a intervir um réu subsidiário.

3. Também merece atenção um outro aspecto das modificações propostas quanto à coligação. É ele o que se prende com a escolha que os arts. 31.º, n.º 4, e 31.º-A, n.º 1, atribuem ao autor (ou autores, cfr. art. 31.º-A, n.º 2) nos casos em que, respectivamente, o tribunal entenda que a coligação não se deve manter e em que falte, entre os pedidos cumulados, a conexão exigida pelo art. 30.º.

Essa escolha não pode ter o carácter irrestrito que esses preceitos parecem pressupor. Importa ter presente que a coligação é admissível quando os pedidos estejam entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência (art. 30.º, n.º 1), pelo que,

⁽²⁶⁾ Admitindo o litisconsórcio subsidiário ou eventual, cfr. *Baumgärtel*, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß* (Köln / Berlin / Bonn / München 1972), 130 s.; *Consolo*, *Il cumulo condizionale di domande II* (Padova 1985), 598 ss. e 609 ss.; *Cândido R. Dinamarco*, *Litisconsórcio*³, 390 ss..

nessa hipótese, não se deve admitir que o autor possa escolher a subsistência do pedido dependente: nessa eventualidade, é necessariamente o pedido prejudicial que deve subsistir. Assim, propõe-se que o art. 31.º, n.º 4, tenha a seguinte redacção:

4. Se o tribunal, officiosamente ou a requerimento de algum dos réus, entender que, não obstante a verificação dos requisitos da coligação, há inconveniente em que as causas sejam instruídas, discutidas e julgadas conjuntamente, determinará, em despacho fundamentado, a subsistência do pedido prejudicial, se o houver, e, nos demais casos, notificará o autor para indicar, no prazo fixado, qual o pedido ou pedidos que continuarão a ser apreciados no processo, sob cominação de, não o fazendo, ser o réu absolvido da instância quanto a todos eles.

Também o art. 31.º-A, n.º 1, deve receber uma nova redacção, assim proposta:

1. Ocorrendo coligação sem que entre os pedidos exista a conexão exigida pelo artigo 30.º, o juiz determinará que o processo continue apenas quanto ao pedido prejudicial, se o houver, e absolverá o réu da instância quanto aos demais; não sendo esse o caso, o juiz notificará o autor para, no prazo fixado, indicar qual o pedido que irá ser apreciado no processo, sob cominação de, não o fazendo, o réu ser absolvido da instância quanto a todos eles.

IV. Legitimidade plural sucessiva

1. A matéria relativa à intervenção de terceiros é das que mais é alterada pelo Projecto. Segundo este, passam a existir apenas três formas de intervenção de terceiros: a intervenção principal, espontânea e provocada (arts. 320.º a 329.º), a intervenção acessória, que também pode ser espontânea ou provocada

(arts. 330.º a 341.º), e a oposição (arts. 342.º a 359.º), que abrange a oposição espontânea, a provocada e ainda os embargos de terceiro. É uma tripartição admissível numa área em que o direito comparado mostra alguma diversidade de soluções.

O direito italiano distingue entre a intervenção voluntária (art. 105 do *codice di procedura civile* (= cpc)), a intervenção provocada pela parte (art. 106 cpc) e a intervenção provocada pelo juiz (art. 107 cpc). A intervenção voluntária pode ser principal, quando o terceiro se propõe fazer valer perante todas as partes da acção um direito relativo ao objecto ou dependente do título deduzido no próprio processo, litisconsorcial, se o terceiro invoca, contra apenas algumas das partes, um direito relativo ao objecto ou dependente do título deduzido no próprio processo, e adesiva, se o terceiro intervém para sustentar as razões de alguma das partes⁽²⁷⁾.

No direito alemão, distingue-se entre a intervenção acessória (*Nebenintervention*), o chamamento à autoria (*Streitverkündung*) e a intervenção principal (*Hauptintervention*). A intervenção acessória destina-se a facultar a participação de alguém que tem interesse em que uma parte obtenha ganho de causa (§ 66 da *Zivilprozeßordnung* (= ZPO)), o chamamento à autoria visa permitir a intervenção de um terceiro, por iniciativa de qualquer das partes, contra o qual ela possui, no caso de perder a acção, um direito de regresso (§ 72 ZPO) e a intervenção principal tem por finalidade facultar a intervenção de um terceiro que reivindica para si a coisa ou o direito litigioso (§ 64 ZPO)⁽²⁸⁾.

2. Uma observação de pormenor: a Subsecção II relativa à intervenção acessória comporta uma Divisão I («Intervenção provocada») e uma Divisão II («Intervenção acessória do Ministério Público»), à qual se segue o disposto sobre a assistência no art. 335.º CPC. Parece que antes do art. 335.º CPC deverá ser aberta uma Divisão III («Assistência»).

(27) Cfr., v. g., *Liebman*, *Manuale di diritto processuale civile / Principi* (Milano 1992), 102 ss..

(28) Cfr., por exemplo, *Rosenberg / Schwab / Gottwald*, *ZPR*¹⁵, 260 ss..

3. Atendendo ao proposto no art. 265.º, n.º 2, é sobre a parte que recai, embora por indicação do juiz, o ónus de sanar a falta do pressuposto processual, pelo que o juiz não tem o poder de fazer intervir um terceiro para sanar uma situação de ilegitimidade. Daí que não se tenha previsto no Projecto apresentado uma forma oficiosa de intervenção de terceiros, situação que, como o art. 107 cpc mostra, seria concebível. Mas prefere-se aquela solução proposta.

4. Mais relevante é a alteração relativa à transformação do chamamento à autoria em intervenção acessória provocada (arts. 330.º a 333.º). Na Exposição de Motivos, afirma-se que “a posição processual que deve corresponder ao titular da relação de regresso, meramente conexa com a controvertida — invocada pelo réu como causa do chamamento — é a de mero auxiliar da defesa (...) — e não a de parte principal: mal se compreende (...) que quem não é reconhecidamente titular ou contitular da relação material controvertida (...) deva ser tratado como «parte principal»”.

Importa referir que esta situação do terceiro interveniente não é a única teoricamente admissível. Justifica-se que esse terceiro não assuma a qualidade de parte principal quando (e apenas quando) ele não for titular de nenhuma relação material controvertida e apenas auxiliar o seu alegado titular passivo. Mas convém acrescentar que, em princípio, nada obstará a que ao réu demandado fosse concedida a faculdade de fazer valer, no próprio processo pendente, o seu direito de regresso contra o terceiro: então este passaria a assumir necessariamente a posição de parte principal.

A solução adoptada destina-se, no fundo, a facultar a inclusão do terceiro chamado no âmbito subjectivo do caso julgado formado entre as partes principais (art. 332.º, n.º 4). Algo de semelhante se prevê no direito alemão: o réu pode chamar a intervir o titular de um dever de garantia ou de regresso (§ 72 ZPO) e, nesse caso, o terceiro passa a ocupar a posição de parte acessória (§ 74 (1) ZPO), embora o efeito de caso julgado seja substituído por uma mais ampla *Interventionswirkung* entre as partes e a parte acessória (§ 68 ZPO).

5. O art. 341.º trata do valor do caso julgado quanto ao assistente (e, por força do disposto no art. 332.º, n.º 4, quanto a outras partes acessórias). O n.º 2 necessita, porém, de uma pequena correcção formal: em vez do «e» que liga as duas situações nele previstas deve constar um «ou», dado que o assistente que «não deva, como terceiro, considerar-se vinculado pelo caso julgado» não necessita de provar nenhuma das circunstâncias previstas nas suas als. *a*) e *b*). Se ele não está vinculado pelo caso julgado (porque, por exemplo, é um devedor ou credor solidário, arts. 522.º e 531.º CC), nada tem de provar para o isentar de ser abrangido por esse efeito.

Tal como resulta do disposto no art. 341.º, o caso julgado vale tanto entre o assistente e a respectiva parte principal, como entre esse assistente e a outra parte principal. Note-se ainda que o terceiro que é chamado a intervir é nitidamente uma das partes acessórias a que o art. 680.º, n.º 2, CPC reconhece legitimidade para recorrer, o que justifica a sua inclusão no âmbito subjectivo do caso julgado da decisão proferida.

6. Importante é também a construção dos embargos de terceiro como uma das modalidades da oposição (arts. 351.º a 359.º). Aceita-se a solução proposta, que, realmente, se traduz quase somente numa deslocação sistemática da matéria. Note-se que — como, aliás, se impõe — os embargos de terceiro, embora qualificados como um incidente (art. 356.º), não são tratados como tal quanto à sua tramitação, como resulta do disposto no art. 357.º, n.º 1.

Alargaram-se, em comparação com o disposto no art. 1037.º, n.º 1, CPC, os fundamentos dos embargos, que podem ser tanto a posse, como qualquer direito (melhor do que «outro direito») incompatível com a realização ou o conteúdo da diligência judicial (art. 351.º, n.º 1). Em contrapartida, eliminou-se a faculdade de a própria parte que foi condenada numa anterior acção deduzir embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo seu título de aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não devam ser atingidos pela diligência ordenada (art. 1037.º, n.º 2.ª parte, CPC). Não se vislumbra justificação para esta exclusão, pelo que se propõe a sua permanência como n.º 1 do art. 352.º (passando o texto pro-

posto para este preceito a ser o seu n.º 2 e alterando-se a correspondente epígrafe):

1. A própria parte pode deduzir embargos quanto aos bens que, pelo título da sua aquisição ou pela qualidade em que ela os possui, não devam ser atingidos pela diligência judicial.

Supõe-se que a eliminação do art. 1038.º, n.º 2, al. c), CPC não retira ao cônjuge do executado a faculdade de embargar de terceiro se o credor, na execução movida contra um só dos cônjuges, penhorar bens comuns do casal e não pedir, nos termos do art. 825.º, n.º 1, a citação desse cônjuge para requerer a separação de bens: essa faculdade subsiste no texto do art. 352.º. Recorde-se que, dada a extinção da moratória constante do art. 1696.º, n.º 1, CC realizada pelo art. 4.º do Projecto do Decreto-Lei, o exequente passa a poder penhorar imediatamente a meação nos bens comuns do casal, mesmo numa execução movida contra um único dos cônjuges, desde que peça a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens.

V. Interesse processual

Sobre o disposto no art. 26.º, n.º 2, CPC, escreveu-se o seguinte: «[...] o art. 26.º, n.º 2, só aparentemente se refere à legitimidade processual. Ao definir o interesse em demandar pela utilidade derivada da procedência da acção e o interesse em contradizer pelo prejuízo proveniente daquela procedência, o art. 26.º, n.º 2, reporta-se a dois interesses correlativos: se o autor extrair algum benefício da procedência da causa, então o réu é prejudicado com essa procedência; em contrapartida, se o autor não retirar qualquer vantagem da procedência da causa, então o réu também não pode ser prejudicado com essa decisão. Assim, se o autor tiver interesse em demandar, o réu tem necessariamente interesse em contradizer, e vice-versa. Esta correlatividade é possível quanto ao interesse processual, mas não quanto à legitimidade *ad causam*, pois que a legitimidade do autor não assegura a legitimidade do

réu, isto é, mesmo que o autor seja parte legítima, o réu pode não possuir qualquer legitimidade. Por isso, o art. 26.º, n.º 2, ao definir dois interesses correlativos entre si, não se refere à legitimidade das partes mas ao interesse processual» (29).

Propõe-se, por isso, que essa confusão seja desfeita e que se consagre explicitamente o interesse processual como um dos pressupostos processuais. O preceito a ele respeitante deve dispor que esse interesse é aferido pela utilidade decorrente para a parte da procedência da acção, não sendo necessário consagrar qualquer interesse em contradizer da contraparte, porque este é, como acima se referiu, necessariamente correlativo daquele interesse em demandar. Esse preceito deve ser colocado depois dos artigos respeitantes à legitimidade processual, pelo que deverá ser o art. 31.º-B, dada a proposta de eliminação do mesmo artigo constante do Projecto (cfr. *supra*, III. 2.), e para o qual se sugere a seguinte redacção:

1. *A parte deve possuir interesse em demandar.*
2. *O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção.*

§ 5.º

Tramitação do processo em 1.ª instância

I. Generalidades

1. Convém começar por verificar qual é o *status quo* de que se parte nesta matéria. Um breve relance sobre o processo civil português vigente mostra que ele apresenta essencialmente as seguintes características que podem ser qualificadas como negativas ou indesejáveis: o diálogo entre as partes reduz-se, quase exclusivamente, às alegações e contra-alegações realizadas nos articulados; a preclusão total de qualquer facto não invocado nessas peças processuais; a separação entre a alegação pelas partes dos

(29) *M. Teixeira de Sousa, Partes, 108.*

factos relevantes e a selecção pelo juiz dos factos, controvertidos ou não controvertidos, determinantes para a decisão da causa, escolha que, normalmente, representa o primeiro contacto do juiz com a matéria relativa ao mérito; a disponibilidade quase total das partes sobre os meios de prova; enquanto não se encontrarem em vigor em todo o território nacional as alterações determinadas pelo Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/2, sobre a documentação ou registo das audiências finais e da prova nelas produzida (vigência que, aliás, ainda demorará alguns anos), insuficientes garantias quanto à fundamentação da decisão de facto e ao seu controlo na instância de recurso.

2. A simplificação e clarificação das regras relativas à marcha do processo constitui um objectivo de qualquer reforma processual civil: «o processo não é, e não deverá tornar-se, um percurso de obstáculos, com armadilhas e alçapões» (30). Isso parece constituir uma finalidade fácil de atingir: um processo não tem de comportar, como fases essenciais ou indispensáveis, mais do que uma fase destinada à apresentação pelas partes das suas razões e à formulação dos seus pedidos, uma outra para a produção e julgamento da prova e, finalmente, uma outra para o proferimento da sentença. Contudo, isto, que parece simples e claro num plano teórico, tem-se mostrado muito mais difícil de concretizar na prática.

A redução da complexidade surge como um objectivo que, no plano da política legislativa, se mostra como absolutamente prioritário neste campo. Em particular, é necessário excluir a proliferação de actos ou formas processuais que funcionalmente concorrem para obter a mesma finalidade ou conseguir o mesmo efeito e é indispensável dar preferência aos actos que permitem uma colaboração entre as partes e o tribunal e que possibilitam uma percepção directa dos factos e das provas em detrimento daqueles que propiciam a passividade e o conhecimento mediato do tribunal. O legislador português também se procurou nortear por estes objectivos, o que o levou a propor alterações em todas as fases do processo comum, isto é, da fase dos articulados até à dos recursos.

(30) *Anzani, Profili pratici della Riforma del Processo Civile, in Anzani et al. (ed.), Aspetti della Riforma del Processo Civile (Milano 1992), 47.*

3. Das várias propostas realizadas, uma merece ser especialmente realçada, dada a sua importância quanto à preclusão dos actos das partes e o seu reflexo em toda a tramitação da causa. Trata-se da nova definição de justo impedimento fornecida pelo art. 146.º, n.º 1: segundo este, o justo impedimento é «o evento não imputável a negligência das partes nem dos seus representantes ou mandatários, que obste à prática atempada do acto». Enquanto o art. 146.º, n.º 1, CPC circunscreve o justo impedimento às situações (objectivas) normalmente imprevisíveis e estranhas à vontade das partes, a nova definição apela a uma aferição dessa eventualidade em função da negligência da parte na omissão do acto processual, pelo que o que agora releva é a eventual censurabilidade dessa omissão e não a ocorrência de um facto exterior à vontade da parte. Assim, o justo impedimento pode ser reconhecido mesmo quando não tenha ocorrido nenhum facto imprevisível. Basta, neste caso, que a omissão do acto resulte de um erro desculpável da parte, para que se deva considerar relevante o referido justo impedimento e para que a parte seja admitida a praticá-lo fora do respectivo prazo.

Conjuntamente com a possibilidade de invocação de justo impedimento subsiste a faculdade da prática do acto dentro dos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo, mediante o pagamento de uma multa (art. 145.º, n.º 5). Quer dizer: se a parte puder invocar o justo impedimento, o acto pode ser praticado em qualquer momento, naturalmente sem o pagamento de qualquer multa; se esse justo impedimento não se verificar, o acto só pode ser realizado dentro dos três dias úteis subsequentes ao termo do prazo. Parece que, neste último caso, a solução é demasiado formalista: não se percebe por que razão a prática de um acto que não atrasa o andamento do processo só pode ser realizado nesse prazo de três dias; melhor seria prever a possibilidade da realização do acto sempre que ele não implique qualquer atraso no andamento do processo ou não inutilize actos entretanto praticados. Sugere-se, por isso, a seguinte redacção para o art. 145.º, n.ºs 5 e 6 (independentemente da subsistência de algumas situações especiais, como a prevista no art. 483.º, n.º 2):

5. Independentemente de justo impedimento, pode o acto ser praticado fora de prazo se isso não implicar

um atraso no andamento do processo ou a inutilização de actos já praticados, ficando a parte sujeita a uma multa de montante igual a um oitavo [quarto] da taxa de justiça que seria devida a final pelo processo ou incidente, até ao limite de 5 UC.

6. Praticado o acto nas condições previstas no número anterior e não sendo a multa devida paga no prazo fixado, a secretaria notificará, independentemente de despacho, o interessado para pagar multa de montante igual ao dobro da inicial, sob pena de se considerar perdido o direito de praticar o acto.

II. Fase dos articulados

1. São significativas as alterações propostas quanto ao momento e à forma do controlo pelo tribunal da regularidade processual da instância e, em especial, dos articulados das partes. O essencial delas reconduz-se à abolição dos despachos liminares de indeferimento e de citação, sendo a respectiva matéria distribuída da seguinte forma: em substituição do indeferimento liminar (art. 474.º CPC), é atribuída à secretaria a possibilidade de recusar a petição inicial (art. 473.º) e é imposto ao juiz que, antes de convocar as partes para a audiência preliminar, providencie pelo suprimimento das excepções dilatórias ou nulidades (art. 508.º, al. a)); o despacho de citação (art. 478.º CPC) é substituído pela actuação oficiosa da secretaria (art. 479.º). Mantém-se, em contrapartida, o despacho de aperfeiçoamento (art. 477.º CPC), alargando-se mesmo a possibilidade da sua utilização quanto a qualquer articulado de ambas as partes (arts. 476.º e 477.º).

É claro que a possibilidade de a secretaria recusar o recebimento da petição inicial só parcialmente pode substituir o actual despacho liminar de indeferimento proferido pelo juiz (art. 474.º CPC), dado que aquela não possui o poder jurisdicional que este último exerce. Isso justifica que, por exemplo, a ineptidão da petição inicial ou a incompetência absoluta possam constituir actualmente fundamentos de indeferimento liminar (art. 474.º, n.º 1, als. a) e b), CPC), mas impossibilita a previsão da recusa pela

secretaria da petição inicial inepta ou entregue num tribunal absolutamente incompetente. Dado o estipulado no art. 479.º (segundo o qual incumbe à secretaria, sem necessidade de qualquer despacho prévio, proceder às diligências destinadas à citação do réu), o demandado passa a poder ser citado para uma acção cuja petição inicial é inepta ou que é proposta num tribunal absolutamente incompetente.

Não se considera salutar essa situação. Há que reconhecer que, na vigência do art. 474.º CPC, a faculdade do indeferimento liminar não é frequentemente usada nos tribunais — o que se fica a dever à raridade das situações nele previstas —, mas isso não justifica que o sistema deixe de prever, certamente com carácter excepcional, essa hipótese. Envolvidos nesta problemática estão importantes interesses de ordem pública: não só aqueles que, por exemplo, se relacionam com o respeito da distribuição das competências pelos vários tribunais ou com os prazos de propositura das acções, mas também aqueles que se prendem com a mobilização da máquina judiciária para uma acção que apresenta deficiências insanáveis ou graves, que jamais permitirão a apreciação do seu mérito ou, pelo menos, a sua procedência. E também, naturalmente, não podem ser esquecidos os interesses de ordem privada, dado que a impossibilidade do indeferimento liminar implica para o réu citado incómodos e despesas, que, de outra forma, seriam evitados.

Sugere-se, por isso, a conservação do despacho liminar de indeferimento (e, por arrastamento, do despacho de citação), solução que, aliás, pode coexistir com a recusa imediata da petição inicial pela secretaria. Recorde-se que o indeferimento liminar se encontra expressamente previsto, por exemplo, no art. 112.2 do Anteprojecto do Código Processual Civil Modelo para a América Latina e que a sua consagração é vista como uma importante vantagem em relação às legislações nacionais que o desconhecem⁽³¹⁾. Propõe-se, assim, que o art. 473.º passe a ter dois números: o n.º 1

⁽³¹⁾ Defendendo expressamente a possibilidade do indeferimento liminar, cfr. *J. W. Peyrano, Rechazo in limine de la demanda, in XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (La Plata, 24 al 27 de Abril de 1994)*, 219 ss..

encerrará o seu texto actual e o n.º 2 englobará a matéria constante do proposto art. 474.º e terá a seguinte formulação:

2. Da recusa de recebimento cabe reclamação para o juiz da causa e do despacho que confirme o não recebimento cabe agravo, ainda que o valor da causa não ultrapasse a alçada dos tribunais de primeira instância.

Quanto ao despacho de indeferimento, ele será regulado no art. 474.º, sugerindo-se a seguinte redacção:

1. O juiz indefere a petição inicial, depois de ouvido o autor, sempre que detecte a falta de um pressuposto processual ou uma nulidade insanável ou verifique que a acção foi proposta fora de tempo, sendo a caducidade de conhecimento oficiosa.

2. Do despacho de indeferimento cabe agravo, mesmo que o recurso não seja admissível atendendo ao valor da causa.

Não havendo razão para indeferir liminarmente a petição inicial ou mandá-la corrigir, o juiz deve mandar citar o réu. Por isso, propõe-se a seguinte redacção para o art. 479.º:

Não havendo motivo para indeferir a petição inicial e nada havendo nela a corrigir, o juiz ordena a citação do réu.

A manutenção do despacho de indeferimento liminar implica ainda uma pequena alteração no disposto no art. 475.º, que deverá prever o seguinte (propondo-se também um ligeiro alargamento do prazo dentro do qual o autor pode apresentar a nova petição):

O autor pode apresentar outra petição dentro dos quinze dias subsequentes à notificação do despacho de indeferimento ou à recusa de recebimento ou de distribuição da petição, ou à notificação da decisão que a haja confirmado, considerando-se a acção proposta na data em que a primeira petição foi apresentada em juízo.

2. Um ponto essencial no regime do articulados é o que se prende com o *quantum* da alegação da matéria de facto nessas peças processuais. Já acima se defendeu que a preclusão deve restringir-se aos factos essenciais (cfr. *supra*, § 2.º I.), pretendendo-se com isso alterar radicalmente o sistema de preclusão de todos os factos — mesmo os probatórios ou instrumentais — que caracteriza o processo civil vigente.

Procurando reforçar essa importante alteração com uma medida de nítido carácter pedagógico, propõe-se a supressão do ónus de articulação e a consequente eliminação do n.º 2 do art. 151.º. O cumprimento desse ónus — que, segundo se julga, não é comum nas legislações congéneres estrangeiras — conduz normalmente à prolixidade das alegações e, muitas vezes, à indesejável repartição de um único facto por vários artigos. Mesmo que não se adopte esta proposta (que, conforme se referiu, é um mero instrumento para procurar atingir uma outra finalidade), a restrição da preclusão aos factos essenciais terá como consequência inevitável a redução substancial dos factos alegados ou impugnados nos articulados (que, enquanto peças processuais, poderão continuar a ser designados como tal, mesmo que se extinga o ónus de dedução da matéria de facto por artigos).

3. Conjuntamente com a abolição do ónus de articulação e visando o mesmo objectivo de concisão das alegações das partes, parece conveniente que os articulados contenham a indicação dos meios de prova dos factos alegados. Essa solução tem a clara vantagem de impor à própria parte um controlo sobre as suas alegações, porque ela será levada a abster-se de invocar factos para os quais não indica ou não requer de imediato qualquer prova. A impressão negativa que a mera alegação do facto, desacompanhada do respectivo meio de prova, transmite ao juiz e à contraparte constitui um importante factor inibitório da alegação de factos incertos ou mesmo falsos. Propõe-se, assim, a seguinte redacção para o art. 467.º, n.º 2, CPC:

2. Conjuntamente com a alegação do facto devem ser indicados ou requeridos os respectivos meios de prova.

Em correspondência com essa alteração, o texto proposto no Projecto para o art. 488.º deve ser o n.º 1 do mesmo preceito, ao qual se acrescenta o seguinte n.º 2:

2. É aplicável à contestação o disposto no artigo 467.º, n.º 2.

Consequentemente, o art. 504.º deve passar a dispor:

É aplicável a todos os articulados subsequentes à contestação o disposto no n.º 2 do artigo 467.º, bem como a possibilidade de prorrogação prevista nos números 4, 5 e 6 do art. 486.º, embora esta nunca possa exceder quinze dias.

Essas sugestões implicam a desnecessidade do proposto no art. 508.º-A, n.º 2, al. a), que deverá ser substituído pela previsão da apresentação dos meios de prova que, sem negligência da parte, não tenham sido indicados ou requeridos no respectivo articulado. Propõe-se, assim, a seguinte redacção para o art. 508.º-A, n.º 2, al. a):

a) A decidir sobre a admissão dos meios de prova que a parte, sem negligência, tenha deixado de indicar ou requerer no articulado e a preparar as diligências probatórias requeridas pelas partes ou determinadas officiosamente, salvo se alguma das partes requerer, com fundadas razões, a sua apresentação ulterior, fixando-se logo, se possível, o respectivo prazo.

Um outro preceito que deve ser modificado em função da imposição do ónus de indicação ou requerimento das provas nos articulados é o art. 512.º, n.ºs 1 e 2, para o qual se propõe a seguinte formulação:

1. Quando não se tiver realizado a audiência preliminar, as partes podem, dentro dos quinze dias subsequentes à prolação do despacho saneador, requerer a gravação da audiência final.

2. No prazo referido no número anterior, as partes podem alterar, observadas as condições previstas na alínea a) do n.º 2 do artigo 508.º-A, as provas indicadas ou requeridas nos seus articulados.

Isso determina uma pequena alteração no disposto no art. 575.º, pois que o seu n.º 1 deve ser eliminado e o n.º 2 deve passar a prever o seguinte:

Se posteriormente à audiência preliminar ou ao prazo previsto no n.º 2 do artigo 512.º forem juntos documentos particulares e a parte contrária impugnar a sua letra ou assinatura ou declarar que não as aceita como verdadeiras, o exame para convencer da sua veracidade pode ser requerido nos dez dias seguintes a essa declaração ou ao conhecimento dela pela parte que apresentou os documentos.

4. O art. 506.º, n.º 3, regula de uma forma algo estranha a invocação de factos supervenientes. Estipula-se nesse preceito a possibilidade de utilizar a réplica ou tréplica para essa alegação (art. 506.º, n.º 3), o que se compreende e aplaude. Mas não se percebe o motivo pelo qual o mesmo art. 506.º, n.º 3, estipula que nestes articulados só podem ser alegados os factos supervenientes «que hajam ocorrido ou sido conhecidos até dez dias antes da sua apresentação». Quer (aparentemente) dizer: o autor não pode alegar na réplica um facto ocorrido ou conhecido na véspera da entrega do articulado no tribunal e o réu está igualmente impossibilitado de invocar o facto superveniente se ele ocorreu ou foi conhecido depois dos dez dias anteriores à apresentação da tréplica (mesmo que seja, por exemplo, a satisfação do crédito do autor).

Não se vislumbra qualquer justificação para este regime. Propõe-se como redacção do art. 506.º, n.º 3, a seguinte:

Quando haja lugar a réplica ou tréplica, a parte interessada alegará naqueles articulados os factos supervenientes que hajam ocorrido ou se tornem conhecidos até ao momento da sua apresentação.

Mais compreensível é o disposto no n.º 4 do art. 506.º, no qual se prevê que, não sendo possível a alegação do facto superveniente na réplica ou tréplica, ele poderá ser invocado tanto na audiência preliminar, como até trinta dias antes da data designada para a realização da audiência final, como ainda nesta mesma audiência. Se o facto ocorrer ou for conhecido entre a audiência preliminar e os trinta dias anteriores à data da audiência final, o art. 506.º, n.º 4, al. b), impõe que a parte o invoque de imediato, de molde a evitar que ele só venha a ser alegado na audiência final e, nessa circunstância, a provocar uma demora na realização ou no termo dessa audiência. Só não se percebe por que motivo não se estabeleceu que, se o facto superveniente não puder ser invocado na réplica ou tréplica, a sua alegação deverá ocorrer de imediato dentro de um certo prazo. Seguindo esta perspectiva — que parece conduzir a uma solução mais simples —, sugere-se a seguinte formulação para o art. 506.º, n.º 4:

4. Não se verificando a situação prevista no número anterior, o articulado superveniente será apresentado nos dez dias subsequentes à ocorrência ou ao conhecimento do facto, desde que não se exceda o termo da audiência final.

III. Fase da condensação

1. O processo herdado do direito romano-canónico e do *ius commune* caracterizava-se pela discussão escrita entre as partes, pelo domínio da prova legal (mesmo em áreas, como a prova testemunhal, que hoje não são dogmaticamente enquadráveis naquela prova legal), pela mediação entre as provas e o tribunal e ainda pela admissibilidade da invocação de *nova* na instância de recurso⁽³²⁾. A introdução da oralidade pelas codificações oitocentistas, na sequência do *élan* reformista da Revolução Francesa e, em espe-

⁽³²⁾ Cfr., v. g., *Cappelletti*, *Procédure Orale et Procédure Écrite* (Milano 1971), 41 ss..

cial, dos movimentos revolucionários de 1848 a 1850, alterou significativamente este panorama: passou a admitir-se a discussão oral dos aspectos relevantes para a decisão da causa, proporcionou-se a imediação entre os meios de prova e o juiz, favoreceu-se a livre apreciação da prova e, na sequência da valorização do julgamento da primeira instância, eliminou-se, ou restringiu-se, a faculdade da invocação de *nova* na instância de recurso ⁽³³⁾.

A oralidade começou por se expressar na faculdade da discussão oral dos aspectos da causa — uma faculdade que, em Portugal, foi consagrada, pela primeira vez, no art. 55.º, § 5.º, do Código de Processo Comercial de 1905 e que apenas o art. 11.º do Decreto 21.694, de 29/9/1932, generalizou a todas as causas cíveis e comerciais. Reflexo típico da oralidade é também a consagração de uma audiência de discussão e julgamento — em Portugal, introduzida pelo art. 401.º do Código de Processo Civil de 1876.

Mas as potencialidades da oralidade cedo começaram a ser exploradas noutras áreas. Foi nessa perspectiva que os §§ 230, 231 e 239 da *Zivilprozeßordnung* austríaca de 1895 (ÖZPO) vieram estabelecer uma audiência (*Tagsatzung*) destinada à discussão oral da causa e cuja realização ocorre imediatamente a seguir à propositura da causa. Deu-se assim continuidade ao papel interventor do juiz herdado de algumas das tradições iluministas do processo civil austríaco e da posição tutelar que caracterizava a intervenção da administração pública no então multi-étnico Império Austro-Húngaro. Bastante depois, a chamada *Vereinfachungsnovelle*, de 3/12/1976, introduziu várias alterações na *Zivilprozeßordnung* alemã: de acordo com a nova redacção fornecida ao § 272 ZPO, o litígio deve ser resolvido, em regra, numa audiência final, a qual, por seu turno, pode ser preparada, segundo a escolha do juiz, através de uma audiência preliminar (§ 275 ZPO) ou de um procedimento escrito (§ 276 ZPO). É esta audiência preliminar de inspiração austríaca e germânica que o art. 508.º-A vem introduzir, finalmente, no processo civil português.

O seu antecedente directo parece ser, no entanto, o regime estabelecido no art. 301 do Anteprojecto do Código de Processo

(33) Cfr. *Cappelletti, Procédure*, 53 ss..

Civil Modelo para a América Latina. Segundo esse preceito, a audiência preliminar comporta as seguintes actividades: — rectificação da petição inicial e da contestação, podendo-se alegar factos novos sempre que não modifiquem a pretensão ou a defesa, assim como aclarar os seus termos; — contestação pelo autor das excepções opostas pelo demandado e por este das que o autor tenha oposto à reconvenção; — tentativa de conciliação; — produção da prova sobre as excepções; — pronúncia da decisão interlocutória para saneamento do processo; — fixação definitiva do objecto do processo e da prova, pronúncia sobre a admissibilidade dos meios de prova solicitados pelas partes e produção dos que seja possível efectuar na audiência.

É uma inovação da qual há legitimamente muito a esperar. Ela permite dar expressão ao princípio da concentração e ao desejo de reduzir a duração do processo, mas — importa acrescentar — isso não será alcançado se a sobrecarga de trabalho dos tribunais conduzir a que a audiência preliminar seja convocada para muito depois de findos os articulados ou se, aliada a essa sobrecarga, os hábitos de trabalho dos advogados a transformarem numa formalidade sem utilidade prática. Com a sua consagração, a tramitação do processo passa a estruturar-se em torno de duas audiências: a audiência preliminar e a audiência de discussão e julgamento. Aquela é antecedida pela fase da discussão escrita entre as partes, esta última antecede o proferimento da decisão final. Estreita deve ser também a conexão entre essas audiências: a separá-las devem estar somente as indispensáveis actividades instrutórias, pelo que, tanto quanto possível, elas devem subordinar-se a um princípio de continuidade.

Por isso, merece ponderação a possibilidade de a audiência preliminar se transformar na própria audiência de discussão e julgamento, sempre que não haja mais qualquer actividade de instrução a realizar ou ela possa ser realizada a tempo de não obstar a essa continuação (como em regra acontecerá se, por exemplo, apenas for necessário proceder à notificação de testemunhas). Mas a consagração dessa possibilidade pressupõe que seja o mesmo o tribunal competente para ambas as audiências ou que, pelo menos, exista a suficiente facilidade na constituição do tribunal colectivo, o que pode tornar indispensáveis algumas alterações nas leis sobre

a organização judiciária (tanto quanto à determinação das situações em que a acção corre, toda ela, perante um tribunal singular ou colectivo, como quanto à definição dos casos em que, estando pendente num tribunal singular, se exige a participação do tribunal colectivo para o julgamento da matéria de facto). Mas, ainda que essa solução não seja de imediato adoptada (ou não o possa ser desde já), ela deverá permanecer, atentas as manifestas vantagens que ela implica quanto à concentração e celeridade do processo, como um objectivo a prosseguir muito proximamente.

2. Conforme se deduz do disposto no art. 508.º, al. c) (aliás, dispensável em função do proémio do n.º 1 do art. 508.º-A), a audiência preliminar ocorre depois de terminada a fase dos articulados. É diferente a solução austríaca e alemã, segundo a qual essa audiência é convocada logo a seguir à apresentação da petição do autor, sendo nela apresentada a (eventual) contestação escrita do réu (§ 239 (2) e 243 (1) ÖZPO; § 275 (1) ZPO). Próximo da solução agora proposta para o direito português é o regime italiano (cfr. arts. 163, n.º 7, 167 e 183 cpc, todos com a redacção dada pela Lei n.º 353, de 26/11/1990), embora o art. 183 cpc admita a invocação pelas partes, durante a audiência preliminar, de algumas excepções⁽³⁴⁾, bem como aquele que resulta dos arts. 298.3 e 301.2 do Anteprojecto do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina.

A escolha de uma dessas opções é sensivelmente condicionada pelo âmbito do ónus de alegação das partes: — se se admite que o autor se possa limitar a invocar os factos essenciais que fundamentam o pedido formulado, então parece aceitável que as partes devam ser convocadas para uma audiência preliminar, cuja primeira finalidade será a de proceder, através do diálogo entre as partes e o juiz, à especificação e esclarecimento da posição do autor e auscultar o réu sobre a sua intenção de contestação; — se, pelo contrário, o ónus de alegação das partes se estende aos factos instrumentais, então parece melhor deixar decorrer a discussão escrita entre as partes e só convocá-las para uma audiência depois

⁽³⁴⁾ Sobre o regime italiano, cfr. *Bucci / Crescenzi / Malpica, Manuale pratico della Riforma del Processo Civile* (Padova 1992), 59 ss..

de findos os articulados. Como foi essa última a solução acima proposta (cfr. *supra*, § 2.º I.2.), justifica-se manter o momento de realização da audiência preliminar após o termo dos articulados.

Não havendo nada a objectar ao momento da sua realização, o mesmo não se pode afirmar quanto à inserção sistemática dessa audiência e, em particular, quanto à sua articulação com o despacho saneador. A regulamentação propugnada no Projecto sobre a audiência preliminar é a seguinte: art. 508.º («Actos preparatórios»), art. 508.º-A («Audiência preliminar»), art. 509.º («Tentativa de conciliação»), art. 510.º («Despacho saneador») e art. 511.º («Fixação da base instrutória»). Esta arrumação das matérias não parece ser a melhor. A primeira observação que importa fazer é a de que a tentativa de conciliação prevista no art. 509.º nada tem a ver especificamente com a fase da condensação. Melhor seria a previsão dessa possibilidade nas disposições gerais e comuns: sugere-se que o texto do art. 509.º seja deslocado para estas e passe a constituir o art. 266.º-C.

Além disso, não é fácil a conjugação entre a audiência preliminar prevista no art. 508.º-A e o despacho saneador regulado no art. 510.º. A audiência preliminar pode ter por finalidade a discussão sobre a regularidade processual da instância, como se prevê no art. 508.º, n.º 1, al. b) (e também, por exemplo, no § 239 (2) ÖZPO), mas, nesse caso, não se deve avançar para a discussão e a fixação dos factos controvertidos sem a apreciação prévia daquela regularidade. Acresce que, se, em correspondência com o princípio enunciado no art. 3.º, n.º 3 (ou no acima proposto art. 264.º-A, n.º 3), se entende que o tribunal deve ouvir as partes antes de conhecer de qualquer excepção dilatória ou de qualquer outra matéria de conhecimento officioso, então deve começar por se especificar as condições em que o despacho saneador não pode ser proferido sem a convocação das partes para a audiência preliminar.

Consequentemente, propõe-se que a matéria respeitante ao despacho saneador passe a constar do art. 509.º (que fica disponível pela deslocação da tentativa de conciliação nele prevista para as disposições gerais e comuns). As medidas propostas são, tomando como base o disposto no art. 510.º do Projecto, as seguintes: — a matéria constante do n.º 1 é transferida para o n.º 1 do art. 509.º; — os n.ºs 2 e 3 podem ser eliminados, porque inúteis; —

mantém-se o disposto nos n.ºs 4, 5 e 6, embora com diferente numeração. Concretizando, propugna-se a seguinte redacção para o art. 509.º:

1. *Se não houver que proceder à convocação da audiência preliminar, o juiz profere, no prazo de quinze dias após o termo dos articulados, despacho saneador destinado a:*

a) *Conhecer das excepções dilatórias e das nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes ou que, face aos elementos constantes dos autos, o juiz deva apreciar oficiosamente;*

b) *Conhecer do mérito da causa ou de alguma excepção peremptória, sempre que o estado do processo permita, sem necessidade de mais provas, a sua apreciação, total ou parcial.*

2. *Se houver lugar à audiência preliminar, o despacho saneador pode ser ditado para a respectiva acta, mas, quando a complexidade das questões a resolver o exija, será proferido por escrito, no prazo de quinze dias, suspendendo-se essa audiência e fixando-se logo a data para a sua continuação, se for o caso.*

3. *Não cabe recurso da decisão que, atendendo à falta ou insuficiência de elementos, relegate para final a decisão de qualquer matéria que devesse ser conhecida no despacho saneador.*

4. *Nas acções destinadas à defesa da posse, se o réu apenas tiver invocado a titularidade do direito de propriedade, sem impugnar a posse do autor, e não puder apreciar-se logo aquela questão, o juiz ordena a imediata manutenção ou restituição da posse, sem prejuízo do que venha a decidir-se a final quanto à questão da propriedade.*

3. À regulamentação do despacho saneador deve seguir-se a da audiência preliminar. A primeira matéria que deve ser prevista é a que se relaciona com a finalidade dessa audiência e o primeiro

caso que deve ser regulado é o da necessidade da convocação da audiência preliminar como acto preparatório da elaboração do despacho saneador. Sugere-se que isso conste do art. 510.º, n.º 1, com a seguinte formulação:

1. Concluídas as diligências resultantes do preceituado nas alíneas a) e b) do artigo 508.º, se a elas houver lugar, é convocada a audiência preliminar, a realizar num dos trinta dias subsequentes e destinada a facultar às partes a discussão e produção de alegações se ao juiz cumprir apreciar matéria de conhecimento oficioso que elas não hajam suscitado e discutido nos articulados.

Entre o agora proposto e o regime vigente no art. 508.º, n.º 1, CPC e o propugnado no art. 508.º-A, n.º 1, al. b) do Projecto existe uma diferença importante: é que a audiência preliminar deixa de dever ser convocada pelo tribunal quando este pretenda conhecer do mérito da causa no despacho saneador, excepto se isso implicar a apreciação oficiosa de uma matéria ainda não discutida pelas partes. A justificação dessa solução reside na desnecessidade dessa audiência preliminar: se, por exemplo, a contestação do réu, mesmo depois de todas as correcções sugeridas pelo tribunal, for manifestamente insuficiente para impugnar o pedido formulado pelo autor, não se vislumbra qualquer vantagem na realização de uma audiência preliminar. A função desta audiência é preparar a instrução e o julgamento da causa e não anteceder a decisão final do processo, excepto quando esta implique a apreciação de matéria de conhecimento oficioso ainda não debatida pelas partes ou se torne possível em função dos elementos obtidos na própria audiência.

4. Pode suceder que o despacho saneador não ponha termo ao processo e que, por isso, a audiência preliminar deva continuar. As finalidades específicas dessa audiência são agora as seguintes: — a tentativa de conciliação entre as partes (que só tem sentido procurar obter depois de se ter verificado que não releva nenhuma matéria de conhecimento oficioso cuja apreciação ponha termo ao processo); — a discussão da causa, o suprimento das insuficiências

ou imprecisões na exposição da matéria de facto e a eventual alteração do pedido ou da causa de pedir; — a produção dos depoimentos das partes, se o juiz entender que é necessário ou vantajoso ouvi-las pessoalmente; — o esclarecimento dos factos que, segundo a opinião das partes, devam ser objecto de instrução e prova; — o julgamento da causa, se os elementos resultantes da audiência habilitarem o tribunal a conhecer do respectivo mérito.

O ponto mais melindroso é o que respeita a este debate sobre os factos controvertidos. Deve dizer-se que o que é proposto no Projecto não é muito claro: por um lado, o art. 508.-A, n.º 1, al. *d*), indica que uma das finalidades da audiência preliminar é fixar, após debate, a matéria de facto controvertida que seja relevante para a decisão da causa; por outro, o art. 511.º estabelece que o juiz selecciona a matéria de facto controvertida e que, em certas condições, as partes podem reclamar contra a relação elaborada pelo juiz. Não se percebe muito bem a articulação entre a fixação participada dos factos controvertidos constante do art. 508.º, n.º 1, al. *d*), e, segundo parece, a sua fixação unilateral prevista no art. 511.º. Nem se diga que o regulado neste último preceito se destina a cobrir a hipótese considerada no art. 508.-A, n.º 5, porque o legislador parece ter atribuído ao art. 511.º um âmbito muito mais geral do que a hipótese casuística prevista naquele primeiro preceito.

A opção, neste campo, é a seguinte: ou se admite uma fixação dialogada dos factos controvertidos e a consequente restrição da possibilidade de reclamação da parte contra o que vier a ser fixado (ou «acordado») como matéria de facto controvertida; ou se considera que uma tal fixação pertence, como tarefa de índole jurisdicional, ao tribunal e que, portanto, a discussão entre as partes e o tribunal só pode ter uma finalidade preparatória da decisão deste órgão. Esta última alternativa parece ser a melhor — ou, pelo menos, aquela que maior êxito poderá obter em termos práticos —, pois que se afigura como muito difícil obter o acordo das partes sobre a matéria de facto controvertida. Deve ainda recordar-se que, sempre que a acção respeite a direitos indisponíveis, tal eventual acordo é necessariamente irrelevante. Sugere-se, por isso, que a selecção dessa matéria continue a pertencer ao juiz.

O exposto justifica a seguinte proposta de redacção para o n.º 2 do art. 510.º:

2. Se o tribunal entender que nada obsta ao prosseguimento da acção, a audiência preliminar continua com as finalidades seguintes:

a) Realizar uma tentativa de conciliação entre as partes;

b) Discutir as posições das partes, suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto ainda subsistentes ou que se tornem patentes após o debate e alterar o pedido ou a causa de pedir;

c) Quando a acção tenha sido contestada, conhecer os factos sobre os quais as partes se propõem realizar prova;

e) Julgar a causa, se os elementos resultantes da audiência habilitarem o tribunal a conhecer, total ou parcialmente, do respectivo mérito.

Estas sugestões justificam a subsistência do disposto no art. 511.º, talvez com a substituição da pouco técnica expressão «base instrutória» (aliás, também utilizada noutros preceitos) pela mais adequada «objecto da prova». Dada a admissibilidade da alteração ou ampliação da causa de pedir depois da réplica quando elas sejam consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor (art. 273.º, n.º 1, CPC) e a possibilidade de ampliação do pedido até ao encerramento da discussão em 1.ª instância se ela for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo (art. 273.º, n.º 2, CPC), parece nada haver a modificar, quanto a estes aspectos, em função da formulação acima proposta para o art. 510.º, n.º 2, al. b), que, aliás, passa a conter apenas uma das concretizações possíveis daquelas modificações objectivas.

5. O disposto nos n.ºs 2 a 5 do art. 508.º-A, deve passar a integrar os n.ºs 3 a 6 do art. 510.º, recordando-se que já acima se propôs uma nova redacção para o art. 508.º-A, n.º 2, al. c) (cfr. *supra*, II.3.).

IV. Fase da sentença

1. O art. 669.º, n.º 2, permite que qualquer das partes requiera a reforma da sentença quando tenha havido «manifesto lapso do juiz na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos factos» e ainda «quando constem do processo documentos ou quaisquer elementos que, por si só, impliquem necessariamente decisão diversa da proferida e que o juiz, por lapso manifesto, não haja tomado em consideração». Esta proposta coloca dois problemas: um é a própria justificação do regime proposto; o outro é a sua relação com o (eventual) recurso da mesma decisão.

Começando pela análise da justificação intrínseca da medida proposta, deve dizer-se que, apesar do paralelismo com a reparação do agravo (art. 744.º, n.º 1, CPC), ela suscita, pelo menos, muitas reservas. Percebe-se que a intenção da proposta é, mais do que proporcionar a correcção da sentença pelo próprio juiz que a proferiu, evitar a interposição do recurso pela parte prejudicada, que pode conseguir através desse meio o reconhecimento das causas de discordância com a decisão proferida. Contudo, não parece aceitável essa possibilidade de reparação de uma decisão de mérito, necessariamente desvalorizadora da própria sentença proferida e até, num certo sentido, da administração da justiça. Acresce ainda que não se julga que sejam frequentes as situações que justificam aquela reforma (ou, pelo menos, deseja-se que o não sejam), pelo que a concessão daquela possibilidade tenderá a ser abusivamente utilizada pela parte vencida, para a qual a sentença padece de lapsos que serão certamente qualificados como manifestos.

Também não é fácil a conjugação dessa faculdade de requerer a reforma da sentença de mérito com a admissibilidade da interposição do recurso. O Projecto esclarece que a parte prejudicada com a alteração da decisão pode sempre recorrer (art. 670.º, n.º 4) — solução que se impõe por si mesma — e que a parte que não requereu a reforma da decisão não fica impedida de invocar em recurso qualquer dos vícios que a justificariam (art. 670.º, n.º 5), mas não elucida se a parte pode sucessivamente requerer a reforma e interpor o recurso. A subsistência do art. 686.º, n.º 1, CPC sem qual-

quer alteração leva a entender que o recurso continua a ser admissível nos termos gerais, o que, a ser assim, se traduz num injustificável benefício da parte vencida. Esta parte passa a possuir dois instrumentos para procurar alterar uma decisão de mérito: o requerimento de reforma e, se este não for deferido, o recurso nos termos gerais.

É claro que, se se retirar à parte que requeira a reforma da sentença nos termos do art. 669.º, n.º 2, o direito ao recurso, isso inviabilizará quase por completo a eficácia prática da medida, pois que dificilmente alguma parte estará disposta a fazer uso dela se a contrapartida for a impossibilidade de recorrer da decisão proferida. Assim, dado que essa proposta só tem sentido útil se subsistir a admissibilidade do recurso e porque a atribuição simultânea à mesma parte da faculdade de requerer a reforma da sentença e dela recorrer parece indesejável, propõe-se a eliminação dos arts. 669.º, n.º 2, e 670.º, n.º 4 (o n.º 5 deste último pode subsistir, dado que tem autonomia perante a hipótese em análise).

2. O art. 674.º-A estabelece que «a condenação definitiva proferida no processo penal constitui presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como os que respeitam às formas do crime, em quaisquer acções civis em que se discutam relações jurídicas que dependam da existência da infracção». Esta solução é discutível. Percebe-se a razão pela qual o art. 674.º-B, n.º 1, estipula (aliás, como o fazia o art. 154.º do Código de Processo Penal de 1929 (= CPP/1929)) que a sentença penal absolutória constitui simples presunção legal da inexistência dos factos que constituem a infracção: o princípio *in dubio pro reo* torna o grau de prova mais exigente no processo penal do que no processo civil e, por isso, da circunstância de o facto não ter sido considerado provado no processo penal nada deve resultar para o processo civil.

Mas, exactamente pela mesma razão, não se compreende por que motivo uma condenação proferida no processo penal, que necessariamente foi proferida depois de ilidida a presunção de inocência do arguido, só vale num processo civil posterior como presunção ilidível. Aliás, esta solução (que é distinta daquela que constava do art. 153.º CPP/1929, que consagrava o valor de caso

julgado da sentença penal condenatória numa posterior acção não penal) é incompatível com a possibilidade de suspensão da instância prevista no art. 97.º, n.º 1, CPC, pois que não é coerente admitir que a instância civil se suspende até ao julgamento da acção penal e considerar que, no caso de nesta vir a ser proferida uma condenação, essa sentença condenatória só vale naquela acção civil como uma presunção ilidível.

Sugere-se, por isso, a seguinte redacção para o art. 674.º-A:

A condenação definitiva proferida em processo penal constitui caso julgado na acção civil que tenha por objecto uma relação dependente da prática da infracção, no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal.

§ 6.º

Fase dos recursos

I. Generalidades

Toda a matéria relativa aos recursos coloca a discussão e a análise num plano interdisciplinar: a sua regulamentação contende com várias áreas jurídicas, como o direito constitucional (em especial, no tema das garantias individuais), o direito processual e a organização judiciária ou, num outro plano, a teoria do direito ou a sociologia jurídica⁽³⁵⁾. Daí que as várias opções na regulamentação dos recursos — ainda que em domínios acentuadamente técnicos — devam ser ponderadas nas suas múltiplas consequências. Pense-se, por exemplo, nas repercussões, em várias áreas, que decorrem da atribuição de efeito suspensivo ou devolutivo à interposição do recurso⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Assim, Gilles, *Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik* (Köln 1992), 21.

⁽³⁶⁾ Cfr. Gilles, *Rechtsmittelproblematik*, 103 ss..

A fase dos recursos é objecto de algumas alterações, de entre as quais sobressai a abolição do recurso para o tribunal pleno e dos assentos (arts. 3.º e 4.º do Projecto de Decreto-Lei). Essas modificações não alteram, no entanto, a fisionomia global da regulamentação em vigor, nem a de cada um dos recursos subsistentes. Os recursos continuam a ser concebidos como meios de controlo de uma decisão por um tribunal de hierarquia superior e, portanto, como uma continuação do processo julgado em primeira instância e não, como seria igualmente concebível mas talvez não desejável, como meios de suscitar a reapreciação de uma questão por um outro tribunal e como uma renovação da primeira instância⁽³⁷⁾. Manteve-se igualmente a prevalência dos recursos de substituição — agora acrescidos da hipótese prevista no art. 715.º-A — sobre as poucas manifestações do sistema cassatório (cfr. arts. 729.º, n.º 3, e 730.º, n.º 1, aos quais há a acrescentar os arts. 731.º, n.º 2, e 762.º, n.º 2, CPC). Igualmente intocada ficou a distinção, de larga tradição histórica, entre os recursos destinados a impugnar uma decisão e os recursos dirigidos a invalidar uma decisão, que, no direito português, se concretiza na diferenciação entre recursos ordinários e extraordinários (art. 676.º, n.º 2).

Contudo, teria sido preferível que, nalguns aspectos, as propostas formuladas no Projecto fossem mais amplas e inovadoras, procurando, nomeadamente, desfazer o verdadeiro labirinto processual em que, em alguns pontos, se enreda o regime vigente. Isso poderia ser obtido mesmo sem prosseguir a unificação dos recursos ordinários que podem ser interpostos das decisões dos tribunais de primeira instância para as Relações (apelação e agravo) e destas para o Supremo (revista e agravo em 2.ª instância). Igualmente carecida de ponderação é a questão da admissibilidade da invocação de factos novos na apelação, pelo menos daqueles que sejam supervenientes ou que só se tornem relevantes em função da decisão proferida na primeira instância.

(37) Sobre a distinção entre recursos de reexame e recursos de revisão (ou de reponderação), cfr. A. Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil*² (Lisboa 1994), 138 ss..

II. Fixação de jurisprudência

1. As alterações propostas em matéria de recursos são dominadas pela abolição do recurso para o tribunal pleno e dos assentos (arts. 3.º e 4.º do Projecto de Decreto-Lei), solução que se fundamenta nos problemas de constitucionalidade dos assentos, os quais têm origem, como é sabido, na dificuldade da sua compatibilização com o disposto no art. 115.º, n.º 5, CRP. Contudo, só numa certa medida ela pode encontrar justificação na doutrina perfilhada pelo acórdão n.º 810/93, de 7/12/1993, do Tribunal Constitucional (publicado no Diário da República, II Série, de 2/3/1994), porque neste aresto os assentos apenas foram considerados inconstitucionais enquanto meio de o Supremo Tribunal de Justiça fixar doutrina com força obrigatória geral, isto é, vinculativa mesmo para os tribunais não judiciais⁽³⁸⁾.

Quer isto dizer que, na perspectiva desse acórdão, os assentos não são inconstitucionais enquanto constituam uma forma de vinculação do próprio Supremo à doutrina neles definida e enquanto representem um precedente, que nem sequer tem de ser vinculativo, para os demais tribunais judiciais. Bastaria prever mecanismos de alteração dos assentos pelo Supremo Tribunal de Justiça e, eventualmente, admitir o recurso de revista sempre que a decisão das instâncias se afastasse da orientação neles adoptada, para que pudessem ser sanadas as inconstitucionalidades do regime instituído no Código de Processo Civil quanto ao recurso para o tribunal pleno. Tudo isso sem abolir completamente uma interessante especificidade, em termos comparativos, da ordem jurídica portuguesa, que, aliás, o Supremo tem utilizado frequentemente nos tempos mais recentes⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Sobre a questão da constitucionalidade dos assentos e em parte crítico perante a solução adoptada nesse acórdão, cfr. *Castanheira Neves, O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)* (Coimbra 1994), 65 ss..

⁽³⁹⁾ Lembre-se que durante o ano de 1994 foram publicadas no Diário da República dezassete Assentos e que em 1995 já se encontram publicados, até ao presente, três Assentos.

Foi outra a orientação seguida no Projecto, que, naturalmente, não podia ignorar a importante função de uniformização jurisprudencial que incumbe — tanto pela tradição histórica nacional, como segundo os dados do direito comparado — aos tribunais de maior hierarquia das respectivas ordens. Em substituição do recurso para o tribunal pleno e dos assentos, instituiu-se uma revista ampliada (arts. 732.º-A e 732.º-B). Caracteriza-se esta pelo julgamento do recurso de revista pelo plenário das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (art. 732.º-A, n.º 1), sempre que possa fazer vencimento uma orientação que esteja em oposição com a jurisprudência anteriormente firmada (art. 732.º-A, n.º 2).

É uma solução semelhante àquela que se encontra prevista em algumas legislações estrangeiras (cfr., por exemplo, art. 374 cpc; § 132 (2) da *Gerichtsverfassungsgesetz* alemã). Mas, embora se considere que a solução proposta é admissível e praticável, importa referir que a uniformidade de regimes processuais é um valor que deve ser prosseguido e salvaguardado pelo legislador, pelo que não se compreende por que se propôs uma regulamentação específica e se descurou, em toda esta matéria relativa à fixação de jurisprudência, qualquer paralelismo com o regime constante dos arts. 437.º a 448.º do Código de Processo Penal (= CPP).

Recorde-se que a diferença entre esses regimes consiste fundamentalmente no seguinte: na regulamentação proposta no Projecto, o recurso é interposto do acórdão da Relação como recurso de revista e é transformado, no próprio Supremo, em revista ampliada (art. 732.º-A), pelo que a uniformização de jurisprudência é obtida aquando da primeira apreciação pelo Supremo; no regime processual penal, o recurso para a fixação de jurisprudência é interposto, em princípio, de um acórdão do próprio Supremo (art. 437.º, n.º 1, CPP), isto é, o recurso para a fixação de jurisprudência é posterior a uma primeira decisão do Supremo.

O art. 732.º-B, n.º 4, determina que o acórdão que vier a ser proferido pelas secções reunidas é publicado na II Série do Diário da República e no Boletim do Ministério da Justiça. Sugere-se que essa publicação no jornal oficial seja realizada na I Série, à semelhança, aliás, do que acontece com os acórdãos congêneres proferidos em matéria penal ou processual penal (art. 444.º, n.º 1, CPP).

2. Nota-se a falta de um regime transitório sobre o valor dos assentos depois da entrada em vigor das alterações propostas no Projecto. Parece razoável propor que, até à sua revogação por uma revista ampliada, os assentos vigentes passem a ter o valor de um acórdão proferido nesse regime e que o mesmo suceda quanto aos acórdãos que vierem a ser proferidos em recursos para o tribunal pleno pendentes à data da entrada em vigor do diploma contendo as alterações à legislação processual civil. Assim, sugere-se a seguinte redacção para o n.º 2 do art. 7.º do Projecto de Decreto-Lei:

2. Os assentos vigentes mantêm, para todos os efeitos legais, o valor dos acórdãos proferidos segundo o regime da revista ampliada, o mesmo sucedendo relativamente ao acórdãos que venham a ser proferidos nos recursos para o tribunal pleno pendentes à data da entrada em vigor deste diploma.

III. Admissibilidade dos recursos

1. Uma das consequências da abolição dos assentos é a proposta relativa ao art. 678.º, n.º 4: segundo este preceito, é sempre admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão da Relação que esteja em oposição com outro, dessa ou de diferente Relação, sobre a mesma questão fundamental de direito, desde que dele não caiba recurso por motivo estranho à alçada do tribunal. Esse preceito é inspirado (ou até algo mais do que isso) no disposto no art. 764.º CPC.

Mas, nessa transposição parece ter-se esquecido um aspecto importante. É que, no regime instituído no art. 764.º CPC, o recurso (que é para o tribunal pleno) destina-se ao proferimento de um assento, pelo que, para cada situação concreta, ele será utilizado uma única vez: esse recurso só é interposto quando surge o acórdão da Relação contraditório com o anteriormente proferido, porque, depois do proferimento do assento, o conflito jurisprudencial está definitivamente sanado através da vinculação de todos os posteriores acórdãos das Relações ao assento entretanto proferido.

A situação é completamente distinta no quadro do art. 678.º, n.º 4: o recurso previsto nesse preceito é admissível sempre que haja dois acórdãos contraditórios das Relações, mas há que considerar que, com a abolição dos assentos, as oposições entre esses acórdãos podem repetir-se e multiplicar-se, dada a falta de vinculação ao acórdão proferido pelo Supremo (mesmo no regime de revista ampliada e se esta vier a existir, isto é, se o recurso interposto, nos termos do art. 678.º, n.º 4, como revista se vier a transformar, através do mecanismo previsto no art. 732.º-A, em revista ampliada). Esta consequência é inevitável num sistema que desiste da vinculação das decisões das instâncias a certos acórdãos do Supremo (ou seja, aos assentos).

Todavia, essas desvantagens podem ser algo minoradas. Veja-se um exemplo para melhor se esclarecer a situação que importa evitar. A Relação de Lisboa proferiu um acórdão contraditório com um outro anteriormente emanado da Relação do Porto; a parte vencida recorreu para o Supremo, que proferiu um acórdão confirmando a orientação do acórdão recorrido da Relação de Lisboa. Posteriormente, a Relação de Lisboa profere um novo acórdão sobre a mesma matéria, adoptando a mesma orientação que antes perfilhara e que foi confirmada pelo Supremo. Segundo o disposto no art. 678.º, n.º 4, esse acórdão admite novo recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, porque está em contradição com um outro de uma diferente Relação (no exemplo, a do Porto).

Isto demonstra que é essencial prever que, havendo contradição entre acórdãos das Relações, não haverá recurso se a orientação perfilhada naquele cuja admissibilidade do recurso se aprecia tiver sido entretanto confirmada pelo Supremo. O que se pode discutir é se qualquer acórdão do Supremo pode obstar a esse recurso ou se isso só deve acontecer quando o Supremo tiver fixado a jurisprudência através da revista ampliada. Esta última parece constituir a solução preferível, o que, em contrapartida, implica que o recurso interposto nos termos do art. 678.º, n.º 4, deve ser julgado segundo esse regime específico, de molde a fixar a jurisprudência e a obviar, nos termos previstos, à admissibilidade do recurso. Portanto, sempre que seja interposto recurso nos termos do art. 678.º, n.º 4, o Supremo aprecia-o através do mecanismo da revista ampliada e a admissibilidade da interposição de recurso de um

outro acórdão da Relação é aferida pela oposição com o sentido da decisão proferida pelo Supremo na revista ampliada; se essa contradição existir, o recurso é admissível.

Propõe-se, por isso, a seguinte redacção para o art. 678.º, n.º 4:

4. Do acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação, sobre a mesma questão fundamental de direito e do qual não caiba recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal, é sempre admissível recurso de revista ampliada, excepto se a orientação nele perfilhada estiver de acordo com a jurisprudência anteriormente fixada pelo Supremo por essa mesma forma.

2. O art. 754.º, n.º 2, começa por recusar a admissibilidade do agravo em 2.ª instância quando o acórdão da Relação tenha confirmado a decisão da primeira instância — é o sistema da chamada «dupla conforme»; mas o mesmo preceito acrescenta que esse recurso é admissível se o recorrente demonstrar que o acórdão proferido está em oposição com um outro proveniente de alguma das Relações ou do Supremo Tribunal de Justiça e relativo à mesma questão fundamental de direito. Este preceito levanta alguns problemas, tanto quanto às condições em que exclui o recurso para o Supremo, como quanto àquelas em que excepcionalmente o admite.

Discutível é, antes do mais, a exigência da unanimidade no acórdão da Relação como condição da exclusão da interposição, nos termos normais, de recurso para o Supremo. O sistema proposto no art. 754.º, n.º 2, é, quanto a este aspecto, o seguinte: se o acórdão da Relação confirmar, por unanimidade, a decisão de primeira instância, o recurso para o Supremo não é, em regra, admissível; mas se essa confirmação se realizar com um voto de vencido, já esse recurso se torna admissível nos termos gerais. Não se percebe o motivo pelo qual se atribuiu uma importância decisiva a um voto de vencido (necessariamente minoritário quanto ao sentido que fez vencimento no acórdão). Se esse voto corresponder ao sentido dominante da jurisprudência, a admissibilidade do recurso para o Supremo deve justificar-se, não pelo facto de ele ter sido

emitido, mas pela oposição do acórdão proferido com essa mesma orientação jurisprudencial; se, pelo contrário, esse voto exprimir uma corrente minoritária da jurisprudência, não é razoável admitir, só por essa circunstância, o recurso para o Supremo, porque isso representaria, por parte do legislador, um respeito maior pela jurisprudência minoritária do que pela jurisprudência dominante.

Como se referiu, apesar de o acórdão da Relação confirmar a decisão da primeira instância, o art. 754.º, n.º 2, aceita, se houver contradição com um outro acórdão da Relação ou do Supremo, a interposição do recurso. Isto coloca novamente a questão da admissibilidade do recurso para o Supremo quando o acórdão da Relação for contrário a um outro proferido por uma das Relações ou pelo Supremo, mas tiver adoptado a solução seguida pelo Supremo num anterior recurso de revista ampliada. Também neste caso se deve excluir aquela admissibilidade. Considere-se a seguinte situação: se a unanimidade jurisprudencial sobre uma certa questão for quebrada por um acórdão isolado de uma das Relações, todos os demais acórdãos de um desses tribunais que venham a adoptar a orientação que continua a ser a dominante tornam-se automaticamente recorríveis, mesmo depois de o Supremo ter confirmado essa corrente jurisprudencial maioritária numa revista ampliada. Esta consequência deve ser evitada.

São duas as vias para o realizar: — uma delas é continuar a admitir o recurso quando haja contradição do acórdão proferido pela Relação com qualquer outro de uma das Relações ou do Supremo, excepto se ele tiver adoptado a solução fixada pelo Supremo no regime de revista ampliada; — a outra é a de só admitir o recurso para o Supremo quando o acórdão da Relação contrariar a jurisprudência fixada pelo Supremo através da revista ampliada. Aquela primeira solução parece a mais razoável, embora não seja a mais fácil de levar à prática.

Não parece desejável que a oposição que fundamenta o recurso do acórdão da Relação que confirma a decisão da primeira instância só possa ocorrer com um acórdão proferido pelo Supremo (e, menos ainda, com um acórdão proferido através da revista ampliada). O intuito é favorecer a uniformização jurisprudencial, pelo que pareceria arbitrário exigir que a desconformidade do acórdão da Relação se devesse verificar com um acórdão

do Supremo. Mas há que prevenir que, se para o efeito da admissibilidade do recurso para o Supremo se aceita a utilização de acórdãos das Relações, corre-se o risco de esse recurso ser interposto com fundamento num acórdão que foi revogado pelo próprio Supremo.

No entanto, a exclusão da possibilidade de invocação de acórdãos da Relação que foram revogados pelo Supremo originaria dificuldades práticas quase insuperáveis: ela exigiria que, ao interpor o recurso e ao averiguar a sua admissibilidade, se verificasse se o acórdão-fundamento da Relação não se encontra revogado pelo Supremo, o que não parece uma tarefa fácil para o tribunal e se afigura como praticamente inexecutável para o recorrente. O que se pode esperar é que o Supremo, logo que detecte casos em que isso sucede ou preveja a possibilidade de isso vir a acontecer, utilize a faculdade, atribuída pelo art. 732.º-A, de provocar o julgamento através da revista ampliada, de molde a prevenir a interposição de mais recursos de acórdãos das Relações que, apesar de estarem em contradição com outros desses mesmos tribunais, concordem com a orientação definida pelo Supremo através da revista ampliada.

Resumindo o exposto, faz-se a seguinte proposta de redacção do art. 754.º, n.º 2 (lembrando-se que o art. 762.º, n.º 3, propõe, acertadamente, a aplicação do regime da revista ampliada ao julgamento do agravo em 2.ª instância):

2. Não é admissível recurso do acórdão da Relação que confirme, ainda que por diverso fundamento, a decisão proferida na primeira instância, salvo se o acórdão estiver em oposição com outro proferido por qualquer Relação ou pelo Supremo e não houver sido fixada pelo Supremo, através da revista ampliada, jurisprudência com ele conforme.

IV. Apelação

1. O art. 712.º refere-se às hipóteses em que a Relação pode alterar o julgamento da matéria de facto efectuado pela primeira instância. A estrutura do art. 712.º é a seguinte: o n.º 1 define as condições em que a decisão do colectivo pode ser alterada pela

Relação; o n.º 2 define a latitude dos poderes de julgamento da Relação quando tenha havido gravação dos depoimentos relevantes para a decisão impugnada; o n.º 3 prevê, se tiver havido gravação dos depoimentos, a possibilidade de a Relação determinar a renovação dos meios de prova produzidos em primeira instância; o n.º 4 regula a anulação da decisão sobre a matéria de facto por deficiência, obscuridade ou contradição; finalmente, o n.º 5 prevê a hipótese da falta de fundamentação da decisão de facto.

Quer isto dizer que o art. 712.º concede, fundamentalmente, três poderes à Relação: um poder de se substituir ao tribunal colectivo no julgamento da matéria de facto (art. 712.º, n.ºs 1, 2 e 3), um poder de anulação da decisão desse tribunal sobre essa matéria (art. 712.º, n.º 4) e ainda um poder de exigir a fundamentação dessa decisão (art. 712.º, n.º 5). É, como se vê, uma regulamentação da maior importância prática, que, após as modificações introduzidas pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/2, volta a ser objecto de propostas de alteração. É sobre estas que recaem algumas breves observações.

2. Começa-se por um aspecto formal: procurando vincar o princípio da admissibilidade do recurso sobre a matéria de facto, o proémio do art. 712.º não deve prever como excepcional a alteração do julgamento sobre essa matéria, mas sim definir as condições em que à Relação é concedido o poder de alterar esse julgamento. Propõe-se, assim, a seguinte redacção para o proémio do art. 712.º, n.º 1:

1. A decisão do tribunal colectivo acerca da matéria de facto pode ser alterada pela Relação:

Merece também uma observação a circunstância de os n.ºs 2 e 3 do art. 712.º só se referirem à hipótese prevista na segunda parte da al. a) do n.º 1 do art. 712.º, o que não parece justificável. O poder de substituição da Relação ao tribunal de primeira instância e as faculdades que lhe são atribuídas pelo art. 712.º, n.ºs 2 e 3, não devem ficar dependentes da gravação dos depoimentos, antes deverão poder ser utilizados sempre que seja impugnada qualquer apreciação da prova (naturalmente, tudo ficando dependente,

quanto à efectiva possibilidade de julgamento pela Relação, das provas documentadas ou registadas que constem do processo). Assim, sugere-se a seguinte redacção para o art. 712.º, n.ºs 2 e 3:

2. *A Relação pode reapreciar as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, mesmo que não sejam aquelas cuja reapreciação foi requerida pela parte.*

3. *A Relação pode determinar a renovação dos meios de prova produzidos em primeira instância que se mostrem indispensáveis ao apuramento da verdade sobre a matéria de facto impugnada, applicando-se, com as adaptações necessárias, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na primeira instância e podendo o relator determinar a comparência pessoal dos depoentes.*

V. Revista

1. O art. 725.º, n.º 1, prevê a hipótese de o recurso da decisão da primeira instância ser interposto, *per saltum*, para o Supremo Tribunal de Justiça se o seu objecto se restringir a uma questão de direito e se uma das partes o requerer e — segundo parece — a outra a tal não se opuser. Deve dizer-se que é muito improvável o sucesso desta medida, pois que dificilmente as partes dispensarão um grau de jurisdição e aceitarão o recurso *per saltum* para o Supremo. Se se entende que, quando o recurso interposto da decisão de primeira instância se restringe à matéria de direito, ele deve ser interposto directamente para o Supremo, então há que o impor *ope legis* e não deixar a situação na disponibilidade das partes.

2. Deve esclarecer-se a posição do Supremo Tribunal de Justiça quanto ao controlo do uso ou não uso pela Relação dos poderes conferidos pelo art. 712.º, sendo certo que o sentido do esclarecimento deve ser favorável a esse controlo e mais amplo do que

o que se propõe no art. 729.º, n.º 3. Sugere-se, por isso, a seguinte redacção para o art. 729.º, n.º 2:

2. A decisão proferida pelo tribunal recorrido quanto à matéria de facto não pode ser alterada, salvo no caso previsto no n.º 2 do artigo 722.º e ainda quando o Supremo entenda dever avocar algum dos poderes conferidos pelo artigo 712.º ou controlar o seu uso pela Relação.

Consequentemente, o art. 729.º, n.º 3, deve ter a seguinte redacção:

3. O Supremo manda baixar o processo ao tribunal recorrido quando entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito.