

OS DIREITOS DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL APÓS A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, EM 2013: AVANÇO OU RETROCESSO?(*)

Pelo Dr. José Acácio Lourenço

SUMÁRIO:

- I.** Algumas observações sobre o processo legislativo que culminou na aprovação do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. **II.** Os direitos das partes no Código de Processo Civil de 2013. 1. O direito de indicar os factos que fundamentam os pedidos e as excepções e de requerer e produzir os meios de prova para os demonstrar. 2. O direito de defesa e ao contraditório. 2.1. O contraditório das partes na adequação formal do processo e na gestão processual; 2.2. Situações em que a admissibilidade do pedido de inversão do contencioso limita o direito de defesa do requerido; 2.3. A limitação do direito de defesa resultante da impossibilidade de responder às excepções nos articulados; 2.4. A limitação dos fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção; 2.5. As dificuldades impostas aos mandatários das partes na prática de actos processuais. **3.** O direito à igualdade e a um juiz imparcial. **4.** O direito ao tribunal colectivo. **5.** O direito de recurso. **6.** O direito a decisão em prazo razoável. **7.** O direito de acesso aos tribunais e a arbitragem necessária.
III. Conclusão. IV. Bibliografia.

(*) O texto corresponde, com algumas correcções, à intervenção do autor no Seminário de Formação Avançada sobre *As Alterações ao Código de Processo Civil*, realizado, pela Unidade de Formação Jurídica e Judiciária (UNIFOJ) do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, em Lisboa, nos dias 27 e 28 de Setembro de 2013.

I. Algumas observações sobre o processo legislativo que culminou na aprovação do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho

A Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, que aprovou o Código de Processo Civil para entrar em vigor e ser aplicado, a partir de 1 de Setembro de 2013, reproduz, com ligeiras alterações, o articulado de Código de Processo Civil que consta da proposta de lei n.º 113/XII que o Governo apresentou à Assembleia da República, em 30 de Novembro de 2012.

Porém, esta proposta de lei n.º 113/XII foi antecedida por dois projectos legislativos.

O primeiro foi a proposta para reforma do Código de Processo Civil apresentada, em Dezembro de 2011, pela Comissão de Revisão, que foi designada, pelo Ministro da Justiça do anterior Governo do PS e veio a ser mantida pela Ministra da Justiça do actual Governo do PSD e do CDS/PP.

Esta proposta apresentada, pela Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, não teve a pretensão de, através das alterações que preconizava, ter produzido e conseguido um “novo” Código de Processo Civil.

O segundo projecto legislativo, embora assente na proposta da Comissão de Revisão, foi produzido à margem desta Comissão e consistiu, no essencial, na reordenação sistemática de algumas matérias do Código de Processo Civil, com a supressão de alguns processos especiais, e na renumeração dos respectivos artigos, tendo sido designada, pelo Ministério da Justiça, como um “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*”, o qual veio a ser submetido à apreciação de várias entidades, no início de Outubro de 2012.

Este “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*” manteve todas as alterações que já constavam na proposta que foi apresentada, em Dezembro de 2011, pela Comissão de Revisão, mas também introduziu novas alterações, como sejam, por exemplo, a da perda de eficácia da prova se, entre cada uma das sessões de julgamento, mediasse um período de tempo superior a 30 dias — cf. n.º 4 do art. 606.º do Projecto de Novo CPC, e a da extinção da instância da acção executiva, se o exequente não pagasse os hono-

rários e despesas do agente de execução, no prazo de 30 dias a contar da data em que tivesse sido notificado para o fazer — cf. n.º 3 do art. 722.º do Projecto de Novo CPC.

Além disso, o projecto de *Novo Código do Processo Civil* suprimiu, no processo de declaração, a forma sumária, passando a existir uma única forma de processo comum — cf. art. 549.º — e retirou do Código, além do processo de inventário e de partilha, cuja direcção e tramitação cometeu aos notários através da Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, os processos especiais de expurgação de hipotecas e de extinção de privilégios, de venda antecipada de penhor, de prestação de contas e de divisão de coisa comum, não se alcançando qual ou quais as razões que poderão ter servido de fundamento à supressão destes dois últimos processos especiais, dado que os mesmos comportam especificidades que justificavam a sua manutenção e regulação, no CPC, como processos especiais.

A proposta de lei n.º 113/XII que visou a aprovação do Código de Processo Civil abandonou a solução da perda da eficácia da prova que constava do “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*” e repôs os processos especiais de divisão de coisa comum e de prestação de contas — cf., respectivamente, arts. 925.º e 941.º da proposta de lei n.º 113/XII —, mas veio a introduzir novas soluções que não constavam, nem da proposta da Comissão de Revisão, nem desse projecto de “*Novo Código do Processo Civil*”, como sejam a de os mandatários deixarem de poder apresentar em juízo os articulados e requerimentos, através da entrega em papel ou do envio por correio ou por telecópia, ficando obrigados a utilizar, como única via possível, o envio electrónico, através da plataforma do Citius — cf. art. 144.º da proposta de lei n.º 113/XII, e ainda a de todas as notificações relativas a processos pendentes a efectuar, pela secretaria, aos mandatários ou por estes, entre si, se processarem também, através do Citius, acabando-se assim com as notificações através de correio registado, em relação à generalidade dos actos a notificar nos processos que tramitam na primeira instância — cf. arts. 248.º e 255.º da proposta de lei n.º 113/XII.

Os princípios do inquisitório e da adequação formal que, no projecto de “*Novo Código do Processo Civil*”, tinham sido deslocados para o Livro I — Da acção, das partes e do Tribunal, e inse-

ridos no respectivo Título I - Das disposições e dos princípios fundamentais — cf. arts. 6.^º e 7.^º —, são colocados, pela proposta de Lei, no Livro II relativo ao Processo em Geral, sendo **o do inquisitório integrado**, no Título V relativo à instrução do processo — cf. art. 411.^º da proposta de lei 113/XII — e **o da adequação formal** vertido, no Título VII relativo às formas de processo — cf. art. 547.^º da proposta de lei n.^º 113/XII.

Por outro lado, a proposta de lei n.^º 113/XII abandonou, e bem, a irrecorribilidade dos despachos sobre a gestão processual — cf. art. 6.^º da proposta de lei n.^º 113/XII em confronto com o n.^º 2 do art. 8.^º do “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*” e com o n.^º 2 do art. 265.^º-B da proposta de revisão, como também abandonou a irrecorribilidade dos despachos sobre a adequação formal — cf. art. 547.^º da proposta de lei n.^º 113/XII em cotejo com o n.^º 3 do art. 7.^º do “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*” e com o n.^º 2 do art. 265.^º-A da proposta de revisão.

Mas, nas alterações que a Assembleia da República introduziu na proposta de lei n.^º 113/XII, voltou-se, de novo, à irrecorribilidade desses despachos, *salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios* — cf. n.^º 2 do art. 630.^º do CPC —, aplicando-se a esses despachos o regime de recorribilidade que a proposta de lei n.^º 113/XII já estabelecia para os despachos sobre nulidades dos actos processuais — cf. n.^º 4 do art. 195.^º da proposta de lei n.^º 113/XII.

E, embora tivesse mantido a supressão da forma sumária, no processo de declaração, o art. 597.^º da proposta de lei n.^º 113/XII veio a enxertar, na forma única do processo de declaração, uma tramitação mais simplificada para as acções de valor não superior a metade da alçada da Relação, nas quais, de acordo com o previsto no n.^º 4 do art. 584.^º da referida proposta, a réplica só era admitida, “*quando o réu deduza reconvenção ou a ação seja de simples apreciação negativa*”, deixando, portanto, nestas acções, de haver réplica para o autor responder às excepções deduzidas na contestação e remetendo-se o contraditório sobre essa matéria para momento posterior ao da fase dos articulados — cf. alínea a) do art. 597.^º da proposta de lei n.^º 113/XII.

Afigura-se, no entanto, que esta tramitação “*simplificada*” para as acções de valor não superior a metade da alçada da Relação, que já não fazia sentido, em face da possibilidade de adequação formal do processo, deixou agora de ter qualquer fundamento, no novo CPC, dado que, na sua versão final, a réplica apenas é admitida *para o autor deduzir toda a defesa quanto à matéria da reconvenção ou, nas acções de simples apreciação negativa, para o autor impugnar os factos constitutivos que o réu tenha alegado e para alegar os factos impeditivos ou extintivos do direito invocado, pelo réu* — cf. n.os 1 e 2 do art. 584.º do CPC — e a tréplica, que era mantida e estava prevista, no art. 585.º do articulado da proposta de lei n.º 113/XII, e servia para o réu responder à modificação do pedido ou da causa de pedir e, em caso de reconvenção, às excepções deduzidas, pelo autor, relativamente ao pedido reconvencional, foi, pura e simplesmente, banida e suprimida.

Ou seja, o processo legislativo que conduziu à aprovação do actual Código de Processo Civil foi seguindo um caminho errático.

Com efeito, ora se apresentou novas soluções que não constavam do projecto da Comissão de Revisão, como sucedeu com o projecto de um “*Novo Código do Processo Civil*”, no qual, para além das alterações na sistemática e de nova renumeração, se consagrava a perda de eficácia da prova e a supressão dos processos especiais de divisão de coisa comum e de prestação de contas, para, logo a seguir, na proposta de lei n.º 113/XII, se deixar cair a perda da eficácia da prova e repôr, e bem, esses dois processos especiais.

Ora se introduziu soluções que nunca constaram das duas versões anteriores, como sucede agora com a obrigatoriedade de apresentação, pelos mandatários, das peças processuais, por via electrónica, e com a notificação de actos processuais aos mandatários ou destes entre si, a efectuar também e de forma única e exclusiva, por via electrónica.

Isto demonstra, salvo o devido respeito e melhor opinião, insegurança e falta de ponderação amadurecida sobre as opções da política legislativa, pois ora são propostas num determinado sentido, para, logo a seguir, serem propostas em sentido contrário.

II. Os direitos das partes no Código de Processo Civil de 2013

Como é sabido, o processo civil destina-se a garantir o exercício dos direitos de natureza privada dos cidadãos e das pessoas colectivas, seja através da sua declaração perante quem os põe em causa ou da condenação de quem os tiver violado, seja por via da respectiva execução coerciva, quando já reconhecidos, por sentença, ou revestidos de determinado grau de certeza.

Porém, há que notar, desde já, que a problemática dos direitos das partes no processo civil não se coloca apenas do lado de quem, como autor ou reconvinte, recorre ou está em juízo para a defesa de um direito de que se considera ser titular e que entende ter sido violado ou posto em causa por outrém, mas coloca-se, igualmente, do lado da parte contra a qual se pretende exercer e tornar efectivo o exercício desse direito, pois quem é demandado também tem o direito de se defender e de não vir a ser adstrito ou obrigado a qualquer prestação para satisfação de um suposto direito ou decorrente de alegada violação do mesmo.

Por isso, o processo civil é um processo de partes, dado que o que nele se discute são **direitos** ou **não direitos** de pessoas singulares e colectivas, no âmbito das respectivas relações reguladas pelos vários ramos de direito privado e, consequentemente, um dos princípios fundamentais que o modela e que constitui a sua matriz genética é o do dispositivo que significa o direito de a parte poder decidir livremente se pretende ou não recorrer a juízo para exercer ou defender o seu direito e de, a qualquer momento, dele poder desistir e bem assim de alegar e provar os fundamentos de facto que integram a sua pretensão.

Este princípio processual é assim uma consequência necessária do poder de disposição sobre o exercício ou não dos direitos de que se seja titular, podendo, portanto, o titular do direito decidir livremente se o quer ou não exercer e fazer valer em juízo e, em caso afirmativo, de poder indicar e provar os factos em que baseia e fundamenta o seu direito.

O direito de acção ou, noutra formulação, o direito de acesso aos tribunais constitui assim um direito instrumental, cujo exercí-

cio se torna indispensável, quando o cidadão pretenda defender o seu o direito, mas que, apesar de ser instrumental, não deixa de ser um direito fundamental, conforme decorre do disposto no n.º 1 do art. 20.º da Constituição.

É instrumental porque o direito de acção não é o próprio direito que o cidadão visa defender, por o considerar violado ou posto em crise por outro cidadão ou entidade.

E é de exercício indispensável e necessário, nos casos em que o cidadão optar por exercer e/ou defender o seu direito, dado que, em regra, não o pode fazer, através da autodefesa, mas antes terá de recorrer aos tribunais, como resulta da proibição de autodefesa, consagrada logo no art. 1.º do CPC, e de estar reservado aos tribunais o poder de dirimir litígios públicos e privados.

E embora o demandado não possa obstar a que outrém o chame a juízo e, por isso, não tenha na sua mão a disponibilidade do direito de ser ou não accionado, já não é menos certo que, a partir do momento em que tiver sido demandado, o princípio do dispositivo também se lhe aplica, por inteiro, dado que pode escolher entre defender-se ou não se defender da demanda e é a ele que compete indicar os fundamentos de facto pelos quais entende que ao demandante não assiste o direito e bem assim de requerer e produzir os meios de prova para demonstrar esses factos.

Os direitos das partes no processo civil, embora de natureza instrumental, não possuem menor dignidade do que os demais direitos, como muitas vezes se pretende fazer crer, ao considerá-los meros actos de procedimento e de forma, pois do seu reconhecimento efectivo no processo depende directamente a defesa do direito que o cidadão pretende exercer e fazer valer em juízo.

Na verdade, os direitos de defesa das partes, no processo, ficam feridos e limitados, quando se atribuem ao juiz poderes, cujo exercício pode favorecer uma das partes em detrimento da outra, como seja o de o juiz poder, oficiosamente, averiguar e considerar factos complementares ou concretizadores dos pedidos ou das excepções ou o de investigar e ordenar a produção de meios de prova que nenhuma das partes lhe requereu, tudo isto em nome da busca de uma suposta verdade material que é mais uma das verdades que se proclama, mas que, à semelhança da verdade de cada

uma das partes, pode não representar a verdade “verdadeira”, criando-se, portanto, situações em que, pelo menos, do ponto de vista objectivo, o juiz é colocado pela lei a actuar em prol e benefício de uma das partes e em detrimento da outra e ferindo-se, por essa via, o princípio da igualdade das partes e o direito a um juiz imparcial.

Por outro lado, alargando-se ou restringindo-se o uso de faculdades ou de meios processuais, seja pelo juiz, seja por uma das partes, sem contraditório efectivo e oportunamente da outra, vulnera-se o direito de defesa de ambas as partes, ou da outra parte, e criam-se soluções processuais que não asseguram um tratamento igual de ambas as partes.

Por último e sem pretender ser exaustivo e esgotar as situações em que os direitos das partes podem resultar diminuídos ou sacrificados, limitando ou proibindo o recurso das decisões que sejam erróneas, seja na determinação dos factos, seja na determinação e aplicação das normas jurídicas, ou afastando, pura e simplesmente, o esclarecimento e aclaração de decisões, impede-se o escrutínio de decisões em instância de recurso e não se estimula e cultiva a cabal compreensão dos fundamentos das decisões, contribuindo-se, dessa forma, para uma opacidade dos actos jurisdicionais de administração da justiça.

Como diz Girolamo Monteleone, professor ordinário de Direito Processual Civil na Universidade de Palermo, Itália, em artigo publicado na obra colectiva sobre Proceso Civil e Ideología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, sob o título “*El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil*”, p. 181: “*Por qué una sentencia es justa, o más justa, si el juez civil está dotado de preponderantes poderes procesales y concretamente del poder de disponer de pruebas de oficio, y en cambio no lo es si la conducción del proceso está encomendada a las partes e sólo a ellas está reservada la iniciativa probatoria? No resulta, por lo menos hasta hoy, haberse teórica o empíricamente probado que el grado de justicia de una sentencia sea directamente proporcional a la suma de los poderes procesales del juez, ni que las partes actúen y resistan en juicio movidas solamente por el deseo de injusticia. Por el contrario, en base a la experiencia, nunca des-*

mentida, quien se dirige al juez civil invoca la justicia e la aplicación de la ley, que considera que se ha violado en su daño.”

Ou, como também faz notar Juan Montero Aroca, professor catedrático de Direito Processual na Universidade de Valencia e, até Julho de 2011, magistrado do Tribunal Superior de Justicia da Comunidade Autónoma de Valencia, em artigo publicado, na *op. cit.*, sob o título “*El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria*”, p. 161: “*Pero es que además la ampliación de las facultades del juez, especialmente en materia de iniciativa probatoria, sólo tiene sentido si se parte de la idea implícita de que el abogado de la parte puede ser negligente o ignorante. Si la ley partiera del presupuesto de que ‘las partes son los mejores jueces de su propia defensa’, como decía Chiovenda, con la consecuencia de que quien mejor defiende los intereses de esa parte es su abogado, perdería todo sentido lógico y práctico el atribuir poderes materiales al juez y entre ellos los de iniciativa probatoria. El sentido de la norma sólo puede responder a esa desconfianza frente el abogado, desconfianza que no puede negar su base autoritaria. Por ello no he entendido ni entiendo cómo algunos abogados pueden ser partidarios del aumento de las facultades del juez, mientras que no puedo dejar de comprender que algunos jueces sí sean partidarios*”.

Na análise que se irá empreender, para fazer o balanço e tentar responder à questão sobre se, com a reforma do Código de Processo Civil de 2013, os direitos das partes sofreram avanço ou retrocesso, examinar-se-ão as soluções normativas nele acolhidas, algumas delas já vindas do Código que se pretendeu reformar e outras agora consagradas, como inovações, tendo em consideração os direitos das partes nas seguintes matérias:

- o direito de indicar os factos que fundamentam os pedidos e as exceções e de requerer e produzir os meios de prova para os demonstrar;
- o direito de defesa e ao contraditório;
- o direito à igualdade e a um juiz imparcial;
- o direito ao tribunal colectivo;

- o direito de recurso;
- o direito a decisão em prazo razóavel;
- o direito de acesso aos tribunais e a arbitragem necessária.

Vejamos então como se posiciona o Código de Processo Civil de 2013 em relação a cada um destes direitos das partes.

1. O direito de indicar os factos que fundamentam os pedidos e as excepções e de requerer e produzir os meios de prova para os demonstrar

Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 5.º do CPC, *às partes apenas cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas*, mas, de acordo com o estabelecido no n.º 2 do mesmo artigo, além dos factos articulados pelas partes, o juiz deve ainda considerar:

- a) *Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;*
- b) *Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;*
- c) *Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.*

O Código não só estimula as partes a que não indiquem, de forma pertinente e concisa, todos os factos em que baseiem os seus pedidos ou as excepções, pois, de acordo com a referida norma, cabe-lhes apenas alegar e indicar *os factos essenciais* que, de resto, o Código também não precisa o que sejam, como permite ainda que o juiz possa carrear para o processo e servir-se de factos que as partes não alegaram, mas que o mesmo juiz venha a considerar como complemento ou concretização dos factos que as partes tenham alegado e resultem da instrução da causa.

Ou seja, o juiz não só pode carrear para o processo factos não alegados, pelas partes, através das diligências instrutórias que oficiosamente decida ordenar e realizar, como também pode tomar conhecimento desses factos, uma vez que, nos termos do disposto no art. 411.^º do CPC, *incumbe-lhe realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer.*

Este poder de cognição é atribuído ao juiz tanto em relação a factos instrumentais, que são aqueles que se destinam a fazer a prova de outros factos, como em relação a factos complementares ou concretizadores de factos essenciais que as partes tenham alegado, e, quanto a estes últimos, sem a exigência que constava da parte final do n.º 3 do art. 264.^º do CPC agora revogado, ou seja, sem a exigência de que a parte interessada devesse ter manifestado a vontade de deles se aproveitar, pois não se afigura que baste que as partes tenham tido possibilidade de se pronunciar sobre esses factos, como consta agora da parte final da alínea b) do n.º 2 do art. 5.^º do actual CPC.

Isto é, são conferidos ao juiz poderes de introduzir e de conhecer factos em relação aos quais é também ele quem decide se são ou não complementares ou concretizadores e que, no caso de assim os considerar, passam a fazer parte do núcleo dos factos essenciais para apreciação e decisão do pedido ou das exceções.

Pergunta-se então: em nome de que interesses ou de que princípios pode o juiz vir a introduzir e a utilizar esses factos no processo, quando nele se discutem e se pretendem fazer valer direitos que são livremente disponíveis pelas partes?

O art. 411.^º do CPC responde a esta interrogação com a necessidade de apuramento da verdade e da justa composição do litígio.

Porém, não há quaisquer garantias de que a verdade apurada pelo juiz seja mais verdadeira do que a das partes ou que a composição do litígio seja mais justa, se o juiz introduzir e considerar factos que, no respectivo entendimento, são complementares ou concretizadores dos alegados pelas partes, mas que estas não consideram essenciais e relevantes para a composição do litígio, em cujo cerne, convém repeti-lo, se encontram, por regra, direitos disponíveis.

Mas mais: que sentido faz confinar e limitar as partes à alegação de factos essenciais, impedindo-as assim de alegar, de forma pertinente e concisa, todos os factos relevantes para a decisão dos pedidos ou das excepções e que integram as situações da vida real em que elas próprias tiveram intervenção, e depois vir a conferir ao juiz o poder de carrear e de conhecer factos que é ele próprio quem os vem a considerar como necessários para a decisão desses mesmos pedidos e das excepções, sejam esses factos instrumentais ou factos complementares ou concretizadores dos essenciais?

Afigura-se que há aqui uma flagrante contradição, pois o que se retira às partes, confinando-as à alegação de factos essenciais, põe-se a cargo do juiz, dando-lhe o poder de carrear, através do inquisitório, factos destinados a completar e a concretizar os que as partes alegaram, o que constitui um entorse e um esvaziamento injustificado do princípio do dispositivo e do consequente direito de impulso processual, enquanto corolários e consequência do direito à capacidade civil, na sua dupla vertente de capacidade jurídica de gozo e de capacidade de exercício, e que o n.º 1 do art. 26.º da Constituição reconhece e consagra como um direito pessoal com a natureza de direito fundamental.

E esses poderes de cognição oficiosa também se afigura não serem compatíveis com o respeito da dignidade da pessoa humana que o art. 1.º da Constituição igualmente consagra, ao estabelecer que a República portuguesa é baseada no respeito pela dignidade da pessoa humana, pois o respeito por essa dignidade não é compatível com concepções paternalistas e tutelares dos órgãos do Estado que visem substituir-se ao cidadão no exercício dos respectivos direitos, mormente no que respeita à invocação e prova de factos relativos ao exercício de direitos livremente disponíveis.

O art. 3.º da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, que aprova o CPC ilustra bem a ideia de como o Estado legislador trata o cidadão com paternalismo, colocando o juiz na posição de mestre escola solícito e dotado de superior sabedoria para, no decurso do primeiro ano de vigência do CPC, isto é, até 1 de Setembro de 2014, lhe impôr o dever de corrigir e suprir, “*ex officio*”, os erros e as inabilidades que os mandatários das partes possam vir a cometer, seja pela prática de actos não admitidos, seja pela omissão de actos “*devidos*.”

Pelos vistos, o legislador não considerou suficiente o dever que já impõe ao juiz de “*providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados*” — cf. alínea b) do n.º 2 e n.ºs 3 e 4 do art. 590.º do CPC, colocando-o também, e devido a essa incumbência, na posição de auxiliar de uma das partes, e ferindo, por isso, pelo menos no plano objectivo, o direito a um juiz imparcial, pois ainda lhe impõe o dever de corrigir e de suprir erros em que as partes venham a incorrer, no decurso do primeiro ano de vigência do CPC.

A reforma reforçou assim a orientação inquisitória que já vinha de trás e cerceou ainda mais o princípio do dispositivo e o correlativo direito das partes indicarem os factos em que fundamentam as suas pretensões e de indicarem e produzirem as provas necessárias para os demonstrar.

Porém, o reforço dos poderes inquisitórios do juiz e a consequente compressão do poder dispositivo acabam sempre por interferir com o direito fundamental à capacidade civil das partes, limitando-o e restringindo-o, uma vez que uma das componentes do direito à capacidade civil é a capacidade de exercício e esta pressupõe e exige que o titular de um direito o possa exercer de forma pessoal e livre e, portanto, sem sujeição a intervenções oficiosas e inquisitórias do juiz destinadas a substituir-se-lhe, seja na indicação de factos que integram o respectivo direito, seja na prova de factos que lhe servem de fundamento.

Esta concepção de juiz activo e interventor para auxiliar as partes foi introduzida no processo civil português, através da reforma de 1995/1996, e inspirou-se na correspondente solução acolhida no art. 29.º do Código de Processo do Trabalho então em vigor e aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 272-A/81, de 30 de Setembro, cujo teor era o seguinte:

*Artigo 29.º
(Poderes do juiz)*

O juiz deve, até à audiência de discussão e julgamento:

a) Determinar que intervenham no processo os representantes legais do autor ou do réu, quando verificar alguma incapacidade relativamente a um ou a outro;

b) Mandar intervir na ação qualquer pessoa cuja intervenção julgue necessária para assegurar a legitimidade das partes;

c) Convidar as partes a completar e a corrigir os articulados, quando no decurso do processo reconheça que deixaram de ser articulados factos que podem interessar à decisão da causa e sem prejuízo de tais factos ficarem sujeitos às regras gerais sob contraditoriedade e prova.

Este art. 29.º do Código de Processo do Trabalho de 1981, que iniciou a sua vigência, em 1 de Janeiro de 1982, manteve-se, na sua essência, no art. 27.º do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de Novembro, o qual entrou em vigor, em 1 de Janeiro de 2000, e que, com as alterações que lhe foram introduzidas, pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro, é o que se encontra em vigor, até ao presente.

Porém, a matriz do Código de Processo do Trabalho de 1981 e que foi mantida no de 1999, é, na sua essência, a do Código de Processo do Trabalho de 1963, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45 497, de 30 de Dezembro de 1963, isto é, durante o regime corporativo e em plena ditadura, o que, aliás, é, expressamente, declarado e reconhecido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 272-A/81, de 30 de Setembro, cujos excertos pertinentes, a este propósito, se transcrevem:

“1 — A nossa ordem jurídica conheceu dois códigos de processo do trabalho em consequência de reformas do processo civil. O primeiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30910, de 3 de Novembro de 1940, surgiu após a publicação do Código de Processo Civil de 1939. O segundo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45497, de 30 de Dezembro de 1963, foi publicado posteriormente à reforma do processo civil de 1961.

Em 1979, antes de se iniciar a profunda revisão do processo civil e já com os tribunais do trabalho dentro do âmbito do Ministério da Justiça, entendeu-se publicar um novo Código de Processo do Trabalho para a sua vigência ser iniciada em 8 de Abril de 1980, conforme decorre do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 537/79, de 31 de Dezembro. Aconteceu que este início de vigência foi sucessivamente prorrogado, encontrando-se suspensa a aplicação daquele novo Código até 1 de Outubro de 1981 (Lei n.º 48/80, de 26 de dezembro).

(...)

2 — O texto atual baseou-se fundamentalmente no diploma de 1979, que, por seu turno, assentou no Código de 1963. (...). “.

Ora, o teor do art. 38.^º do Código de Processo do Trabalho de 1963, aprovado pelo Decreto-Lei n.^º 45 497, de 30 de Dezembro de 1963, era o seguinte:

Artigo 38.^º

O juiz deve, até à audiência de discussão e julgamento:

- a) Determinar que intervenham no processo os representantes legais de autor ou réu, quando verificar alguma incapacidade, relativamente a um ou a outro;*
- b) Mandar intervir na acção, nos termos dos artigos 356.^º e seguintes do Código de Processo Civil, qualquer pessoa cuja intervenção julgue necessária para assegurar a legitimidade das partes;*
- c) Convidar as partes a completar e a corrigir os articulados, quando no decurso do processo reconheça que deixaram de ser articulados factos que podem interessar à decisão da causa e sem prejuízo de tais factos ficarem sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova.*

Ou seja, o art. 29.^º do CPT de 1981 reproduziu, “*ipsis verbis*”, o art. 38.^º do CPT de 1963.

De salientar ainda que, apesar de, em 1961, se ter procedido à revisão e reforma do CPC de 1939, através da aprovação do Código de Processo Civil, pelo Decreto-Lei n.^º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, o Governo de então, na pessoa do respectivo Ministro da Justiça, Prof. Antunes Varela, não se deixou seduzir, na reforma do processo civil de 1961, pela solução que, em relação ao poderes do juiz, viria a plasmar no art. 38.^º do CPT de 1963 e que o legislador de 1995/1996 não teve qualquer dúvida ou hesitação em transpôr para o processo civil, através da alteração do art. 508.^º do CPC.

E tal como o Código de Processo Civil de 1961 não foi um novo Código, como o legislador de então, expressamente, reconheceu e assumiu, desde logo, no respectivo preâmbulo, o Código de Processo Civil de 2013 também não é um novo Código, com a diferença de que o legislador da reforma de 2012/2013 pretendeu ter rompido com os paradigmas do Código ora revogado e criado “*um novo Código*”, o que, nas palavras do Prof. Lebre de Freitas,

em artigo publicado, no jornal “Público”, de 25-11-2012, “é requintada mentira”. E, nessa constatação, não está só.

É caso para dizer que, em 2012/2013, se voltou a repetir o ciclo histórico, mas com a diferença essencial de que o CPC de 1961 nunca pretendeu ser havido como um novo código e renegar, para o bem e para o mal, a paternidade de Alberto dos Reis, ao contrário do que sucede com o CPC de 2013.

Por outro lado, a intervenção do juiz em matéria de diligências probatórias apenas se comprehende e compatibiliza com o seu dever de imparcialidade, quando, perante um meio de prova requerido por uma das partes, a parte contrária ou outra entidade pública ou privada, que não seja parte no processo, se recuse a fornecer esse meio de prova ou crie obstáculos ou impedimentos, injustificados ou ilegítimos, à sua utilização.

No demais, devem ser respeitadas e seguidas as regras de direito probatório estabelecidas no Código Civil em matéria de valor probatório atribuído a cada um dos meios de prova e de regras sobre ónus da prova dos factos constitutivos, por um lado, e dos factos modificativos, impeditivos ou extintivos, por outro.

Porém, no CPC de 2013, ao juiz do processo civil são conferidos mais poderes inquisitórios em matéria de produção de provas, pois, para além do poder que já lhe era conferido para realizar ou ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, o qual encontra agora assento no art. 411.^º, são-lhe ainda conferidos poderes:

- para, já depois de o processo lhe ter sido concluso para proferir sentença e “*se não se julgar suficientemente esclarecido*”, voltar a reabrir a audiência de julgamento, “*ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias*” — cf. n.^º 1 do art. 607.^º;
- ou ainda para se impôr à Relação, como resulta do disposto na alínea b) do n.^º 2 do art. 662.^º, o dever de “*ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova*”, isto é, **não** a renovação dos meios de prova que as partes requereram e que se encontra prevista na alínea a) do n.^º 2 do dito art. 662.^º,

mas sim a produção de **novos meios de prova que nenhuma das partes requereu**, subvertendo-se, por completo, as regras substantivas sobre o ónus da prova.

E não se diga que o disposto no mencionado n.º 1 do art. 607.º do novo CPC reproduz o já estabelecido no n.º 1 do art. 653.º do CPC revogado, pois, se é verdade que, em parte, assim é, há, no entanto, uma diferença essencial, uma vez que no novo Código a audiência final já se encontra encerrada — cf. n.º 1 do art. 607.º (“*Encerrada a audiência final ...*”) —, ao passo que no n.º 1 do art. 653.º **o que havia sido dado por encerrado era a discussão sobre a matéria de facto e não a audiência de julgamento**.

Ou seja, no n.º 1 do art. 607.º do novo CPC o juiz, para poder ouvir as pessoas que entender e ordenar as demais diligências que reputa necessárias, tem o poder de reabrir a audiência final as vezes que entender, até se considerar esclarecido, quebrando, dessa forma e através desses poderes, o princípio da preclusão processual e fazendo com que a audiência final nunca se possa ter por definitivamente encerrada, enquanto a sentença não tiver sido proferida e notificada, o que, salvo melhor opinião, representa uma total instrumentalização da audiência final e das partes aos poderes oficiais e inquisitórios do juiz.

Tudo isto em nome de uma suposta procura da verdade material, retirando o juiz da posição de imparcialidade e de *terzietà* relativamente aos interesses de natureza privada que as partes discutem entre si, para o colocar na posição de entidade dirigista e inquisitória que sabe sempre o que será melhor para a resolução dos litígios que são submetidos à sua apreciação e decisão, pelos respectivos concidadãos.

Há quem tenha procurado temperar estes poderes inquisitórios do juiz em matéria probatória e com referência ao que já dispunha o CPC ora revogado, sustentando que esses poderes inquisitórios só deverão ser exercidos, mediante despacho fundamentado e com prévio contraditório das partes, ou então que apenas deverão ser exercidos em diligências instrutórias relativas a direitos indisponíveis.

Sem embargo de o juiz dever indicar, de forma prévia e fundamentada, a razão pela qual tem intenção de ordenar, “*ex officio*”, diligências instrutórias e de assegurar o prévio contraditório de ambas as partes, afigura-se, no entanto, que apenas o deverá fazer para remover obstáculos ou impedimentos à produção de meios de prova que, previamente, tenham sido requeridos, por qualquer das partes.

Convém lembrar aqui os princípios de processo civil transnacional dos ALI/UNIDROIT (American Law Institute/Institut International pour l’Unification du Droit Privé) que, embora estabelecidos para os processos em que se suscitem litígios transnacionais, também podem ser adoptados na regulação do processo civil aplicável, no direito interno de cada Estado:

10. Principe dispositif

10.1. L’instance est introduite par la demande d’un plaideur; le tribunal ne peut se saisir d’office.

10.2. Le dépôt de la demande auprès du tribunal constitue le moment déterminant [pour] le calcul des délais de prescription, la litispendance et les autres délais.

10.3. L’objet du litige est déterminé par les demandes et défenses des parties, telles que présentées dans l’acte introductif d’instance et dans les conclusions en défense, y compris dans les modifications qui leur sont apportées.

10.4. Si elle justifie de motifs sérieux, une partie a le droit de modifier ses demandes ou défenses, en le notifiant aux autres parties. Cette modification ne doit pas retarder de façon déraisonnable la procédure ni avoir pour conséquence quelque autre injustice.

10.5. Les parties ont le droit de mettre volontairement un terme à l’instance ou de la modifier, par désistement, acquiescement, admission, ou accord amiable. Une partie ne peut mettre unilatéralement un terme à son action ou la modifier si cela cause un préjudice à son adversaire.

21. Charge de la preuve et conviction du juge

21.1. En principe, il incombe à chaque partie de prouver les faits allégués au soutien de sa prétention.

21.2. Les faits sont prouvés si le tribunal est raisonnablement convaincu de leur véracité.

21.3. Lorsqu’une partie a en sa possession ou sous son contrôle un élément de preuve pertinent que, sans justification, elle refuse de

produire, le tribunal peut tirer toute conséquence défavorable de ce refus au regard de la question concernée par l'élément de preuve non produit.

Também convém aqui referir o Código de Processo Civil da Noruega que tem sido considerado modelar na compatibilização do chamado activismo judicial com os direitos das partes no processo civil e que corresponde à Lei n.º 90, de 17 de Junho de 2005, relativa à mediação e ao processo em litígios civis:

Section 11-2 The court's position with regard to the procedural steps of the parties

*(1) The court may only rule on the claims that are made in the case. The ruling must fall within the scope of the parties' prayers for relief and the court may only base its ruling on the grounds for the prayers for relief that have been invoked. **The grounds for the prayers for relief are the material facts upon which a party bases its prayer for relief.***

*(2) The parties have the primary responsibility for presenting evidence. **The court can take care of the presentation of evidence if the parties do not object.** The court is not bound by the parties' arguments with regard to questions of evidence (negros nossos).*

Uma outra solução que se afigura contrária ao direito de prova das parte é a da fixação de um número máximo de testemunhas que foi diminuído para 10 ou para 5, consoante o valor da causa exceda ou não metade da alçada do tribunal de 1.ª instância — cf. n.º 1 do art. 511.º do CPC —, a qual é de 5.000,00€ e foi mantida neste valor, pelo n.º 1 do art. 44.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto — Lei da Organização do Sistema Judiciário.

É certo que, através do disposto no n.º 4 do art. 511.º do CPC e atendendo à natureza e extensão dos temas de prova, o juiz pode admitir a inquirição de testemunhas para além do limite previsto no n.º 1 do dito art. 511.º.

Porém, tal decisão é irrecorrível.

A fixação de um número máximo de testemunhas constitui uma solução que pode limitar e violar o direito de prova das partes e que não se revela coerente com o princípio da adequação formal.

Viola o direito de prova das partes, porque, se cada uma das 10 testemunhas só tiver conhecimento sobre dois ou três conjuntos de questões de facto, caso haja mais conjuntos de questões de facto a provar, a parte fica impedida de as provar, através de testemunhas, e fica sujeita ao poder decisório irrecorrível do juiz para serem admitidas mais testemunhas, para além das 10.

É incoerente com o princípio da adequação formal, pois o número de testemunhas deve ser o que fôr indispensável às questões de facto que a parte se propõe provar através de testemunhas, o que significa que poderá ser superior ou inferior a limites legalmente taxados.

Com efeito, afigura-se que a parte, ao indicar os meios de prova nos articulados, também deveria indicar, desde logo, quais as testemunhas a inquirir por cada facto e, caso ao juiz se afigurasse excessivo o número de testemunhas indicado por cada facto, aferir-se-ia depois, em sede de gestão processual e de adopção da tramitação adequada às especificidades da causa e a um processo equitativo — cf. art. 547.º, a necessidade de reduzir ou não esse número, cabendo à parte que indicou as testemunhas, seleccionar aquelas cujo depoimento considerasse relevante e indispensável.

É assim patente que a opção pela fixação de um limite máximo de testemunhas afasta, à partida, a aplicação do princípio da adequação formal nas situações em que pode ser manifesta a necessidade de inquirir um número de testemunhas superior ao limite legalmente fixado.

E a irrecorribilidade do despacho que, atenta a extensão e a natureza dos temas de prova, decidir sobre a necessidade de exceder ou não o número de testemunhas legalmente fixado, também constitui uma solução incoerente e contraditória, pois uma das situações em que o direito de recurso não foi sacrificado é a que radica na admissibilidade ou não de meios de prova — cf. n.º 2 do art. 630.º e alínea *d*) do n.º 2 do art. 644.º, ambos do CPC.

2. O direito de defesa e ao contraditório

2.1. O contraditório das partes na adequação formal do processo e na gestão processual

Uma das situações em que o direito das partes ao contraditório aparece subalternizado é a que se refere à adequação formal do processo, pelo juiz.

Com efeito, o art. 547.^º do CPC, mantendo o que já constava na proposta de lei n.º 113/XII, limita-se a dizer que *o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.*

Porém, no art. 7.^º do *Projecto de Novo CPC*, previa-se o seguinte:

*Artigo 7.^º
Princípio da adequação formal*

1 — Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa ou não for a mais eficiente, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

2 — Em qualquer estado da causa, quando entendam que a tramitação processual não se adequa às especificidades da causa ou não é a mais eficiente, as partes podem requerer a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

3 — Não é admissível recurso das decisões proferidas no âmbito do disposto nos números anteriores.

No entanto, a proposta de lei n.º 113/XII veio suprimir a referência expressa ao direito de as partes requererem a adequação formal do processo e ao do respectivo contraditório prévio, para passar dizer secamente o que consta no art. 547.^º

Esta alteração, ao ter suprimido a menção da exigência de prévio contraditório das partes e de elas próprias poderem requerer actos de adequação formal, evidencia o entendimento de que, para

se ponderar e decidir sobre essa matéria, é dispensável quer a própria iniciativa das partes, quer o seu prévio contraditório, bastando somente o despacho do juiz, o que, além de constituir uma inaceitável subalternização dos direitos das partes, também se mostra incompreensível, pois para despachos de simplificação e de agilização processual determina-se que o juiz deve ouvir as partes — cf. parte final do n.º 1 do art. 6.º do CPC —, mas para despachos de adequação formal já não se prevê, “*expressis verbis*”, esse dever de audição.

A omissão da exigência de prévio contraditório das partes, na redacção do art. 547.º do CPC, poderá, no entanto, ser desvalorizada com o argumento de que essa audição prévia das partes sobre actos de adequação formal do processo sempre estará assegurada, através da aplicação da regra geral sobre o contraditório das partes estabelecida no n.º 3 do art. 3.º do CPC.

Mas ainda assim tal omissão não deixa de ser contrastante e incompreensível, pois, enquanto que, em sede de adequação formal, se veio acolher uma redacção final em que se deixou de fazer qualquer referência ao prévio contraditório das partes, já, no que toca à gestão processual, a parte final do n.º 1 do art. 6.º do CPC estabelece essa exigência, de forma expressa, relativamente à adopção de “*mecanismos*” de simplificação e de agilização processual e isto não obstante a regra geral sobre o contraditório das partes consagrada no n.º 3 do referido art. 3.º do CPC.

No entanto, a forma como gestão processual é tratada e regulada no art. 6.º do CPC também suscita algumas questões.

Uma delas resulta do facto de o n.º 1 do art. 6.º do CPC considerar, como fazendo parte da gestão processual, tanto os “*mecanismos*” de simplificação do processo, como os de agilização processual.

Ora, se é certo que a *agilização processual*, ou seja, a tomada de medidas que visem a tramitação célere do processo, se pode considerar, pacificamente, incluída nas matérias passíveis de ser objecto da gestão processual, já é duvidoso que as medidas de *simplificação processual* também façam parte da gestão do processo, pois, embora a parte final do n.º 1 do art. 6.º do CPC as considere ainda incluídas no dever de gestão processual, os actos que,

num concreto processo, visem simplificar a tramitação que a lei para ele prevê, seja aligeirando, seja suprimindo actos ou formalidades que podem ser dispensáveis, já fazem parte, em bom rigor, da sua adequação formal, uma vez que envolvem a adaptação da sua tramitação.

E se, na esteira do que se acabou de dizer, se considerar que as medidas de simplificação do processo se inserem na adequação formal do processo, então poderá dizer-se que o CPC não deixou de exigir, de forma expressa, o prévio contraditório das partes, nos actos de adequação formal do processo que consistam na adopção dessas medidas de simplificação.

Porém, o art. 6.º do CPC também não fornece uma especificação das matérias em que o legislador considera desejável ou necessário levar a cabo actos de gestão processual, limitando-se a dizer, no seu n.º 1, que

Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

E, no seu n.º 2, que

O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, conviadando estas a praticá-lo.

Salvo melhor opinião, isto é muito pouco para quem tanta ênfase coloca na gestão processual.

Na verdade, apesar de impôr ao juiz o dever de gestão processual, o legislador dispensou-se de indicar quais as matérias que devem ser objecto desse dever de gestão, tendo-se ficado pela repetição das normas genéricas sobre a direcção do processo que já constavam do art. 265.º do CPC agora revogado.

E, para se ver como é importante ter ideias claras sobre as matérias que poderão ser objecto de gestão processual, convém aqui referir como é que o Código de Processo Civil da Noruega trata da gestão do processo, transcrevendo-se, para o efeito, o disposto na respectiva respectiva secção 9-4:

Section 9-4 Management of the case. Plan for further proceedings

1 — The court shall actively and systematically manage the preparation of the case to ensure that it is heard in a swift, cost effective and sound manner.

2 — Immediately after the reply has been submitted pursuant to section 9-3, the court shall, after discussions with the parties, prepare a plan for the further proceedings including setting time limits and making necessary decisions. These decisions include:

- a) whether judicial mediation or mediation at a court hearing should be attempted,*
- b) whether the case should be heard pursuant to special provisions,*
- c) whether court hearings shall be held during the preparatory stage and whether it could be appropriate to rule on the case following such court hearing,*
- d) whether written submissions shall be made and form part of the basis for ruling on the case,*
- e) whether the proceedings in the case should be split,*
- f) a review of the presentation of evidence, including whether an on-site inspection, access to evidence or production of evidence is being requested, whether evidence shall be secured and whether an expert should be appointed,*
- g) whether the parties shall submit written closing submissions,*
- h) setting the date for the main hearing, which date may only be more than six months after the date of submission of the writ of summons if special circumstances make it necessary,*
- i) whether the court shall sit with expert or regular lay judges, and*
- j) other issues of importance to the preparation of the case.*

3 — Discussions pursuant to subsection (2) shall take place at a court hearing, which may be held in the form of a distance meeting. If justified by the need for progress in the case or if it is evident that discussions at a court hearing are not required, the court can request

the parties to submit their remarks in writing or obtain the required clarification by other method (sublinhados nossos).

A diferença é abissal, pois embora algumas matérias também se encontrem previstas, quer no despacho de gestão inicial do processo a que se refere o art. 590.^º do CPC, quer nos despachos a proferir na audiência prévia, regulada no art. 591.^º do CPC, é facto que todas as decisões sobre as matérias a que se alude na referida secção 9-4 do CPC da Noruega devem ser precedidas de discussão com as partes, isto é, do respectivo contraditório, sendo certo que, na gestão do caso e para além de outras matérias, deve ser feita uma revisão e ajustamento da prova requerida pelas partes — cf. alínea f) da subsecção 2 da secção 9-4, e que, se não fôr necessária uma audiência para a discussão do plano de gestão do processo com as partes, o tribunal pode solicitar que as partes façam as respectivas observações por escrito ou por outro método — cf. subsecção 3 da secção 9-4.

2.2. Situações em que a admissibilidade do pedido de inversão do contencioso limita o direito de defesa do requerido

O novo CPC veio consagrar a “*inversão do contencioso*” nos procedimentos cautelares, a qual consiste em dispensar o requerente da providência cautelar da propositura da acção principal de que a providência é dependente, obrigando, ao invés, o requerido a propôr a acção para “*impugnar a existência do direito acautelado*” — cf. arts. 369.^º e 371.^º

Com efeito, nos termos do n.^º 1 do art. 369.^º, mediante requerimento, o juiz, na decisão que decrete a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

E, de acordo com o disposto no n.^º 2 do mesmo art. 369.^º, a dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao

encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.

Tem-se dúvida sobre esta solução inovatória de inversão do contencioso, pois, se a matéria adquirida no procedimento permite ao juiz formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada é adequada a realizar a composição definitiva do litígio, não se percebe por que é que essa decisão não é convolada, pura e simplesmente, em decisão final sobre o fundo e mérito do litígio, à semelhança, aliás, do previsto no art. 16.^º do Regime Processual Experimental (RPE), aprovado pelo Decreto-Lei n.^º 108/2006, de 8 de Junho (*art. 16.^º Decisão da causa principal Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal*), e, embora com maiores exigências, no art. 121.^º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) (*art. 121.^º Decisão da causa principal 1 — Quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal. 2 — A decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é passível de impugnação nos termos gerais*).

Mas, para além da inversão do contencioso não garantir uma composição definitiva do litígio, há duas situações em que a possibilidade de requerer essa inversão viola, de forma injustificada e desproporcionalada, o direito de defesa do requerido.

A primeira situação diz respeito à admissibilidade da inversão do contencioso nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido, o que significa que, mesmo sem a possibilidade de audição da parte contrária, se decreta uma providência que pode vir a constituir uma decisão definitiva sobre o direito em litígio que se pretendeu acautelar.

E nem se diga que, no procedimento sem contraditório prévio do requerido, este sempre poderá opôr-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação que vier a deduzir contra a providência decretada, pois, como se sabe, uma coisa é o requerente produzir provas sem qualquer contraditório da outra parte, e foi com base nessas provas sem contraditório do requerido que o juiz formou a tal convicção segura acerca da composição definitiva do litígio e decretou a inversão do contencioso, e outra bem diferente é, em momento posterior e continuando a não poder exercer o contraditório em relação às provas já antes produzidas pelo requerente, vir a provar factos que abalem ou infirmem a convicção que o juiz já formou anteriormente.

Faz-se notar que nem o art. 16.^º do RPE, nem o art. 121.^º do CPTA permitem a antecipação de uma decisão de mérito nas providências cautelares sem audiência prévia do requerido, dado que, para ser proferida uma decisão de composição antecipatória e definitiva do litígio, **se exige em ambos os preceitos que as partes sejam ouvidas, previamente.**

Não se afigura, por isso, compatível com o direito de defesa do requerido que nas providências cautelares decretadas sem a sua audiência prévia se possa admitir e consagrar a referida solução de inversão do contencioso, devendo esta inovação ter ficado reservada apenas para as providências com contraditório prévio do requerido.

A segunda situação que também contraria o direito de defesa do requerido e a regra da boa fé processual consiste em se permitir que o requerente da providência possa requerer a inversão do contencioso, até ao encerramento da audiência final.

Na verdade, se o requerente da providência pretende obter o benefício de inversão do contencioso, então deve declará-lo, logo que requer a providência cautelar, até porque, se pretende que a decisão a proferir venha a constituir a regulação definitiva do caso, há-de fornecer e alegar, logo de início, os elementos de facto bastantes e as provas, para esse efeito, não sendo, portanto, justo e leal delongar o pedido de inversão do contencioso até ao encerramento da audiência final, isto é, para momento em que, processualmente, o requerido já deduziu a respectiva oposição na qual não poderia,

por isso, ter tomado em consideração o pedido de inversão do contencioso, justamente por o mesmo não constar do pedido inicial do requerente.

2.3. A limitação do direito de defesa resultante da impossibilidade de responder às excepções nos articulados

Também não se afigura conforme com o direito de defesa das partes o facto de o novo CPC não permitir a réplica para o autor responder às excepções deduzidas pelo réu na contestação e que tenha suprimido a tréplica, para o réu poder responder às excepções deduzidas, pelo autor, na resposta à reconvenção.

Na verdade e como já disse mais acima, o novo CPC baniu, pura e simplesmente, o articulado da tréplica que era mantida e estava prevista no art. 585.^º do articulado da proposta de lei n.º 113/XII, e a réplica que, nos termos do previsto no n.º 1 do art. 584.^º da proposta de lei, **também servia e era admitida para resposta às excepções deduzidas na contestação**, passou a ser admitida apenas “*para o autor deduzir toda a defesa quanto à matéria da reconvenção*” ou, *nas acções de simples apreciação negativa, para o autor impugnar os factos constitutivos que o réu tenha alegado e para alegar os factos impeditivos ou extintivos do direito invocado, pelo réu* — cf. n.os 1 e 2 do art. 584.^º do CPC aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

É certo que, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 3.^º do CPC, *às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final* e que, em relação às acções de valor não superior a metade da alçada da Relação e de acordo com o estabelecido na alínea a) do art. 597.^º, *o juiz deve assegurar o exercício do contraditório quanto a excepções não debatidas nos articulados*.

Todavia, afigura-se que a defesa sobre as excepções deduzidas, por cada uma das partes, fica mais restringida, ao não poder ser respondida por escrito e apenas poder vir a ser exercida na audiência prévia ou no início da audiência final, pois, pelo menos

nesta última situação, a parte que alegou matéria de exceção só toma conhecimento da resposta da parte contrária, no decorrer da audiência final e, por via disso, pode ficar impossibilitada de adequar a prova que vai produzir ao que resultar da resposta que também só foi produzida e conhecida, na própria audiência final.

Além disso, também não se alcança qual o ganho obtido, em termos de celeridade, com o banimento da réplica e da tréplica, a primeira apenas na sua função de resposta a exceções, dado que nunca foram articulados e os prazos previstos para a sua apresentação que causaram atrasos nas pendências judiciais.

2.4. A limitação dos fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção

O art. 857.^º do CPC, sob a epígrafe “*Fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção*”, estabelece, no seu n.^º 1, que apenas podem ser alegados fundamentos de embargos previstos no art. 729.^º, isto é, algum dos fundamentos previstos para a oposição à execução baseada em sentença.

Depois, no n.^º 2, permite que o executado possa alegar quaisquer outros fundamentos que possam ser invocados como defesa no processo de declaração, desde que, tendo-se verificado justo impedimento à dedução de oposição ao requerimento de injunção, o executado o tenha declarado perante a secretaria da injunção, recebendo o juiz os embargos se julgar verificado o impedimento e que a sua alegação perante a secretaria de injunção foi tempestiva.

Por último, no seu n.^º 3 e independentemente de justo impedimento, permite que o executado possa deduzir como fundamento de oposição à execução:

- a) *Qualquer questão de conhecimento oficioso que determine a improcedência, total ou parcial, do requerimento de injunção;*
- b) *A ocorrência, de forma evidente, no procedimento de injunção de exceções dilatórias de conhecimento oficioso.*

Impede-se assim que a oposição à execução baseada no título executivo formado no processo de injunção se possa basear em

factos extintivos ou modificativos da obrigação **anteriores à notificação do devedor**, pois tal só é admitido se este tiver ficado impossibilitado de deduzir oposição, no procedimento de injunção, devido a justo impedimento, nos termos previstos no art. 140.^º — cf. n.^º 2 do art. 857.^º do CPC.

Esta solução limita o direito de defesa do executado, dado que o título executivo consistente no requerimento de injunção com aposição da fórmula executória não se baseia numa decisão jurisdicional e, por isso, não é legítimo e justificado equipará-lo e tratá-lo, como se fosse uma sentença.

E também não se afigura razoável e adequado o mecanismo previsto para o justo impedimento, pois, embora o requerido tenha que fazer a sua declaração perante a secretaria da injunção, essa declaração não dá origem à remessa do processo para um juiz, a fim de o mesmo apreciar e decidir se o impedimento por ele declarado e deduzido é ou não fundado e, em caso afirmativo, decretar a anulação do acto de aposição da fórmula executória.

Ou seja, há uma declaração de justo impedimento, perante a secretaria de injunção, que não serve para sustar ou invalidar a aposição da fórmula executória, mas que o n.^º 2 do art. 857.^º do CPC torna indispensável, para, em momento ulterior e se fôr caso disso, se poder vir a deduzir oposição com os fundamentos previstos no art. 731.^º, isto é, com quaisquer outros fundamentos que possam ser invocados como defesa no processo de declaração.

2.5. As dificuldades impostas ao mandatários das partes na prática de actos processuais

O CPC veio impôr a obrigatoriedade de os mandatários apresentarem as peças processuais por via electrónica e de a secretaria lhes notificar os actos processuais ou de os mesmos os notificarem entre si, através do sistema informático no qual é efectuada a tramitação dos processos — cf. arts. 144.^º, 248.^º e 255.^º, todos do CPC, e a Portaria n.^º 280/2013, de 26 de Agosto.

Estas inovações, que não constavam de qualquer das versões que precederam a proposta de lei n.^º 113/XII, constituem uma

imposição arbitrária e desproporcionada, pois, sem necessidade que as possa justificar, criam maiores dificuldades aos mandatários das partes que ainda praticam os actos processuais, através da entrega na secretaria de peças escritas e impressas em papel ou do seu envio, por registo postal ou por telecópia, sendo incontroverso que, nem a prática de actos processuais, através da entrega de peças processuais em papel, nem as notificações de actos processuais, através de registo postal, alguma vez constituíram factor de atraso ou de delonga na tramitação dos processos cíveis.

Por outro lado, o n.º 1 do art. 603.º do CPC veio a estabelecer que a falta do advogado só constitui fundamento para o adiamento da audiência final, no caso de o juiz não ter efectuado a respectiva marcação, mediante acordo prévio com os mandatários das partes, ou então no caso de o mandatário se encontrar impossibilitado de comparecer devido a justo impedimento.

Porém, a impossibilidade de comparéncia do mandatário na audiência final com fundamento na ocorrência de justo impedimento pode não obstar à realização da audiência de julgamento, na data para que estiver designada.

Com efeito e de acordo com o estabelecido no n.º 2 do art. 140.º, o justo impedimento só terá de ser alegado e comprovado, depois de os factos que o determinaram terem cessado, o que significa que a audiência se inicia, na data para que foi designada, pois o advogado só tem de apresentar-se a requerer a verificação de justo impedimento, logo que o impedimento tenha cessado, e o momento em que o impedimento cessou pode ser muito posterior à data do início ou à da continuação da audiência de julgamento.

Isto significa que a tramitação processual do justo impedimento pode não impedir o início da audiência de julgamento ou a sua continuação e, por isso, pode realizar-se sem a presença do advogado da parte que se encontre impedido.

E, caso o justo impedimento venha a ser reconhecido, a posterior anulação de todos os actos da audiência de julgamento, em que o advogado não esteve presente, não apaga da memória dos que estiveram presentes, designadamente da do juiz, os actos que foram praticados na ausência do advogado da parte que se encontrava impedido.

Através destas dificuldades desnecessárias que se criaram para os mandatários das partes também se dificulta o exercício dos direitos das partes no processo.

3. O direito à igualdade e a um juiz imparcial

Como já se disse mais acima, quando se atribuem ao juiz poderes, cujo exercício pode favorecer uma das partes em detrimento da outra, como seja o de o juiz poder, oficiosamente, averiguar e considerar factos complementares ou concretizadores dos pedidos ou das excepções ou o de investigar e ordenar a produção de meios de prova que nenhuma das partes lhe requereu, criam-se situações em que, pelo menos, do ponto de vista objectivo, o juiz é colocado pela lei a actuar em prol e benefício de uma das partes e em detrimento da outra e fere-se, por essa via, o princípio da igualdade das partes e o direito a um juiz imparcial.

Mas, no campo do direito probatório, há ainda uma outra solução que também pode redundar numa desigualdade entre as partes e que é a que resulta de, até ao início das alegações orais em 1.^a instância, se permitir a qualquer das partes requerer a prestação de declarações sobre factos em que tenha intervindo pessoalmente ou de que tenha conhecimento — cf. n.^o 1 do art. 466.^º do CPC.

Desta solução pode resultar uma situação de desigualdade, dado que uma das partes pode não estar presente, quando tal seja requerido, e, por isso, não só não contava com esse meio de prova da parte contrária, como ela própria fica impedida de decidir se também recorreria ou não a esse meio probatório, caso tivesse tido conhecimento de que a outra parte o faria.

Afigura-se, por isso, que, nos casos em que as declarações de parte sejam requeridas no decurso da audiência final e a parte contrária não se encontre presente, deverá o juiz, previamente à prestação de declarações, pela parte que as requereu, e em cumprimento do princípio da igualdade das partes no processo consagrado no art. 4.^º do CPC, ordenar a notificação desse novo meio de prova à

parte ausente, para, se quiser, estar presente e requerer também a prestação das suas declarações.

Também fere o direito a um juiz imparcial o disposto no n.º 3 do art. 594.º do CPC, no qual se determina, sem qualquer pudor ou timidez, que o juiz *deve empenhar-se activamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio*, prescrevendo-se, no n.º 4 subsequente, que, *frustrando-se, total ou parcialmente, a conciliação, ficam consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio*.

Um juiz que sugere às partes soluções de equidade ou ao qual a lei impõe o dever de se empenhar activamente, para congreginar e obter as soluções de equidade que há-de sugerir às partes, está ele próprio a assumir a posição de hipotética parte no processo, quando o que as partes lhe pediram foi a solução do litígio segundo o Direito aplicável e, nos termos do disposto no art. 4.º do Código Civil, o recurso à equidade só é consentido nos casos em que a lei expressamente o permita ou haja acordo das partes e a relação não seja indisponível ou ainda se tiver sido celebrada prévia convenção para resolver o litígio, através da equidade.

Isto é, impõe-se o recurso à equidade sem as partes terem manifestado, no processo, o seu acordo quanto a essa via de solução do litígio.

Esta solução, que não constava da proposta de revisão do CPC apresentada, pela Comissão de Revisão, passou a constar do art. 595.º do projecto de “*Novo Código de Processo Civil*” e foi mantida na proposta de lei, colocando o juiz numa situação que, objectivamente, diminui e limita o seu dever de imparcialidade.

De novo se chama à liça o disposto no CPC da Noruega, no qual o tribunal nunca deverá sugerir soluções para uma resolução amigável do litígio e em que apenas se permite que o juiz que tiver realizado mediação no decurso do processo possa ter intervenção na audiência final, se ambas as partes estiverem de acordo e, ainda assim, se o juiz em questão não considerar imprudente essa sua intervenção.

Transcreve-se as correspondentes secções do CPC da Noruega:

*Chapter 8. Mediation and judicial mediation before the ordinary courts**I — Amicable settlement and mediation**Section 8-1 Amicable settlement of disputes before the courts*

1 — The court shall at each stage of the case consider the possibility of a full or partial amicable settlement to the legal dispute through mediation or judicial mediation, unless the nature of the case or other circumstances suggest otherwise.

2 — In proceedings before the conciliation board, this consideration shall take place through mediation pursuant to the provisions in section 6-8.

Section 8-2. Mediation

*1 — Mediation takes place by the court attempting to provide a basis for an amicable settlement, either at a court hearing or through other contact with the parties. During mediation, the court shall not hold separate meetings with each party nor receive information that cannot be communicated to all parties involved. **The court may not present proposals for a solution, offer advice or express points of view that could impair confidence in the impartiality of the court.***

2 — If the parties reach agreement, the settlement may be concluded as an in-court settlement pursuant to section 19-11.

(...)

Section 8-7. Further proceedings if no agreement is reached

1 — If the case is not concluded at mediation, it shall continue to be heard before the court. The court shall, as far as possible, seek to ensure that unsuccessful judicial mediation does not cause delay in the progress of the case.

2 — A judge who has acted as judicial mediator in the case may only participate in the further hearing of the case at the request of the parties and if the judge does not consider it imprudent. The Courts of Justice Act section 109 shall not apply in the event of a change of judge (sublinhados nossos).

4. O direito ao tribunal colectivo

O art. 599.º do CPC determina que “*A audiência final decorre perante juiz singular, determinado de acordo com as leis de organização judiciária*”, acabando-se assim com a possibilidade de intervenção do tribunal colectivo.

Afigura-se, todavia, que o modelo a seguir deveria ser o oposto, ou seja, as partes deveriam ter a possibilidade de requerer ou não a intervenção do tribunal colectivo nas causas em que é admissível recurso ordinário de apelação, seja porque o respetivo valor excede o da alçada do tribunal de 1.ª instância, seja porque, independentemente desse valor, o recurso ordinário é admissível.

Quando foi introduzida a possibilidade de as partes requererem o registo da prova, o legislador entendeu que não se poderia ter as duas coisas ao mesmo tempo, isto é, registo da prova e a intervenção do tribunal colectivo — cf. alínea c) do n.º 1 do art. 646.º do CPC agora revogado.

Esta solução tem subjacente a ideia de que o colectivo de juízes só serviria para impedir eventuais abusos e arbitrariedades do juiz singular, na apreciação e decisão da matéria de facto, pois, logo que foi consagrado o registo de prova através de meios técnicos, considerou-se que tal registo seria bastante e suficiente para controlar a decisão do juiz singular sobre a matéria de facto.

Porém, esta concepção afigura-se errónea e, no mínimo, discutível, dado que a intervenção do tribunal colectivo tem virtualidades e alcance que vão para além do simples controlo que cada um dos juízes do colectivo poderá exercer em relação aos demais, pois permite uma apreciação colegial e, portanto mais crítica e ponderada, dos meios de prova e da consequente decisão sobre a matéria de facto.

E nem se diga que, após o registo da prova, a possibilidade de as partes requererem a intervenção do tribunal colectivo seria um luxo desnecessário, pois, em processo penal, a intervenção do colectivo continua a ser obrigatória, mesmo com registo da prova, em relação a crimes considerados mais graves — cf. art. 14.º do Código de Processo Penal.

E se tal intervenção continua a ser obrigatória em processo penal, apesar do registo de prova, é porque se considera que este registo não supre, nem dispensa as virtualidades e garantias que estão inerentes e resultam de um julgamento colegial.

E é, precisamente, porque a apreciação e julgamento colegiais da matéria de facto propicia um julgamento de facto mais crítico e ponderado que se entende que a impossibilidade de fazer intervir o tribunal colectivo também limita e comprime o direito das partes no processo civil.

Faz-se notar ainda que, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de Dezembro de 1961, que aprovou a reforma do CPC de 1939, justificou-se a manutenção do tribunal colectivo, nos termos que se passam a indicar:

12. — E a verdade é que, mau grado todas as críticas que lhe têm sido movidas, o tribunal colectivo constitui ainda o meio mais idóneo de averiguação dos factos cuja realidade só pode ser alcançada através de provas sem valor legalmente tabelado. O colectivo permite conciliar as preciosas vantagens da imediação das provas com as garantias da colegialidade, que anteriormente apenas existia em grau de recurso e num julgamento mediato. O menos que, por conseguinte, se julga lícito asseverar é que são de tal modo duvidosas e precárias as vantagens do sistema do juiz-instrutor, como base de um regime de oralidade mitigada, adoptado nalguns países estrangeiros, sobre o esquema da oralidade pura alicerçado na intervenção sistemática e imediata do colectivo, como está consagrado na legislação portuguesa, que de nenhuma forma se justifica neste momento o abandono das soluções vigentes, com os graves inconvenientes e as dificuldades de ordem vária que uma alteração de semelhante amplitude necessariamente arrastaria consigo. O que importa, desde que o colectivo se deva manter, é ampliar logicamente a sua esfera de acção e corrigir, por outro lado, as causas das reais deficiências que têm sido apontadas ao seu funcionamento. O tribunal colectivo passa deste modo a intervir no próprio processo sumário, quando a causa esteja fora da alçada do tribunal de comarca, permitindo a abolição dos demorados - e, neste caso, injustificados - depoimentos escritos. As partes ficam todavia com a faculdade de prescindir da intervenção do órgão colegial, como até aqui lhes era lícito renunciar ao recurso.

Também o CPC da Noruega estabelece a intervenção obrigatória do tribunal colectivo, na audiência final, seja com dois juízes leigos e um juiz profissional ou vários juízes profissionais e juízes leigos, nos termos da respectiva secção 9-12 que se transcreve:

Section 9-12. The composition of the court at the main hearing

1 — At the main hearing, the court shall sit with two lay judges in addition to the professional judge or the professional judges if requested by one of the parties or deemed by the court to be desirable.

2 — The lay judges shall be expert lay judges if required for the proper conduct of the case.

3 — The expert lay judges shall be appointed from the panels of expert lay judges or from outside such panels to ensure that they have the expertise suited to the case. Lay judges with different expertise may be appointed. A person may only be appointed as lay judge with legal expertise if nominated by both parties.

4 — The president of the district court may decide that the court shall sit with more than one professional judge at the main hearing, if

a) the case involves particularly complex legal or factual issues, or other circumstances so require,

or

b) the parties have agreed to such procedure and in such agreement have waived the right to appeal, and the value of the subject matter of the dispute exceeds the minimum required for appeal to the court of appeal pursuant to section 29-13.

5 — Three professional judges shall participate if the district court is to sit with more than one professional judge. If the court is also to sit with lay judges, it shall sit with two professional judges and three lay judges. Deputy judges cannot sit in cases where the court is to sit with more than one professional judge. If there are fewer permanent professional judges attached to the court than the number of judges who are to participate in hearing the case, the court shall summon a judge from another court pursuant to the Courts of Justice Act section 19(2). The president of the court shall decide who shall be the presiding judge.

5. O direito de recurso

O CPC orientou-se no sentido de aumentar os casos de irrecorribilidade das decisões do juiz.

Sem a preocupação de enumerar todas as situações em que o direito de recurso foi restringido ou afastado, referem-se as seguintes.

No n.º 2 do art. 630.º do CPC, estabelece-se que *não é admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.º 1 do art. 6.º, das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1 do art. 195.º e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no art. 547.º, salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.*

Trata-se de uma irrecorribilidade mitigada a que se chegou, na versão final aprovada na Assembleia da República, designadamente em relação aos despachos sobre gestão processual e de adequação formal, relativamente aos quais na proposta da Comissão de Revisão e no *Projecto de Novo CPC* se previa a sua irrecorribilidade, pura e simples.

Outra situação de irrecorribilidade que já se referiu mais acima é a que resulta do disposto no n.º 4 do art. 511.º do CPC, no qual se estabelece que, atendendo à natureza e extensão dos temas de prova, o juiz pode, por decisão irrecorrível, admitir a inquirição de testemunhas para além do limite previsto no n.º 1 do art. 511.º.

Como já se disse, esta solução é incoerente e contraditória, dado que uma das situações em que o direito de recurso não foi sacrificado é a das decisões que “*contendam*” com a admissibilidade ou não de meios de prova — cf. n.º 2 do art. 630.º e alínea d) do n.º 2 do art. 644.º, ambos do CPC, tornando-se, por isso, manifestamente, contraditória com as referidas normas a irrecorribilidade do despacho que, atenta a extensão e a natureza dos temas de prova, decidir sobre a necessidade de se exceder ou não o número de testemunhas legalmente fixado.

O último grupo de situações a merecer referência e em que o CPC exclui o direito de recurso das partes diz respeito aos despa-

chos que decidam reclamações sobre actos e decisões do agente de execução.

Assim, na alínea *c*) do n.º 1 do art. 723.º do CPC, estabelece-se a irrecorribilidade **de todos os despachos** que decidam reclamações de actos e impugnações de decisões do agente de execução.

E para que não haja dúvidas, no n.º 7 do art. 812.º do CPC, reafirma-se, de forma específica, a irrecorribilidade dos despachos que decidam reclamações sobre as decisões do agente de execução relativas à venda de bens no processo de execução, pois, nos termos do disposto nos n.os 1 e 2 do referido art. 812.º do CPC, a decisão sobre a venda cabe ao agente de execução e tem como objecto:

- a)* A modalidade da venda, relativamente a todos ou a cada categoria de bens penhorados;
- b)* O valor base dos bens a vender;
- c)* A eventual formação de lotes, com vista à venda em conjunto de bens penhorados.

É manifesto que a decisão sobre a modalidade de venda não constui matéria de mero expediente ou de exercício de poder discricionário, pois pode afectar direitos e interesses do exequente, do executado e dos credores reclamantes.

O mesmo se diga de outros actos e decisões do agente de execução, seja por recusar a sua prática, seja por praticar outros diferentes, como, por exemplo, penhorar bens diferentes dos indicados pelo exequente.

Por isso, afigura-se injustificada e desproporcionada a exclusão do direito de recurso em relação aos despachos do juiz que decidam as reclamações das partes sobre actos e impugnações de decisões do agente de execução.

6. O direito a decisão em prazo razoável

O n.º 4 do art. 20.º da Constituição estabelece que “*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.*”

Tendo em vista a obtenção de decisão em prazo razoável, o CPC introduziu as seguintes medidas.

Por um lado e no que respeita aos prazos para o juiz proferir decisões, sejam interlocutórias, sejam finais, o n.º 4 do art. 156.º do CPC, veio a estabelecer que, *decorridos três meses sobre o termo do prazo fixado para a prática de ato próprio do juiz sem que o mesmo tenha sido praticado, deve o juiz consignar a concreta razão da inobservância do prazo* e o n.º 5 do mesmo artigo determina que *a secretaria deve remeter, mensalmente, ao presidente do tribunal informação discriminada dos casos em que se mostrem decorridos três meses sobre o termo do prazo fixado para a prática de ato próprio do juiz, ainda que o ato tenha sido entretanto praticado, incumbindo ao presidente do tribunal, no prazo de 10 dias contado da data de receção, remeter o expediente à entidade com competência disciplinar*, isto é, ao Conselho Superior da Magistratura.

E, por outro e no que se refere aos actos a praticar, pela secretaria, o n.º 4 do art. 162.º do CPC dispõe que, *decorridos 10 dias sobre o termo do prazo fixado para a prática de ato próprio da secretaria sem que o mesmo tenha sido praticado, deve ser aberta conclusão com a indicação da concreta razão da inobservância do prazo* e o n.º 5 do mesmo artigo estabelece que *a secretaria remete, mensalmente, ao presidente do tribunal informação discriminada dos casos em que se mostrem decorridos 10 dias sobre o termo do prazo fixado para a prática de ato próprio da secretaria, ainda que o ato tenha sido entretanto praticado, incumbindo ao presidente do tribunal, no prazo de 10 dias contado da data de receção, remeter o expediente à entidade com competência disciplinar*.

Embora estas medidas não garantam, em si mesmas, a obtenção de decisão em prazo razoável, afigura-se, no entanto, que elas são positivas, pois podem concorrer para a referida finalidade.

Não se comprehende, todavia, por que é que, apenas passados 3 meses sobre o excesso de prazo dos actos a praticar, pelos juízes,

se desencadeia a obrigação de o juiz *consignar a concreta razão da inobservância do prazo* e de a secretaria remeter ao presidente do tribunal a relação discriminada desses casos.

Com efeito, esse período de 3 meses permite, em si mesmo, que possa vir a ser utilizado, de forma repetida e sistemática, relativamente a cada despacho ou decisão a proferir, pelo juiz, sem que haja lugar à aplicação dos mecanismos previstos, nos n.^{os} 4 e 5 do art. 156.^º, pois para tanto bastará que o juiz profira o despacho ou a decisão um ou dois dias antes de se ter completado o dito prazo de 3 meses, o que a ser utilizado de forma sistemática gera, sem dúvida, resultados perversos, com respeito ao direito de obter decisão em prazo razoável.

7. O direito de acesso aos tribunais e a arbitragem necessária

Há duas situações em que se afigura que o CPC viola e subalterniza o direito fundamental de acesso aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, consagrado no n.^º 1 do art. 20.^º da Constituição.

A primeira resulta do disposto no n.^º 3 do art. 721.^º do CPC em que se estabelece que **a instância da execução se extingue logo que decorrido o prazo de 30 dias após a notificação do exequente** (pelo agente de execução) *para pagamento das quantias em dívida, sem que este o tenha efetuado, aplicando-se o disposto no n.^º 3 do art. 849.^º*, no qual se determina que a extinção da execução se opera, através da simples comunicação electrónica do agente de execução e sem necessidade de intervenção judicial ou da secretaria.

Esta solução de extinção da instância da acção executiva, por falta de pagamento dos honorários e despesas do agente de execução, subordina e submete o desfecho da acção executiva aos interesses profissionais do agente de execução que, embora legítimos, não podem ser erigidos como causa de extinção da execução, sob pena de a acção executiva, que é um meio de tutela pública coerciva para a efectivação de obrigações de natureza patrimonial, se

transformar, por completo e sem qualquer réstia de pudor ou vergonha, numa justiça de parceria público-privada em que o Estado permite, deliberadamente e com a chancela legal, a total prevalência dos interesses pessoais e privados do agente de execução.

Pense-se, por exemplo, no caso de o exequente discordar das quantias que lhe são solicitadas, a título de provisão para honorários e despesas, pelo agente de execução, e de o juiz não decidir a reclamação do exequente, no prazo de 30 dias, após o agente de execução o ter notificado, para pagar essas quantias, alegadamente, em dívida.

A solução do n.º 3 do art. 721.^º é a de que a instância da execução se extingue, de forma automática, logo que tenham decorrido esses 30 dias.

Esta solução de extinção da instância da acção executiva viola, salvo melhor opinião, o direito fundamental de acesso aos tribunais.

E também não se justifica, pois, se se tratar de quantias devidas a final, é absurda a extinção de uma execução que chegou ao seu termo e, por outro lado, a nota discriminativa de honorários e despesas do agente de execução e da qual o exequente não tenha reclamado constitui título executivo, nos termos do disposto na parte final do n.º 5 do art. 721.^º, devendo então o agente de execução instaurar a correspondente acção executiva e, se tratar de provisão para honorários e despesas, solicitada no decurso da execução, a falta do respectivo pagamento nunca deverá determinar, nem a **não prossecução da execução**, como se prevê no n.º 2 do art. 721.^º, nem a extinção da instância da acção executiva, logo que decorrido o prazo de 30 dias após o exequente ter sido notificado para efectuar esse pagamento, pois, nestes casos, deverá ser facultada unicamente a possibilidade de o agente da execução renunciar ao mandato, com a consequência de a instância se suspender, se o exequente não indicar novo agente, no prazo previsto na alínea *a*) do n.º 3 do art. 47.^º do CPC, e sem prejuízo de o agente de execução a quem não foram pagas as quantias por ele solicitadas poder demandar judicialmente o exequente pelas quantias, efectivamente, devidas e não pagas e/ou também pelos prejuízos que o exequente lhe possa ter causado.

A outra situação em que se afigura haver subalternização do direito de acesso aos tribunais refere-se à arbitragem necessária.

O Livro VI, que é o último na sistemática do Código de Processo Civil, refere-se ao tribunal arbitral necessário e compreende os arts. 1082.^º até 1085.^º, sendo, portanto, este o último artigo do Código.

Este Livro VI e os correspondentes arts. 1082.^º até 1085.^º reproduzem o que já constava do CPC ora revogado, mais precisamente, os arts. 1525.^º a 1528.^º do Título II — Do Tribunal Arbitral Necessário, o qual faz parte do Livro IV — Do tribunal Arbitral.

Numa primeira observação, poderá, pois, concluir-se que o CPC se limitou a reproduzir o que já constava do CPC ora revogado.

Na verdade, a matéria relativa à arbitragem voluntária já tinha sido abrogada, desde a aprovação da Lei n.^º 31/86, de 29 de Agosto.

Porém, sendo também óbvio que a matéria relativa à arbitragem necessária não se aplica, quer aos tribunais judiciais, quer aos processos neles tramitados, a interrogação que se suscita é a de saber por que é que o legislador, numa reforma em que apelidou de manta de retalhos o velho CPC, não retirou também a arbitragem necessária de um Código de Processo Civil que, manifestamente, não a regula e à qual não se aplica, pois em todos os casos não previstos manda-se aplicar à arbitragem necessária o disposto na Lei de Arbitragem Voluntária — cf. art. 1085.^º

Com efeito, se era comprensível que, em 1939, o CPC albergasse normas sobre o tribunal arbitral, quer voluntário, quer necessário, até porque quanto a este último nem sequer se colocava a questão de saber se era legítima e constitucionalmente admissível a arbitragem necessária, a partir do momento em que entrou em vigor a Constituição de 1976 e a arbitragem voluntária foi retirada do CPC, parece não se justificar, de todo, a referência, no CPC, ao tribunal arbitral necessário, até porque, como se diz no art. 1082.^º, o mesmo só adquire existência “*se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atendendo-se ao que nesta estiver determinado*” e, no que não estiver especialmente regulado, observa-se o disposto na Lei de Arbitragem Voluntária.

Todavia, afigura-se que a manutenção do tribunal arbitral necessário no actual CPC não foi uma opção inocente e de mera cópia do que já constava no velho CPC, pois, através da sua previsão num Código de Processo Civil aprovado por uma lei da Assembleia da República, pretendeu-se, segundo se crê, legitimar a possibilidade de impôr a arbitragem necessária.

Na verdade, o que tem sido feito, em iniciativas legislativas mais recentes, é lançar mão da arbitragem necessária para nela encaixar competências que estão atribuídas aos tribunais que são órgãos de soberania, como sucedeu com a Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, cujo art. 2.º veio submeter a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada, os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e com medicamentos genéricos, incluindo os procedimentos cautelares.

Trata-se de um verdadeiro desaforamento do Tribunal da Propriedade Intelectual, cuja competência é negada e suprimida apenas e tão só para os litígios referentes a medicamentos.

O mesmo se pretendeu com o Tribunal Arbitral do Desporto, cuja proposta de lei n.º 84/XII veio a ser aprovada, pela Assembleia da República, e retirava aos tribunais administrativos a competência **relativamente a litígios emergentes do exercício de poderes públicos, no âmbito do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto**, o que veio a ser declarado inconstitucional em sede de fiscalização preventiva.

No entanto, a inserção, no CPC, de normas sobre os tribunais arbitrais necessários não se afigura que possa servir para justificar e legitimar a arbitragem necessária, pois, salvo melhor opinião, a possibilidade de existência de tribunais arbitrais, consagrada no n.º 2 do art. 209.º da Constituição, refere-se aos tribunais arbitrais voluntários e não aos necessários, dado que é o carácter voluntário que está na origem e na essência da própria arbitragem.

Por outro lado, cabendo aos tribunais/órgãos de soberania, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 202.º da Constituição, a administração da justiça para assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos

e privados, não se afigura que sobre as matérias para os quais os mesmos são competentes se possa impôr e obrigar os cidadãos a recorrer à arbitragem necessária, sob pena de se violar a norma do referido n.º 2 do art. 202.º da Constituição e o direito fundamental de acesso aos tribunais, pois este direito de acesso refere-se aos tribunais que são órgãos de soberania e não aos tribunais arbitrais.

Mas, se ainda assim se entender que é conforme com a Constituição impôr o recurso aos tribunais arbitrais necessários, em detrimento dos tribunais que são órgãos de soberania, então o legislador deverá dizer, de forma clara, em que situações considera legalmente conforme com a Constituição a supressão do direito de acesso a esses tribunais e a imposição de tribunais arbitrais necessários e não servir-se de referências indirectas que remetem para leis especiais que os prevejam, ficando-se à mercê de um casuísmo e de conveniências políticas do momento.

III. Conclusão

Feito este excuso, não se esgotaram todas as situações em que os direitos das partes ficaram mais limitados ou comprimidos, por esta reforma do processo civil, como por exemplo, a que se refere à limitação do poder dispositivo das partes suspenderem a instância, por acordo, pois, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 272.º do CPC, as partes não podem acordar na suspensão da instância se dela resultar o adiamento da audiência final.

Ou a que impõe, como regra, a realização obrigatória da audiência prévia ou, caso o juiz a tenha dispensado, a necessidade de as partes a requererem, quando pretendam reclamar dos despachos a que se alude no n.º 3 do art. 593.º do CPC, com os inevitáveis acréscimos em despesas e dispêndio de tempo, quando, por um lado, as matérias a tratar na audiência prévia, podem ser resolvidas, através de despacho e com observância de contraditório, como o demonstra a previsão de situações em que o juiz a pode dispensar — cf. n.º 1 do art. 593.º do CPC, e, por outro, se impõe a

sua realização, mesmo que as especificidades do processo não a justifiquem, em clara postergação dos princípios da adequação formal e da celeridade processual.

Ou ainda a que prescinde de, antes da audiência final, estarem determinados e esclarecidos quais os factos não necessitados de prova, seja porque se encontram plenamente provados, por documento ou por acordo, confissão ou admissão, pela parte contrária, atirando para a prova a produzir na audiência final a incerteza das partes sobre se o juiz considera ou não esses factos já provados e assentes, e dando-lhes, como instrumento, uma enunciação dos temas da prova que o legislador se dispensou de esclarecer o que devem ter por objecto, certamente porque o conceito de temas de prova será tão óbvio que qualquer juiz ou advogado deve saber o que legislador com eles pretendeu significar.

Porém, no balanço das situações que se referiram, afigura-se indeclinável concluir que a reforma do processo civil de 2013 sacrificou e comprimiu mais os direitos das partes e colocou-as num processo civil menos equitativo e ainda mais inquisitório do que já era.

IV. Bibliografia

- C.H. VAN RHEE e R. VERKERK, *Civil Procedure*, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law, J.M.Smits ed., Cheltenham 2006, pp. 120 a 134.
- EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA, *Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro*, in Revista Julgar, n.º 6, 2008, pp. 107 a 132.
- JOSÉ IGREJA MATOS, *O juiz e o processo civil (Contributo para um debate necessário)*, Revista Julgar, n.º 2, 2007, pp. 87 a 106;
- JUAN MONTERO AROCA e outros, *Processo Civil e Ideología — Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- Luís CORREIA DE MENDONÇA, *Direito Processual Civil — As origens em José Alberto dos Reis*, Quid Juris, Lisboa, 2002.
- _____, *Vírus Autoritário e Processo Civil*, in Revista Julgar, n.º 1, 2007, pp. 67 a 97;
- _____, *Processo civil líquido e garantias (O regime processual experimental português)*, in Revista Themis, n.º 14, 2007, pp. 77 a 108.
- MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Os poderes do juiz cível na acção declarativa*, in Revista Julgar, n.º 1, 2007, pp. 47 a 65.
- NEIL ANDREWS, *English Civil Procedure: A Synopsis (Japan Course)*, in Ritsumeikan Law Review n.º 25, 2008, pp. 25 a 61.
- NUNO DE LEMOS JORGE, *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*, in Revista Julgar, n.º 3, 2007, pp. 61 a 84.
- ROLF STÜRNER, *Reformas recentes e Perspectivas de Desenvolvimento do Processo Civil Alemão*, conferência proferida no Seminário Internacional Brasil — Alemanha: Pontes Miranda, Outubro 2010, e publicada na Série Cadernos do CEJ, 26, pp. 41 a 52.
- STUART SIME e DEREK FRENCH, *Blackstone's Guide to the Civil Justice Reforms 2013*, Oxford University Press, 2013.

Documentos de natureza legislativa:

Código de Processo Civil da Noruega — Act of 17 June 2005 n.º 90 relating to mediation and procedure in civil disputes (The Dispute Act), cuja tradução em língua inglesa pode ser consultada em <<http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-20050617-090-eng.pdf>> ou através do endereço web <<http://www.lovdata.no/info/lawdata.html>> (acessos, em 18-09-2013).

Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, cuja consulta pode ser efectuada em <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>> (acesso, em 18-09-2013).

Proposta de Revisão do Código de Processo Civil que foi apresentada, em Dezembro de 2011, pela Comissão de Revisão, e que pode ser consultada em <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-justica/documentos-oficiais/20111218-revisao-codigo-processo-civil.aspx>> (acesso, em 18-09-2013).

Projecto de “*Novo Código de Processo Civil*”, apresentado, pelo Ministério da Justiça, em Outubro de 2012, e que pode ser consultado no endereço web do IPPC — Instituto Português de Processo Civil, em <<https://sites.google.com/site/ippcivil/politica-legislativa-2/revisao-do-cpc>>, ou ainda, através do mesmo endereço web, em <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxpcHBjaXZpbHxneDo2ZGYzOTY1MzE2ZDZjNjUy>> (acessos, em 18-09-2013).

Proposta de Lei n.º 113/XII — Aprova o Código de Processo Civil, apresentada na Assembleia de República, em 30-11-2012, e que pode ser consultada em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37372>> (acesso, em 18-09-2013).