

**SOBRE O NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
(uma visão de fora)**

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

1. Um novo código? **2.** Nota geral. **3.** Princípios gerais. **4.** Os articulados e o objeto do processo. **5.** O papel do facto essencial. **6.** Audiência prévia. **7.** Prova. **8.** Procedimentos cautelares. **9.** Intervenção de terceiros. **10.** Impugnações. **11.** Ação executiva. **12.** Outras alterações.

1. Um novo código?

A primeira constatação a fazer perante o novo Código de Processo Civil (CPC) é que ele não é um novo CPC. Trata-se, sim, de uma pequena reforma da lei processual civil, em sentido que, como aliás se reconhece na exposição de motivos da proposta de lei do Governo, pretende aperfeiçoar e rematar a grande reforma empreendida em 1995-1996.

A grande maioria das normas vigentes permanece e seria preferível mantê-las com a roupagem numérica dos artigos em que estão inseridas. Assim tem sido feito em países como a Alemanha e a Itália, em que se optou pelo desdobramento dos artigos do código

em vez de os renumerar. Assim foi igualmente feito entre nós quando da revisão de 1995-1996 e nos diplomas que se lhe seguiram (embora usando, nos últimos deles, critérios muito discutíveis). Não havia razão agora para fazer diferentemente, uma vez que o CPC, como sistema de normas, permanece o mesmo. A perturbação causada aos utentes do código, as perdas de tempo inerentes e o esforço exigido à doutrina para a conversão numérica dos artigos são enormes e de escassa utilidade.

De qualquer modo, se há que reconhecer que algumas matérias ficam melhor localizadas (os princípios gerais concentrados no início do código; os pressupostos específicos da ação executiva deslocados para o livro do processo de execução), outras há que continuam mal enquadradas (embargos de terceiro nos Incidentes da Instância; processos de jurisdição contenciosa nos Processos de Jurisdição Voluntária e vice-versa) ou repetidas (arts. 278.º e 577.º, por exemplo) e outras há ainda cuja deslocação é, pura e simplesmente, absurda. Especialmente criticável é a colocação da matéria da prova na parte geral do código. Continuando o direito probatório material no Código Civil, as regras do direito probatório formal, como normas de procedimento, deviam continuar a aparecer no âmbito da tramitação do processo comum. A produção da prova constitui uma fase do processo civil, posterior à alegação dos factos e anterior à discussão e julgamento da causa, já para não falar da fase do saneamento (uma vez mais em evolução). Não faz sentido nenhum que se salte da audiência prévia para a audiência final, deslocando para outro local as normas reguladoras dos vários procedimentos probatórios. Mas, além destas razões de lógica sistemática, outro tipo de razões devia ter levado o legislador a evitar esta deslocação: houvesse um mínimo de preocupação com o destinatário da lei e não se iria dificultar a consulta do código a quem está habituado a encontrar nele uma certa ordenação. Mas não: à perturbação da renumeração junta-se, imprevistamente, a deslocação dos anteriores arts. 513.º a 645.º do capítulo da Instrução do Processo (literalmente: produção da prova) para depois do Título II do Livro III, convertendo-o num título deste livro, dedicado ao Processo de Declaração.

Também em 1961 se chamou novo código a uma mera atualização do CPC de 1939, mas a perturbação causada por essa opção não se compara com a atual: a regulação das matérias passou a ser feita em artigos que normalmente não distaram mais de 4 ou 5 números dos artigos anteriores. Em 1995-1996, quando mais propriamente se podia ter optado por um código novo, decidiu-se manter, tanto quanto possível, a antiga numeração, por respeito pelo utente e porque, apesar da nova filosofia processual, os esquemas formais se mantinham. Agora, de novo uma mera reforma se autodenomina de substituição de código.

Resta esperar que esta opção não seja totalmente gratuita e que, não obstante as imperfeições subsistentes (muitas delas em consequência da sobreposição de agentes havida ao longo do processo legislativo⁽¹⁾), ela tenha o efeito de blindagem perante futuras alterações que a revisão de 1995-1996 não logrou obter.

2. Nota geral

A segunda constatação a fazer é que as alterações introduzidas se inserem nas grandes linhas orientadoras da revisão do CPC de 1995-1996, posteriormente desenvolvidas pelo DL 38/2003, de 8 de março, no campo da ação executiva, e pelo DL 303/2007, de 24 de agosto, no campo dos recursos. É, duma maneira geral, respeitado o grande avanço que a revisão do código representou na consagração dos princípios processuais fundamentais (incluindo o da prevalência da decisão de mérito sobre a decisão de forma), que, a pretexto da celeridade processual, os ulteriores remendos da lei processual por vezes maltrataram. É mantida a conceção global

⁽¹⁾ Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto e o projeto postos à discussão pública; comissão restrita que elaborou (projeto de proposta) e reviu a proposta de lei; grupo da Comissão de Direito, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que apreciou a proposta e levou as alterações por ela sugeridas à aprovação do plenário; contribuições, institucionais e individuais, de professores, magistrados e advogados nas fases de apreciação do projeto e a da proposta.

dum processo mais simplificado, em que a colaboração oral é privilegiada relativamente à produção de peças escritas, o que leva a insistir no papel fundamental da audiência preliminar (agora audiência prévia), como *pivot* entre a fase dos articulados e a fase da instrução e julgamento da causa, não obstante a progressiva tendência das leis pós-revisão e da prática judiciária para a fazer seguir o destino da anterior audiência preparatória. Procura-se obter, na ação executiva, embora com inexplicáveis recuos em face do projeto inicial, maior equilíbrio entre a opção desjudicializante do legislador de 2003 e a conservação dum juiz guardião dos princípios e das garantias. Regressa-se a um apreciável grau de rigor na redação das normas do código, de que os últimos diplomas se estavam afastando cada vez mais. A grande maioria das inovações é acertada.

Dentro deste quadro, a proposta procura agilizar o processo. Esta agilização tem sido apregoada por todas as alterações legislativas, vastas, parcelares ou pontuais, dos últimos anos, mas tem, como se sabe, falhado. A sua prossecução tem agora a virtude de ser sistemática e não meramente empírica, do que é exemplo a configuração de formas do processo substancialmente diferenciadas e não apenas distintas em função de prazos ou peças processuais. É de lamentar, porém, que, no campo da ação declarativa, a supressão do processo sumaríssimo não tenha sido acompanhada pela inserção no código do seu duplo, o processo declarativo especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato, bem como do processo de injunção, que se lhe apresenta ligado⁽²⁾, sem prejuízo de se manter fora do código o regime especial relativo aos atrasos de pagamento em transações comerciais, que é resultado da transposição duma diretiva europeia e tem um campo subjetivamente mais delimitado⁽³⁾. Por seu lado, no âmbito da ação executiva, a reintrodução e desenvolvimento da classifi-

(²) O processo de injunção é regulado, em outros ordenamentos jurídicos, no próprio código de processo civil. É o que acontece, nomeadamente, na Alemanha, em França e em Itália.

(³) E sem prejuízo também, obviamente, do procedimento europeu de injunção de pagamento (Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento e do Conselho, de 12.12.2006), bem como dos outros regulamentos europeus sobre matéria de processo civil.

cação do processo em ordinário e sumário é ajustada à existência de dois regimes formalmente bem diferenciados (embora contraditório com a opção finalmente tomada, ao menos do ponto de vista da classificação formal, no âmbito do processo declarativo), sem prejuízo do tratamento separado do regime-regra de execução da sentença.

Esta concordância genérica com o sentido da reforma empreendida não implica qualquer ilusão quanto a um seu papel determinante na eficiência da Justiça, que depende incomensuravelmente mais da organização dos tribunais e do estatuto da magistratura do que das determinações da lei de processo.

Sob este ponto de vista, é aliás incompreensível — e injusta — a ênfase que a exposição de motivos da proposta de lei do Governo põe nas atuações das partes, como se estas fossem a causa principal do atraso injustificável dos processos pendentes nos tribunais portugueses; e, se é certo que, duma maneira geral, os direitos processuais das partes não sofrerão novos cerceamentos significativos, certo é também que são criticáveis soluções como as da supressão do pedido de esclarecimento e, em princípio, do recurso das decisões sobre nulidades secundárias, simplificação, agilização processual e adequação formal, a do condicionamento da oposição provocada à consignação em depósito da quantia ou coisa devida e a da manutenção de limitações, mais reduzidas embora, à oposição à execução baseada em título formado no processo de injunção.

No plano do incentivo ao cumprimento dos prazos processuais pelos magistrados e pela secretaria, que é o cerne dos atrasos dos processos judiciais, deram-se alguns passos na via da apreciação da relevância disciplinar da omissão⁽⁴⁾, que o futuro dirá se

(4) O art. 156.º-4 vincula o juiz a consignar no processo a razão concreta da inobservância do prazo, quando sobre o seu termo hajam passado três meses (o que — diga-se — é excessivo quando o prazo para o despacho seja curto, mesmo que se entenda que a espera não se aplica aos dois dias dos despachos urgentes e de mero expediente: art. 156.º-3), o que é comunicado pela secretaria ao presidente do tribunal e por este ao Conselho Superior da Magistratura (art. 156.º-5). Algo de semelhante estabelece o art. 164.º, n.ºs 4 e 5, quanto aos prazos da secretaria (mas com a espera, mais razoável, de 10 dias apenas), enquanto o art. 176.º-4 determina que, decorridos 15 dias sobre o termo do prazo para

resultarão. Assim se criem condições para que todos os magistrados cumpram os prazos estabelecidos por lei e se sancionem efetivamente as violações injustificadas e, então sim, poderemos ter uma Justiça conforme com a consagração do direito fundamental à jurisdição. Talvez então cheguem os governos deste país à conclusão de que não é preciso continuar a martirizar o código, as práticas dos tribunais e os teóricos do direito processual civil e que, com manifesta economia de meios e tempo, é preferível deixar que a doutrina e a jurisprudência desempenhem o seu papel de normal desenvolvimento e sedimentação do direito, a exemplo do que acontece em Estados europeus que assim se podem dar ao luxo de manter quase inalterados e seguros códigos há muito elaborados.

3. Princípios gerais

Procurou-se passar para o título I do código os princípios gerais do processo que aí não tinham assento, nomeadamente os do dispositivo e da oficiosidade (art. 5.º, oriundo dos arts. 264.º e 664.º), o da cooperação (transposto do art. 266.º), o da boa fé processual (transposto do art. 266.º-A) e o de recíproca correção (transposto dos n.ºs 1 e 2 do art. 266.º-B). Colocou-se no título da Instrução do Processo o princípio do inquisitório (art. 411.º), deixou-se lá ficar os outros princípios privativos da prova (princípio da aquisição processual e da audiência contraditória: arts. 413.º e 415.º) e continuou a cindir-se o princípio da cooperação em geral (art. 7.º) e a sua aplicação em sede da prova (art. 417.º).

Do regime processual experimental é importado o princípio da gestão processual (art. 6.º). Nunca entendi, nesse regime, a autonomia desse princípio perante o da direção do processo pelo juiz e o da adequação formal, tendendo a considerar a sua consagração como uma mera fuga em frente, só explicável pela inércia habitual dos magistrados no uso de poderes que já anteriormente tinham.

cumprimento da carta precatória, seja comunicado ao tribunal deprecante a razão concreta da inobservância do prazo.

O modo como, finalmente, o princípio aparece consagrado⁽⁵⁾, absorvendo as disposições dos ainda vigentes n.ºs 1 e 2 do art. 265.º (“poder de direção do processo”), agora separadas — bem — do princípio do inquisitório, e apelando à “simplificação e agilização processual”, bem como a colocação noutra local (art. 547.º) da adequação formal (já não com epígrafe que anuncie a consagração dum princípio), parecem ter vindo ao encontro dessas dúvidas⁽⁶⁾.

Duas normas há que violam ou podem proporcionar a violação do princípio da igualdade.

A primeira é a do art. 466.º, que introduz o meio de prova das declarações de parte. É facultado à parte requerer, até ao início das alegações orais em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenha intervindo pessoalmente ou de que tenha conhecimento direto. Trata-se, pois, dum meio de prova de cuja produção se pode vir a ter apenas conhecimento no decorrer da audiência. Se a outra parte estiver presente ou representada, poderá igualmente usar dessa faculdade. Mas, não estando — e pode não estar, precisamente por não contar com o requerimento da parte contrária —, tem de lhe ser dado conhecimento da pretensão da outra parte, a fim de, ela também, se oferecer, se quiser, para prestar declarações; e, se só o seu advogado estiver presente, e declarar que esta quer também prestar declarações, a produção de prova não poderá terminar sem que elas tenham lugar. Não se diga em contrário que basta à parte assistir ao julgamento para que as suas declarações se tornem viáveis: a parte não tem o dever nem o ónus de estar presente e não é uma hipotética iniciativa da parte contrária que pode criar-lhe esse ónus. Se as alegações orais forem, por isso, adiadas, tanto pior. Esta observância escrupulosa do princípio da igualdade teria ganho em ficar bem expressa, de modo a não poder proporcionar a sua violação na prática.

A possibilidade desta violação será radicalmente afastada se, tida em conta a alteração de redação que o preceito, então no

(5) Não era assim no projeto da comissão, cujo art. 265.º-A-1 mantinha a redação ainda vigente e o art. 265.º-B tratava do princípio da gestão processual, mantendo-se igualmente destacados os preceitos dos n.ºs 1 e 2 do art. 265.º do CPC revogado.

(6) No entanto, a adequação formal, a simplificação e a agilização processual aparecem, lado a lado, em outras disposições (arts. 591.º-1-e, 597.º-d, 630.º-2), o que levará a pensá-las como manifestações, não sobrepostas, do princípio da gestão processual.

art. 56.º7-A, teve na passagem do anteprojeto para o projeto da comissão, se considerar que a iniciativa para a produção das declarações de parte tem de ser de autor e réu, conjuntamente. Naquela primeira proposta da comissão, lia-se que “por sua própria iniciativa, é admitida (...) a prestação de declarações *pelo autor ou pelo réu*”. Hoje diz-se, em conformidade com a proposta que se seguiu, que “*as partes* podem requerer (...) a prestação de declarações”. Não creio, porém, que essa seja a interpretação mais racional, pois diminuiria muito a utilidade prática da norma.

Viola o princípio da igualdade a norma do art. 511.º-1, que limita a 10 (ou 5, nas ações de valor até à alçada do tribunal da 1.ª instância) o número de testemunhas que todos os autores, ainda que em coligação, podem oferecer, mas admite 10 testemunhas por cada réu que apresente contestação separada. A desigualdade já hoje existe, mas esbate-se pelo facto de o limite atual ser de 20 testemunhas (10 no processo sumário). Com a redução a metade, torna-se mais nítida. E torna-se mais gritante quando se tenha em conta que passa a ser negado ao autor o chamamento de litisconsortes voluntários ativos, enquanto o réu pode chamar terceiros a integrar com ele o lado passivo da relação processual (art. 316.º). Resta esperar que o juiz corrija a desigualdade sempre que ela concretamente se verifique, atendendo, não só ao princípio geral que lho impõe, mas também à faculdade, que lhe é concedida (art. 511.º-4), de admitir um número de testemunhas superior àquele limite.

Mantém-se idêntica a norma do art. 3.º-3, de que a comissão havia proposto — bem — que fosse suprimido o segmento “salvo caso de manifesta desnecessidade”. Os tribunais têm transformado a regra em exceção e a proibição da decisão-surpresa tem-se revelado, com essa restrição, na prática insuficiente. Os códigos que consagram explicitamente essa vertente fundamental do princípio do contraditório não enunciam exceções. Assim acontece no art. 14.º do CPC francês, que o projeto de novo CPC brasileiro se propõe seguir. Como defensor, em 1996, dessa fórmula⁽⁷⁾, tenho de

(7) Ela provém do projeto da Comissão Varela (art. 4.º-3).

reconhecer que ela resultou mal na prática jurisprudencial e devia ter sido suprimida para uma melhor observância do princípio do contraditório⁽⁸⁾.

4. Os articulados e o objeto do processo

Há duas inovações da reforma a considerar na teoria do objeto do processo: a conversão da réplica em mero articulado de resposta; o tratamento processual da compensação como reconvenção.

Na lei ainda vigente a réplica distingue-se da mera resposta à contestação ou à reconvenção por, além de ser um articulado de resposta, consentir a ampliação ou alteração do pedido e da causa de pedir. Assim é que temos réplica em processo ordinário e resposta à contestação ou à reconvenção em processo sumário.

No novo código a réplica só é admitida para defesa do autor perante a reconvenção deduzida pelo réu e, nas ações de simples apreciação negativa, para impugnação dos factos constitutivos alegados pelo réu e alegação dos factos impeditivos ou extintivos do direito por ele invocado (art. 584.º). A menos que haja acordo das partes, o pedido deixa de poder ser alterado e a sua ampliação só é possível, até ao encerramento da discussão em 1.ª instância, se a ampliação for desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo; quanto à causa de pedir, só pode ser alterada ou ampliada em consequência de confissão feita pelo réu e aceite pelo autor (arts. 264.º e 265.º, n.os 1 e 2) ou quando os factos que a integram são, subjetiva ou objetivamente, supervenientes. Deixa, pois, de ser admitida a réplica para resposta às exceções deduzidas pelo réu, sem prejuízo de ter de se entender que, quando ela tenha lugar por a ação ser de apreciação negativa ou ter sido deduzida recon-

⁽⁸⁾ Na proposta de lei dizia-se: “salvo caso de manifesta desnecessidade, devidamente fundamentado”. Era manifestamente melhor do que o que ficou, por deliberação da Assembleia da República.

venção, é admissível aproveitá-la para responder às exceções, em antecipação do que o autor sempre poderá fazer por via do art. 3.º-4(º). E deixa também a réplica de desempenhar a função secundária de articulado de alteração ou ampliação do pedido ou da causa de pedir, sem prejuízo de ter de se entender que, quando a ela haja lugar, pode ser aproveitada como articulado de aceitação da confissão feita pelo réu e conseqüente alteração ou ampliação da causa de pedir, bem como de redução do pedido ou ampliação deste em desenvolvimento ou conseqüência do pedido primitivo e ainda de completamento ou correção de deficiências relativas à exposição da causa de pedir, nos termos do art. 590.º-4. Desaparece, conseqüentemente, a réplica.

Este novo modelo de terceiro articulado, ao qual o código deixa o nome de réplica, não põe problemas conceituais quanto ao objeto do processo, ao contrário do que aparentemente acontece com a reconvenção por compensação.

Contra a orientação jurisprudencial dominante, apoiada numa importante corrente doutrinária (a meu ver, correta), o legislador quis dar à dedução da compensação o tratamento processual da reconvenção: onde anteriormente se dizia que “a reconvenção é admissível (...) quando o réu se propõe obter a compensação” (art. 274.º-1-b ainda em vigor), passa a dizer-se que “a reconvenção é admissível (...) quando o réu pretender o reconhecimento de um crédito, seja para obter a compensação, seja para obter o pagamento do valor em que o crédito invocado excede o do autor” (art. 265.º-2-c). Nunca tendo sido questionado que o pedido de condenação no excesso constitui reconvenção, a inovação está em que, na parte em que os valores dos dois créditos coincidem, teremos uma causa de extinção das obrigações (art. 847.º-1 CC) já não tratada como uma exceção perentória (com eficácia circunscrita,

(º) Não havendo articulado normal de resposta às exceções e constituindo a resposta dada nos termos do art. 3.º-4 uma *faculdade* e não um *ônus* (LEBRE DE FREITAS, **A ação declarativa** cit., n.º 9.2), a 2.ª parte do art. 572.º-c não tem oportunidade de se aplicar, pelo que a não especificação separada das exceções na contestação deixou de ser sancionada com o afastamento do ônus da especificação (sobre o regime ainda vigente, remeto para o meu **CPC anotado** cit., II, n.º 5 da anotação ao art. 488.º).

como às exceções perentórias compete, no âmbito do pedido deduzido⁽¹⁰⁾), mas como constituindo, ela própria, um novo pedido (art. 266.º-1) e como tal, produzindo a ampliação do objeto do processo.

Quem, numa visão substantivista, ainda hoje defenda que o processo civil tem como objeto situações jurídicas de direito substantivo⁽¹¹⁾ pensará encontrar aqui um argumento novo para sustentação da sua tese: com a invocação da compensação é trazida para o processo a apreciação duma relação jurídica obrigacional, distinta daquela em que se baseia o pedido do autor, embora a ela contraposta e, por isso, o objeto do processo é ampliado. No entanto, a leitura atenta do preceito conduz a outras interpretações, que, coincidindo ou não com a *mens legislatoris*, são mais racionais e, permitem manter inalterada a ideia de que o objeto do processo é o pedido, e não a relação jurídica nele eventualmente controvertida.

Tanto na parte em que é excecionado, como facto extintivo de direito civil, como naquela em que funda um pedido de condenação (pelo excesso), o contracrédito só pode ser feito valer no pressuposto da sua existência e o que a lei nos vem dizer é que o reconhecimento de que existe constitui um pedido que o réu deverá dirigir contra o autor. É assim, por natureza, na parte do excesso: o pedido de condenação do autor a pagá-lo ao réu tem, como elemento material⁽¹²⁾, a existência dessa parte do crédito. Mas, na outra parte, o mesmo raciocínio, aplicado à exceção, não interfere no objeto do processo (*supra*, nota 9), pelo que, na falta de uma norma como a agora introduzida, o reconhecimento do contracrédito só entraria a fazer parte do objeto do processo se alguma das partes pretendesse a sua inclusão no pedido (“se alguma das partes requerer o julgamento com essa amplitude”: art. 91.º-2). É esta inclusão que se torna agora obrigatória: o réu não se poderá limitar a invocar a exceção da compensação; terá de

⁽¹⁰⁾ Remeto para a minha **Introdução ao processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, n.º I.4 (38).

⁽¹¹⁾ Minha **Introdução** cit., n.º I.4.2.

⁽¹²⁾ Sobre o elemento material e o elemento processual da pretensão, remeto para a minha **Introdução** cit., n.º I.4.6.

pedir (“pretender”) o reconhecimento do seu crédito. Talvez se possa falar de um ónus de reconvir, cuja observância servirá de suporte à exceção de compensação e cuja inobservância terá como efeito a rejeição desta.

Não é seguro que a lei queira estender esse ónus aos casos em que a compensação já tenha sido invocada pelo réu, extraprocessualmente, antes da contestação, visto que o efeito extintivo mútuo se produz, automaticamente, com a receção, por uma parte, da declaração da outra de querer compensar crédito e débito (art. 848.º-1 CC). Interpretado literalmente, o preceito só forçaria ao pedido de reconhecimento do crédito quando o réu *pretendesse* obter a compensação, o que pressupõe não a ter já obtido fora do processo; neste caso, estaríamos perante uma *objeção*⁽¹³⁾, officiosamente cognoscível pelo tribunal desde que os factos que a constituem fossem alegados pelas partes e não carecendo, por isso, de (nova) manifestação da vontade de compensar⁽¹⁴⁾. A favor desta interpretação dir-se-á que, a não ser assim, o réu que não deduzisse o pedido de reconhecimento de que o seu crédito *existia* à data da receção da declaração de compensar estaria sujeito, mesmo que todos aqueles factos (os constitutivos do seu crédito e a declaração de compensar) fossem provados no processo, a ser condenado a pagar a sua dívida, apesar de esta já ter sido extinta. Mas contra ela argumentar-se-á que, operando a compensação que só seja pretendida na contestação (por antes não ter sido objeto de declaração de qualquer das partes) com a notificação da contestação ao autor, de modo idêntico ao da receção, por este, da comunicação extrajudicial da vontade de com-

(13) Remeto, sobre o conceito de objeção, para a minha **Ação declarativa comum**, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, n.º 7.5.4.

(14) Esta tese foi por mim defendida em **Direito processual civil II**, Lisboa, Vega, 1980, e depois abandonada. Mais tarde, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, **As partes, o objeto e a prova na ação declarativa**, Lisboa, Lex, 1995, também a defendeu. A distinção é invocada, embora com outras conclusões, em JOÃO REMÉDIO MARQUES, **Ação declarativa à luz do código revisto**, Coimbra Coimbra Editora, 2007, pp. 303-307. Radicou no regime da compensação do CC de 1867 (a compensação operava, em regra, automaticamente; mas não quando a obrigação compensada fosse ilíquida, caso em que só operava com a sentença, constituindo a chamada *compensação judiciária*).

pensar, e limitando-se a sentença (de mera apreciação) a verificar a ocorrência dos respetivos requisitos materiais, não há diferença substantiva que justifique um regime processual distinto num e noutro caso. A unidade de regime impunha-se na base do tratamento da compensação como exceção⁽¹⁵⁾. É mais duvidosa quando deva levar, em ambos os casos, ao tratamento da compensação como reconvenção. Talvez possa conduzir à conclusão de que, não obstante o regime pretendido pelo legislador, a letra da lei comporta um sentido, mais racional, de acordo com o qual nada de substancial foi alterado e a reconvenção só terá de ter lugar quando o réu livremente *pretenda* que, com força de caso julgado, o juiz aprecie a existência do contracrédito.

Noto, finalmente, que a opção do legislador tem, como outras consequências: a inadmissibilidade da dedução da compensação, quando a apreciação do contracrédito não seja da competência (não territorial nem em função do valor) do tribunal da ação (art. 93.º-1)⁽¹⁶⁾, bem como nos processos especiais em que o réu não possa deduzir reconvenção, salvo se a lei especificamente excetuar o fundamento da compensação⁽¹⁷⁾; a abrangência do reconhecimento do contracrédito pelo caso julgado.

5. O papel do facto essencial

O código acentua que às partes cabe, na ação declarativa, alegar os factos essenciais da causa e só estes (arts. 5.º-1, 552.º-1-*d*, 572.º-*c*, 574-1), embora a prova incida também sobre factos instrumentais (arts. 5.º-2-*a* e 410.º).

A doutrina não utiliza o conceito de facto essencial sempre no mesmo sentido. Facto essencial, ou principal, é, para alguns (entre

⁽¹⁵⁾ Remeto para a minha *Ação executiva* cit., pp. 122-123.

⁽¹⁶⁾ Este ponto causará tanto mais estranheza quando se admita que também o crédito já compensado extrajudicialmente tem de ser reconhecido, mediante pedido reconvenicional.

⁽¹⁷⁾ É assim nos embargos de executado (art. 729.º-*h*).

os quais eu próprio⁽¹⁸⁾), todo o facto que, integrando a fatispécie normativa produtora do efeito pretendido (pelo autor, ao deduzir o pedido; pelo réu, ao deduzir uma exceção), é indispensável à produção desse efeito; mas, para outros (entre os quais Teixeira de Sousa⁽¹⁹⁾), é apenas, entre os factos integradores duma fatispécie, aquele que permite a sua individualização.

Na primeira aceção, refere-se-lhe quer o n.º 1, quer o n.º 3, do art. 264.º do Código ainda vigente, sendo que qualquer facto essencial não inicialmente alegado pode sê-lo posteriormente, nos termos desse n.º 3 (ou do art. 508.º-3, agora art. 590.º-4), mediante alegação que completa uma fatispécie só parcialmente integrada, sem prejuízo de a primitiva alegação dever permitir a identificação desta, sob pena de ser inepta a petição inicial (art. 193.º-2-*a*, agora art. 186.º-2-*a*). Na segunda aceção, o facto essencial é apenas aquele que, entre esses factos integradores da fatispécie, a identificam, opondo-se então ao facto meramente complementar. Assim, por exemplo, o senhorio que pretenda resolver o arrendamento para habitação própria tem de alegar e provar a necessidade da habitação (art. 1101.º-*a* CC), a sua qualidade de proprietário, comproprietário ou usufrutuário há mais de 5 anos (art. 1102.º-1-*a* CC) e a falta de casa própria ou arrendada há mais de um ano (art. 1102.º-2 CC): na primeira aceção, todos estes factos são essenciais, mas na segunda aceção só é essencial o primeiro. Ora, ressalvada a identificação da fatispécie para o efeito da aptidão da petição inicial e para o efeito do caso julgado (art. 581.º-4), quer a nível da alegação, quer a nível da prova, o CPC de 1961 utiliza a expressão *facto essencial* na primeira das aceções: todos esses fac-

⁽¹⁸⁾ Remeto para o meu (com outros) **Código de Processo Civil anotado**, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, II, n.ºs 2 a 5 da anotação ao art. 264.º. Prefiro chamar-lhe *principal* — e reservaria o termo *essencial* para o facto identificador da fatispécie, se não fosse a terminologia da lei.

⁽¹⁹⁾ **Estudos sobre o novo processo civil**, Lisboa, Lex, 1997, pp. 76-79, distinguindo, dentro dos factos principais, os essenciais e os complementares, mas entendendo que só aos primeiros se refere o art. 264.º-1 ainda vigente. Conceção diferente, semelhante à por mim defendida, havia tido, antes da revisão de 1995-1996, em **As partes, o objeto e a prova na ação declarativa**, Lisboa, Lex, 1995, pp. 122-125 (a causa de pedir seria constituída pelos factos necessários à individualização da situação jurídica alegada pela parte e para fundamentar o pedido, de outro modo improcedente).

tos, quer constituam a causa de pedir, quer neles se baseiem as exceções (art. 264.º-1), devem ser alegados, sem prejuízo de, na falta de algum deles, ser possível o recurso ao mecanismo do art. 264.º-3 ou ao do art. 508.º-3; todos eles constituem objeto da prova; o que não tem de ser objeto da alegação nem de constar da base instrutória (ou da relação dos factos assentes) são os factos instrumentais. Estes são factos que, sejam probatórios, sejam acessórios, permitem chegar à prova dos factos principais ou essenciais (na primeira aceção, sinónimos; na segunda, mais abrangente o facto principal, que engloba o essencial e o complementar). Como tal, não têm de ser alegados, não sendo o CPC de 1961 responsável pelo mau hábito dos advogados de encherem cada vez mais os articulados com factos instrumentais, quando não irrelevantes e repetitivos. A redação das normas do art. 264.º do CPC de 1961 era, pois, de manter, assim evitando dúvidas que não suscitava; a haver alteração, era preferível que ela se limitasse a substituir “factos essenciais” por “factos principais”, tendo em conta a utilização ambígua do termo “essencial” na doutrina: o legislador teria assim a precaução de não tomar partido por uma ou outra das aceções acima referidas, sem abdicar de deixar claro o sentido do preceito.

Ao suprimir o adjetivo “essencial” no preceito ora deslocado para o art. 5.º-2-*b* e introduzi-lo nos dos arts. 5.º-1, 552.º-1-*d*, 572.º-*c* e 574.º-1, o novo código pode suscitar alguma perplexidade interpretativa, mas o sentido da lei continua necessariamente a ser o mesmo: os factos instrumentais não têm de ser alegados nos articulados, mas todos os factos principais, como condições que são de procedência da ação ou da exceção, estão sujeitos a essa exigência, sem prejuízo de, não sendo ela observada, poderem ser introduzidos no processo pelo mecanismo do art. 590.º-4 ou pelo do art. 5.º-2-*b*. A nova redação nada altera, como bem mostra o confronto entre os “factos essenciais” que as partes *devem* alegar (n.º 1) e os factos que as partes *efetivamente* alegaram (n.º 2: “factos articulados pelas partes”): se estes ficarem aquém do acervo do que as partes tinham o ónus de alegar, há que completar ou concretizar nos termos da alínea *b*) do n.º 2. Mostra-o também a norma do art. 62-*b*, ao equiparar, para o efeito da competência internacional dos tribunais portugueses,

todos os factos que integram a causa de pedir. Seria, de qualquer modo, absurdo que, no art. 5.º-1, tal como nos arts. 552.º-1-d, 572.º-c e 574.º-1 (que utilizam as mesmíssimas expressões: “factos essenciais que constituem a causa de pedir”; “factos essenciais em que se baseiam as exceções”), apenas se exigisse às partes a alegação do facto identificador da fatispécie constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva, deixando para mais tarde a alegação dos restantes factos integradores dessas fatispécies⁽²⁰⁾: a função dos articulados continua a ser a mesma e os factos principais (“essenciais”, na terminologia da lei) têm de ser neles alegados, sem prejuízo da excepcional possibilidade do aperfeiçoamento do articulado apresentado, por as partes terem feito uma alegação deficiente.

Creio também que nada altera a formulação, no art. 5.º-2-b, da exigência de as partes terem a possibilidade de se pronunciar sobre o facto principal resultante da instrução da causa, em vez da formulação da dupla exigência da manifestação da vontade de a parte interessada dele se aproveitar e da audição contraditória da parte contrária. A manifestação da vontade da parte interessada (aquela que não alegou o facto principal, embora tivesse o ónus de o fazer) de se aproveitar do facto que resulte da instrução da causa corresponde a uma alegação tardia, necessária de acordo com o princípio do dispositivo: a possibilidade de pronúncia tem de ser, quanto a ela, positiva; se for (anormalmente, sem dúvida) em sentido negativo, não satisfaz o ónus da alegação, satisfazendo apenas, no que à contraparte respeita, o princípio do contraditório. Com a substituição da base instrutória pelos temas da prova (*infra*, n.º 6), esclarece-se, porém, o pleno significado da norma do art. 5.º-2-b: o facto resultante da instrução da causa não terá, agora manifestamente, de resultar dum ato de produção⁽²¹⁾ de prova sobre um facto pré-seleccionado, estando a fonte da prova manifestamente liberta dos constrangimentos duma pré-selecção.

De alcance mais duvidoso é a introdução no art. 5.º-1 do adjetivo *invocadas* (“exceções invocadas”), que, à primeira vista, parece

⁽²⁰⁾ Veja-se como o art. 62.º-b fala [do acervo] dos factos que integram a causa de pedir.

⁽²¹⁾ Ou proposição, no caso da prova pré-constituída.

implicar a ideia de que o tribunal pode conhecer officiosamente dos factos em que se baseiam as exceções de conhecimento officioso, fora do condicionalismo do art. 412.º. A redação do art. 264.º-1 do CPC de 1961 inculcava, claramente, que esses factos estavam abrangidos pelo princípio do dispositivo, não podendo o juiz, quanto a eles, servir-se do seu saber privado, tratasse-se duma exceção perentória (ex.: o acordo simulatório, não alegado, por não ter sido invocada a simulação do contrato) ou dilatória (ex.: um facto, não alegado por nenhuma das partes, mas relevante para a qualificação do contrato como administrativo, e não como civil, como tal dele decorrendo a incompetência, que as partes não invocaram, do tribunal cível). Não creio que se possa entender diferentemente, mas é previsível que este venha a ser um tema controvertido.

Finalmente, a parte final do art. 574.º-2 (“a admissão de factos instrumentais pode ser afastada por prova posterior”) parece-me contraditória com o disposto no art. 490.º-1 (o réu só tem de tomar posição definida perante os factos principais) e vai contra a ideia de forçar a redução da exposição de facto nos articulados aos factos essenciais: por um lado, parece querer-se afastar do objeto da admissão, de acordo com uma (pretensamente) nova conceção dos articulados, os factos instrumentais; mas, por outro, estabelece-se que a não impugnação dum facto instrumental gera também a prova por admissão, embora como efeito provisório e não definitivo (afastável por simples contraprova, nos termos do art. 346.º CC), com a consequência de, para o evitar, alargar a dimensão do articulado de resposta. Afinal, há ou não ónus de impugnar também os factos instrumentais?

6. Audiência prévia

A aposta no revigoramento da audiência preliminar, crismada de “prévia”⁽²²⁾, teoricamente certa, é porém arriscada.

⁽²²⁾ O crisma tem, como se sabe, a virtude de automaticamente mudar a natureza do ser crismado...

A audiência preliminar constitui uma trave mestra do novo processo que se pretendeu que emergisse da revisão do código. No entanto, se é de ter em conta que alguns juizes a souberam eficazmente utilizar, certo é que a maioria deles resistiu acerbamente à sua utilização, o que arrastou o legislador para a modificação dos preceitos que a impunham como regra a observar.

As alterações introduzidas no novo código (arts. 591.º a 593.º) acentuam o que já estava expresso no texto do DL 325-A/95, de 2 de dezembro, mas com algumas diferenças significativas: prescreve-se que nela tenha lugar, sendo caso disso, a adequação formal, a simplificação ou a agilização do processo; é-lhe retirada a função de momento de proposição da prova, antecipada para a fase dos articulados, sem prejuízo de nela poderem ser alterados os requerimentos probatórios apresentados pelas partes (art. 598.º-1); nela devem ser programados os atos a realizar na audiência final, com o estabelecimento do número de sessões e da sua previsível duração⁽²³⁾, e já não apenas com a marcação (na prática raramente feita) da data da audiência final; não se realiza quando, devendo o processo findar no despacho saneador por procedência de exceção dilatória, as questões a apreciar já tenham sido debatidas nos articulados (na lei ainda vigente, só em caso de manifesta simplicidade e independentemente de o processo findar no despacho saneador); *last but not least*, quando dispensada pelo juiz, e uma vez por este proferido o despacho saneador e os demais despachos enunciados no art. 593.º-2, a parte que deles pretenda reclamar pode requerer a realização da audiência para esse fim.

Alteração mais importante é a substituição da base instrutória pela identificação do objeto do litígio e o enunciado dos temas da prova.

Quando, na revisão do CPC dos anos de 1995 e 1996, se substituiu o anterior questionário pela base instrutória, pretendeu-se que esta se confinasse aos factos principais da causa (factos constitutivos, integrantes da causa de pedir, factos impeditivos, modificativos e extintivos, base das exceções). Não é que tal não corres-

(23) A programação implica, a meu ver, a possibilidade de ser previamente definido um tempo-limite para os depoimentos.

pondesse já ao espírito do velho questionário, mas este, além de enquadrar rigidamente o objeto da prova, apresentava-se, na prática, normalmente prolixo, reproduzindo tudo aquilo que as partes tivessem alegado, e pretendeu-se vincar que assim não devia ser: dos factos instrumentais, só deveriam ir à base instrutória aqueles que constituíssem a base duma presunção legal ou um facto contrário ao legalmente presumido; ao invés, os factos que constituíssem base duma presunção judicial ou visassem a sua ilisão só poderiam ser incluídos na base instrutória quando assumissem especial relevância concreta para a prova dos factos principais ou quando fosse duvidosa a ilação que, a partir deles, pudesse ser tirada para esta prova. Mas, mais uma vez, os tribunais, na prática, embora com algumas simplificações (remissões para os articulados) e inegáveis progressos (juízes que sabem condensar e sintetizar), foram além do que lhes era exigido. A alteração agora introduzida visa pôr radicalmente cobro a essa prática, sintonizando a nossa lei processual com as dos outros Estados europeus.

O projeto da comissão ainda determinava que o juiz seleccionasse, na base instrutória, os termos controvertidos e as questões essenciais de facto. Mas esta dualidade era ambígua e tive ocasião de fazer ressaltar as contradições que encerrava⁽²⁴⁾. A opção seguidamente feita liberta o juiz, nesta fase processual, da tarefa de formular os pontos de facto controvertidos de acordo com as regras da distribuição do ónus da prova. Limitando-se a verificar a existência de *controvérsia*, entre as partes, sobre a verificação de determinadas ocorrências principais, delas dá conta genericamente, deixando para a decisão sobre a matéria de facto a *descrição* dos factos que, relativamente a cada grande tema, tenham sido provados ou não provados. Assim, por exemplo, alegados pelo autor os factos concretos que consubstanciam a celebração de determinado contrato, que o réu negue ter sido celebrado, o tribunal não os incluirá na base instrutória, limitando-se a enunciar como tema controvertido saber se o contrato foi ou não celebrado e com que conteúdo. A prova continuará a incidir sobre os

⁽²⁴⁾ LEBRE DE FREITAS, **Do conteúdo da base instrutória**, Julgar, 17 (2012), pp. 69-73.

factos concretos que constituem, impedem, modificam ou extinguem o direito controvertido, tal como plasmados nos articulados (petição, réplica, resposta à contestação, articulado complementar, articulado superveniente), bem como sobre os factos probatórios de onde se deduza, ou não, a ocorrência desses factos principais e sobre os factos acessórios que permitam ou vedem esta dedução, uns e outros denominados como factos instrumentais⁽²⁵⁾.

Os *articulados* continuarão a realizar a sua função de meio de alegação dos factos da causa, essencial no que respeita aos factos principais e facultativo no que respeita aos factos instrumentais.

Por sua vez, a *decisão de facto* deverá, tal como hoje, incluir todos os factos relevantes para a decisão da causa, quer sejam os principais (dados como provados ou não provados), quer sejam os instrumentais, trazidos pelas partes ou pelos meios de prova produzidos, cuja verificação, ou não verificação, leva o juiz a fazer a dedução quanto à existência dos factos principais: o tribunal relatará tudo o que, quanto ao tema controvertido, foi provado, ainda sem qualquer preocupação quanto à distribuição do ónus da prova.

Sobre esta distribuição apenas o juiz, na *sentença*, se preocupará⁽²⁶⁾. Com vantagem. Ficando assente tudo o que tenha sido provado, sem cuidar de saber se era o autor ou o réu quem tinha o ónus da prova, se o tribunal de recurso, em apelação ou em revista, vier a fazer uma interpretação, diferente da do tribunal da 1.^a instância, da norma, geral ou específica, de distribuição do ónus da prova, os factos que interessem a esta nova perspectiva constarão todos da decisão de facto.

(25) Para a distinção entre facto probatório e facto acessório, veja-se a minha **Introdução** cit., n.º II.6.4.3.

(26) Assim, no essencial, se passam as coisas no direito alemão, no direito francês e quase sempre nas arbitragens internacionais. Os sistemas processuais dos outros países europeus não usam ter nada que se assemelhe à nossa base instrutória, *maxime* nos termos em que ela continua a ser entendida na prática dos tribunais portugueses. E não deixa, por isso, de vigorar aí plenamente o princípio do dispositivo, bem como os ónus da alegação e da prova.

7. Prova

As alterações mais relevantes em matéria de prova são:

- A proposição dos meios de prova, contituendos e pré-constituídos, com os articulados (arts. 423.º-1, 552.º-2, 572.º-d e 588.º-5; analogia para a réplica), sem prejuízo da possibilidade de alteração (ou ampliação) na audiência prévia (art. 598.º-1), bem como do aditamento ou alteração do rol de testemunhas e da apresentação com multa dos documentos até 20 dias da data em que se realiza a audiência final (arts. 423.º-2⁽²⁷⁾ e 598.º-2).
- A admissão do testemunho de parte (“prova por declarações da parte”), requerido pelo próprio até ao início das declarações orais em 1.ª instância, limitadamente aos factos em que tenha tido intervenção pessoal ou de que tenha conhecimento direto (art. 466.º-1)⁽²⁸⁾, sendo livremente valoradas as declarações prestadas (art. 466.º-3)⁽²⁹⁾. Como já deixei dito, à parte contrária tem sempre de ser dada a possibilidade de requerer também que seja ouvida.

⁽²⁷⁾ A proposta da comissão era que a apresentação tardia de documentos pudesse ter lugar até ao início da produção de prova na audiência final. A proposta de lei foi mais exigente. Só são admissíveis, depois daquele momento preclusivo, os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até esse momento, aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior ou julgamento proferido na 1.ª instância (arts. 423.º-3, 425.º e 651.º-1) e os documentos supervenientes (arts. 662.º-1 e 680.º-1).

⁽²⁸⁾ O art. 452.º-1, relativo ao depoimento de parte, refere a iniciativa do juiz na convocação da parte para a prestação de informações ou esclarecimentos sobre factos que interessem à decisão da causa. Parece aqui decorrer que a declaração da parte, a valorar livremente pelo juiz, também pode partir da iniciativa oficiosa. Mas a inclusão da norma na secção da prova por confissão das partes, e não na relativa à prova por declarações da parte, permite outra interpretação: a de que, embora escusadamente, mais não se diz do que o que já decorria do art. 356.º-2 CC, bem como do art. 417.º-1 (“respondendo ao que lhes for perguntado”), e que, portanto, para além do esclarecimento do sentido da alegação feita, só a declaração desfavorável pode ser valorada, como confissão.

⁽²⁹⁾ O segmento “salvo se as mesmas constituírem confissão” tem de ser lido “salvo se as mesmas constituírem confissão com valor de prova plena”, pois assim não será se as declarações não forem reduzidas a escrito (arts. 358.º-4 CC e 463.º-1).

- É introduzida, no art. 494.º, a figura das “verificações não judiciais qualificadas”, como alternativa à inspeção judicial: o juiz pode incumbir técnico ou pessoa qualificada de proceder aos atos de inspeção e de apresentar o respetivo relatório.
- As perícias são sempre feitas por um só perito nas ações de valor não superior à alçada do tribunal da 1.ª instância (art. 468.º-5) e a segunda perícia colegial tem o mesmo número de peritos da primeira (art. 488.º-b).
- Os números-limite de testemunhas por parte são reduzidos a metade, podendo, porém, o juiz admitir a inquirição de testemunhas para além dos limites estabelecidos (art. 511.º).
- Deixa de haver limite de testemunhas por facto.
- Deixa de ter autonomia a discussão e a apreciação da matéria de facto, remetidas, respetivamente, para uma alegação única de facto e de direito e para a sentença final⁽³⁰⁾.

8. Procedimentos cautelares

Em matéria cautelar, o código atenua o princípio da instrumentalidade do procedimento, mediante a admissão da inversão do contencioso (arts. 369.º e 371.º). É uma solução saudável, inspirada no direito francês, em que por sua vez também recentemente se inspirou o direito italiano e se inspira o projeto de novo CPC brasileiro. Discordo, porém, de dois pontos de regime, aliás não conformes com as opções dos sistemas jurídicos referidos.

⁽³⁰⁾ A preocupação de abreviar é manifesta. A produção da alegação de direito logo após a produção da prova e quando não se sabe ainda quais os factos que o tribunal julgará provados não é a solução mais favorável à efetiva contribuição da parte para a decisão jurídica do pleito. Mas há que reconhecer que a abertura do tribunal da 2.ª instância à reapreciação da matéria de facto, cuja decisão, não tem hoje a definitividade que, na prática, tinha antes da revisão de 1995-1996, conjugada com a oportunidade que a parte tem de, em recurso, aprofundar as suas posições de direito, atenua as consequências negativas da opção agora tomada, sempre que o valor da causa consinta recurso. De qualquer modo, a concentração assim realizada é mais um fator fomentador do exercício do direito a apelar.

A inversão do contencioso dar-se-á mediante requerimento do requerente, em que este peça ao juiz que o dispense do ónus de propor a ação principal, no prazo de 30 dias contados da data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a tenha ordenado (art. 373.º-1-*a*)⁽³¹⁾. Só será concedida se o juiz entender que a matéria adquirida no procedimento lhe permitiu formar convicção “segura”⁽³²⁾ da existência do direito acautelado e a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio. Inverter o contencioso significará transferir para o requerido o ónus de propor, em 30 dias, a ação principal, com a cominação (“sob pena”) de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio⁽³³⁾.

A providência de *référé* de direito francês, cujo modelo o código brasileiro se propõe copiar, mantém-se até que a ação principal, proposta a qualquer tempo (sem prejuízo dos prazos de caducidade e prescrição do direito civil) por qualquer das partes, seja julgada. Não produz, pois, nunca caso julgado (arts. 484.º e 488.º do CPC francês; art. 290.º, § 2.º, do projeto de CPC brasileiro) e, até à sua eventual substituição por uma decisão definitiva, mantém a eficácia própria da sua natureza de decisão cautelar. Os princípios gerais sobre a formação do caso julgado permanecem incólumes.

O art. 371.º-1 do novo código, ao estabelecer um prazo para a propositura da ação pelo requerido, corresponde ao reflexo condicionado, muito português, de condicionar o exercício dos direitos substantivos por prazos processuais perentórios. Sobrepõe-se assim, mais uma vez, o direito processual ao direito substantivo.

(31) Este novo *terminus a quo*, pressupondo a notificação da decisão ao requerido que não tenha sido previamente ouvido, posterior à respetiva execução, dispensa a dualidade de prazos que vigorava desde a revisão do código: 30 dias sobre a notificação da decisão ao requerente, quando houvesse contraditório prévio; 10 dias sobre a notificação ao requerente de que o requerido já fora notificado, após a execução da decisão, quando não tivesse havido contraditório prévio.

(32) Como compatibilizar esta segurança com a prova sumária própria dos procedimentos cautelares? E como tê-la quando nem sequer haja audiência prévia do requerido?

(33) Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, o prazo de caducidade interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso e reinicia-se com o trânsito em julgado da decisão que negue o pedido (art. 369.º-3). É assim consagrado um dos casos excecionais previstos no art. 328.º CC.

Mas esta sobreposição é camuflada com a outra norma do art. 371.º-1: consolidar a decisão cautelar como composição definitiva do litígio significa conferir-lhe a natureza de caso julgado. Tal está em contradição com uma norma própria dos procedimentos cautelares que o código mantém no art. 364.º-4, mas é assim afastada no caso de inversão do contencioso: “nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal”.

Este regime arrisca-se a transferir para o procedimento cautelar a complexidade da discussão do processo principal, obrigará a doutrina portuguesa a repensar a teoria do caso julgado e não deixa de suscitar questões de inconstitucionalidade, por limitação do direito de acesso à Justiça. É particularmente grave quando o requerido não é previamente citado (caso da restituição provisória de posse) e sempre que não se consiga citá-lo pessoalmente.

Assinalo ainda que, graças à Assembleia da República, ficou claro, no mesmo art. 371.º-1, que as regras sobre a distribuição do ónus da prova se mantêm, apesar da inversão do contencioso. Estas regras são de direito substantivo, não estando dependentes da posição processual das partes no processo. A ação de “impugnação”⁽³⁴⁾ da existência do direito acautelado é uma ação de apreciação negativa, aplicando-se o art. 343.º-1 CC: ao réu, requerente da providência, cabe provar os factos constitutivos do seu direito, sem que o julgamento da matéria de facto do procedimento constitua qualquer presunção invocável na ação principal, de acordo, desta vez, com o art. 364.º-4. A lei processual não precisava de o dizer, mas foi prudente fazê-lo, sabido que alguma — pouca — jurisprudência é, erradamente, no sentido de considerar que as regras de distribuição do ónus da prova se encontram invertidas na oposição à execução⁽³⁵⁾.

Em especial, de acordo com o art. 382.º-1, o prazo de 30 dias para a sociedade requerida no procedimento de suspensão de deliberação social propor a ação principal conta-se a partir da notificação prescrita no art. 371.º-1, o que está certo, ou a partir o registo,

(34) O termo “impugnar” não é feliz: na falta do esclarecimento introduzido, podia dar lugar à interpretação (incorreta) de que o ónus da prova se invertia.

(35) Por exemplo: ac. do STJ de 29.2.96, **CJ/STJ**, 1996, I, p. 102 (JOSÉ MIRANDA; tem voto de vencido de FERREIRA DA SILVA).

quando obrigatório, da decisão judicial, o que me parece errado. A sociedade pode não ter conhecimento do registro e mal se compreende que o seu direito de pôr em causa a conversão em definitiva da decisão proferida no procedimento cautelar possa precluir sem que esse conhecimento seja assegurado; pior ainda quando se pense no sócio legitimado para a ação de nulidade ou anulação de deliberação social (art. 382.º-2). Só a notificação devia constituir o *terminus a quo* do prazo para a impugnação.

9. Intervenção de terceiros

Em sede de intervenção de terceiros, são propostas alterações no sentido de eliminar a intervenção principal no caso de coligação ativa (art. 311.º), de permitir ao juiz restringir mais latamente a intervenção acessória provocada pelo réu (art. 322.º-2), de, exceto nos casos de litisconsórcio necessário, limitar a intervenção principal provocada pelo réu, no lado passivo, aos casos (além do campo das obrigações, onde já era esse o regime) em que demonstre nela ter um interesse atendível (art. 316.º-3-a), de limitar a intervenção principal provocada pelo autor aos casos de litisconsórcio necessário e de litisconsórcio voluntário passivo (art. 316.º, n.ºs 1 e 2) e de condicionar a oposição provocada à consignação em depósito da quantia que o réu reconhece dever (art. 338.º; cf. também os arts. 340.º-1 e 341.º).

As quatro primeiras alterações justificam-se, as três primeiras em nome da celeridade processual e a quarta por respeito pela liberdade no exercício do direito de ação, embora a primeira se harmonize mal com a imposição ao juiz de ordenar a apensação de ações com base na verificação dos pressupostos da coligação (art. 267.º-1).

Mas a última é, a meu ver, errada. Não havendo razão para *a priori* desconfiar das intenções do réu que reconhece a dívida pela qual é demandado, e sendo respeitável a sua pretensão de não pagar em duplicado (a pessoas diferentes, uma só das quais é o credor), devia ter-se tido em conta, por um lado, que pode ser difícil, ou mesmo impossível, ao réu consignar em depósito a importância devida no prazo da contestação e, por outro, que estamos perante

um incidente de rara utilização e cuja dedução conduz a uma mais rápida decisão da causa: repare-se, além da injustiça a que a solução adotada pode levar, que o réu que não disponha da quantia a consignar se sentirá mais tentado a impugnar a existência da dívida, lutando por uma absolvição que, deduzida a oposição, já não teria lugar. Acresce que a obrigação pode não estar vencida (art. 557.º; cf. também art. 610.º), caso este em que o preceito não se pode razoavelmente aplicar (pelo que tem de ser restritivamente interpretado). Em último caso, teria sido preferível admitir, em lugar do pagamento, a prestação de caução.

Deveria, por outro lado, ter-se aproveitado a alteração do art. 311.º para, em vez da remissão para os arts. 32.º, 33.º e 34.º, se dizer que a intervenção principal é admissível em qualquer caso de litisconsórcio. É que, além dos casos previstos nesses artigos, há que considerar, não só os de litisconsórcio impróprio, em que o interesse dos vários litisconsortes não é igual⁽³⁶⁾, mas também os previstos em disposições específicas. Uns e outros se entendendo pacificamente que legitimam o terceiro a intervir a título principal na ação proposta por ou contra o seu potencial litisconsorte, a clarificação não era necessária; mas era aconselhável fazê-la.

Por último, é de apoiar a extensão do caso julgado a todos os terceiros chamados à intervenção principal (art. 320.º).

10. Impugnações

O novo texto do CPC não questiona o caminho delineado pelo DL 303/2007 no sentido de limitar os direitos das partes à impugnação das decisões judiciais. Mas introduz algumas alterações.

Começo por aquelas que me merecem algum reparo.

Em nome da repressão do abuso de direitos processuais, é suprimida a faculdade de pedir o esclarecimento da sentença.

⁽³⁶⁾ Remeto para a minha **Introdução ao processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, II.10(2), ou para o meu **Código de Processo Civil anotado**, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, n.º 2 da anotação ao art. 27.º.

É facto que os advogados das partes frequentemente recorriam sem fundamento à reclamação por obscuridade da decisão, amiúde para assim ganharem tempo antes de se decidirem quanto ao recurso a interpor. E é facto igualmente que os juizes usavam sistematicamente indeferir o pedido de esclarecimento, ainda quando, nos casos em que ele se justificava, iam dizendo qual o sentido da decisão tomada. Por essa ser a realidade de facto, o DL 303/2007 veio determinar que o pedido de esclarecimento passasse a ser feito na alegação de recurso (art. 669.º-3 do código revogado): o juiz não ficava desobrigado de apreciar o requerimento (art. 670.º-1 do código revogado), mas a interposição do recurso deixava de aguardar essa apreciação. Simultaneamente, o DL 303/2007 deixou expresso, em sentido oposto à interpretação corrente nos tribunais, que não só a parte decisória da sentença, mas também os seus fundamentos, podiam ser objeto do pedido de esclarecimento. Esta possibilidade é, além do mais, pedagógica: a parte tem direito a compreender integralmente o que o juiz decide e porque decide, tal contribuindo para a transparência da justiça. Quanto ao abuso, a forma adequada para o reprimir é a sanção por má fé, não a supressão dum meio que, criteriosamente utilizado, é útil. Optando por esta via e deixando subsistir apenas, como fundamento de nulidade, a ininteligibilidade da parte decisória, que muito raramente ocorre (art. 615-1-c), a proposta optou pelo caminho mais fácil, mas talvez não pela solução mais equilibrada.

Não vejo tão-pouco que se justifique limitar o recurso das decisões proferidas sobre as nulidades secundárias aos casos em que haja violação dos princípios da igualdade ou do contraditório, ou esteja em causa a aquisição processual de factos ou a admissibilidade de meios probatórios, e muito mais grave me parece fazê-lo também quando se trata de decisão de adequação formal ou de simplificação ou agilização processual (art. 630.º-2): o alargamento dos poderes de conformação do procedimento concedidos ao juiz devem ter como contrapeso a suscetibilidade de controlo do seu exercício pelo tribunal da relação, dado que as formas processuais, desde que não rigidamente entendidas, constituem uma garantia para as partes, que com elas sabem antecipadamente com que contar. A exigência da possibilidade de modificar a decisão final

(art. 660.º), equivalente, no caso das nulidades, ao da suscetibilidade de influenciar o exame ou a decisão da causa (art. 195.º-1), era por si suficiente para moderar a perturbação do processo provocada pelo recurso, tendo em conta que a impugnação dessas decisões não é normalmente autónoma (art. 644.º-3). O cerceamento do direito de impugnar uma decisão que pode conduzir a uma decisão final desfavorável não é equilibrado.

Mais equilibradas são outras alterações, que cuidam de garantir os direitos das partes processuais.

Algumas delas consistem em repor pontos de regime que tinham sido muito ligeiramente afastados pela reforma dos recursos cíveis:

- Reintroduz-se preceito expresso a admitir em qualquer caso o recurso por oposição (“contradição”) entre acórdãos da Relação, que o DL 303/2007 tinha, pelo menos literalmente, suprimido (art. 629.º-2-*d*);
- Reintroduz-se norma expressa a admitir a junção de pareceres de jurisconsultos até ao início do prazo para a elaboração do projeto de acórdão, equivalente atual ao momento de início dos vistos, que o DL 303/2007 deixara de incluir, talvez involuntariamente, mas propiciando interpretações jurisprudenciais absurdas, cerceadoras do direito das partes ao esclarecimento aprofundado das questões de direito (arts. 651.º-2 e 680.º-2);
- Reintroduz-se a norma, inserta no regime do antigo agravo, segundo a qual as decisões interlocutórias impugnadas conjuntamente com a decisão final só devem ser providas quando a infração cometida possa modificar aquela decisão ou quando o provimento tenha interesse para o recorrente independentemente dela (art. 660.º).

Duas alterações introduzidas no recurso de revisão me parecem merecer especial saudação:

- Excetua-se a decisão proferida em ação relativa a direitos de personalidade da preclusão de cinco anos do recurso de revisão (art. 697.º-2);

- Em reparação de grave atropelo do direito à revisão da sentença do terceiro prejudicado com a simulação do litígio, que resultara da sujeição do antigo recurso de oposição de terceiro ao regime geral da revisão⁽³⁷⁾, alarga-se para dois anos, contados do conhecimento da sentença, o prazo para o terceiro fazer valer, dentro do prazo geral de cinco anos, a simulação processual em recurso de revisão (art. 697.º-3).

Assinalo ainda positivamente a norma do art. 218.º: quando, na sequência da anulação ou revogação da decisão recorrida, ou da decisão do Supremo que mande ampliar a matéria de facto, a nova decisão for objeto de novo recurso de apelação ou revista, será este distribuído, sempre que possível, ao mesmo relator. E negativamente o terem-se mantido prazos distintos para o recurso e para a contra-alegação, em função da decisão recorrida (30 dias, 15 dias), sem prejuízo de o prazo de 15 dias se poder ter mantido nos processos urgentes que conservem em recurso a mesma razão de urgência.

11. Ação executiva

Em sede de ação executiva, começo por manifestar a minha concordância com a limitação radical da exequibilidade do documento particular e com os critérios de delimitação do processo sumário dentro do processo comum de execução para entrega de coisa certa.

Portugal tem sido, em toda a Europa, o país mais generoso na atribuição de exequibilidade ao documento particular⁽³⁸⁾. De redu-

⁽³⁷⁾ LEBRE DE FREITAS, **Parecer sobre o projeto de reforma dos recursos cíveis in Reforma dos recursos em processo civil / Trabalhos preparatórios**, Coimbra, Almedina/Ministério da Justiça, 2008, pp. 331 e ss, republicado em **Estudos sobre direito civil e processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, II, pp. 821 e ss, n.º 1.5.

⁽³⁸⁾ LEBRE DE FREITAS, **Os paradigmas da ação executiva**, ROA, 2001, II, pp. 543 e ss, republicado nos meus **Estudos cit.**, II, pp. 717 e ss, n.º 1.3.

ção em redução de exigências, da necessidade do reconhecimento presencial quando o valor da dívida fosse superior à alçada da Relação e da do reconhecimento simples para dívidas de valor inferior passou-se, com a revisão de 1995-1996, para a admissibilidade da execução baseada em qualquer título particular sem assinatura reconhecida. A partir de agora, só os títulos de crédito serão, em geral, dotados de exequibilidade, ainda que invocados como meros quirógrafos (art. 703.º-1-c). Acompanha-se assim a orientação da generalidade das legislações europeias⁽³⁹⁾.

Sendo que o processo de execução sumário, ao contrário do processo de execução ordinário, dispensa em regra o despacho liminar e a citação prévia do executado (art. 855.º, n.os 1 e 3), ele é utilizado quando o título executivo é considerado por lei mais seguro (decisão judicial⁽⁴⁰⁾ ou arbitral, requerimento de injunção com fórmula executória), quando o objeto inicial da penhora está predefinido (obrigação pecuniária vencida, garantida por hipoteca ou penhor) e em dívidas de menor valor (obrigação vencida de valor igual ou inferior ao dobro da alçada da 1.ª instância), desde que os pressupostos específicos da ação executiva, bem como a comunicabilidade da dívida, estejam verificados em face do próprio título e não se trate de execução movida apenas contra devedor subsidiário que não haja renunciado ao benefício da excussão prévia (art. 550.º)⁽⁴¹⁾.

A oposição à execução baseada no título executivo formado no processo de injunção continua, tal como acontecia desde o DL 226/2008, de 20 de novembro, a não se poder basear, em regra, em factos extintivos ou modificativos da obrigação anteriores à notificação do devedor, mediante a remissão que o art. 857.º-1 faz para os fundamentos da oposição à execução baseada em sentença.

⁽³⁹⁾ A Espanha, que quase nos acompanhava na vigência da anterior LEC, restringiu radicalmente, na LEC de 2000, o documento particular exequível ao cheque, à letra e à conta de honorários de advogado.

⁽⁴⁰⁾ Como se refere adiante, a execução da decisão judicial proferida por tribunal português tem lugar nos próprios autos da ação declarativa (art. 626.º).

⁽⁴¹⁾ Este último pressuposto não constava do projeto da comissão, que, em nome da Ordem dos Advogados, teve ocasião de, nesse ponto, criticar, por tal representar um retrocesso em face das normas, ainda vigentes, que impõem a citação prévia do devedor subsidiário, quando dela não seja pedida dispensa (arts. 812.º-D-a e 812.º-F, n.os 2-a e 3). A proposta de lei veio a inclui-lo na alínea *d*) do art. 550-3.º.

Tive ocasião de criticar veementemente esta equiparação, à luz do regime ainda vigente, por dois motivos: a menor garantia que o devedor encontra na notificação que lhe é efetuada no processo de injunção, *maxime* quando ela é feita por carta simples dirigida ao domicílio convencionado (art. 12.º-A do DL 269/98, de 1 de setembro); o facto de a formação do título prescindir de qualquer juízo sobre a adequação do montante da dívida aos factos em que ele se fundaria⁽⁴²⁾. Esta segunda crítica deixou de ter razão de ser: o novo texto, além de admitir, no art. 857.º-2, o justo impedimento, “temporariamente declarado perante a secretaria de injunção” (o que é pouco, e não precisaria de ser expresso, por decorrer duma norma geral), admite, no art. 857.º-3, que o executado deduza oposição baseada na inconcludência do requerimento de execução (no qual são indicados sucintamente os factos que fundamentam a pretensão: art. 10.º-2-*d* do DL 269/98, na sua versão atual) ou na ocorrência de exceções, perentórias ou dilatórias⁽⁴³⁾, de conhecimento oficioso que sejam manifestas no procedimento de injunção. Mas a primeira mantém acuidade: contrariamente ao regime geral da citação no domicílio convencionado (art. 229.º), o regime especial do processo de injunção continua a contentar-se com uma carta simples como forma de citação no domicílio convencionado. E não se deve esquecer que o processo de injunção nem sequer é limitado pelo valor da alçada da Relação quando se aplique o DL 32/2003, de 17 de fevereiro. Atualmente, o art. 814.º-2 ainda exige que a equiparação à sentença, para o efeito da limitação dos fundamentos de oposição, se faça “com as necessárias adaptações”, o que constitui um conceito suficientemente indeterminado para que essa violação do direito de defesa possa ser evitada⁽⁴⁴⁾. Mas os termos em que esta mesma adaptação aparece agora taxativamente feita nem sequer tal escapatória permite. A função do processo de injunção, quando um juiz nele não intervém, é fornecer um meio expedito de

⁽⁴²⁾ Ver a minha **A ação executiva**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 (5.ª edição), n.º 12.2.1.E.

⁽⁴³⁾ As exceções perentórias estão entre os fundamentos de improcedência a que se refere a alínea *a*).

⁽⁴⁴⁾ Remeto para a minha **Acção executiva**, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 182-183.

formação dum título executivo, não a de dar como assente um crédito. Quando muito, nos casos em que a notificação tenha sido pessoal (no sentido próprio do termo), poderia admitir-se alguma equiparação dos seus efeitos aos da revelia, isto é, a prova dos factos efetivamente alegados pelo requerente, cuja inadequação à constituição ou ao montante da dívida seria matéria de eventual oposição à execução. Ir mais longe, como foi a nova lei, raia a inconstitucionalidade⁽⁴⁵⁾.

No campo da articulação das funções do juiz com as do agente de execução, o projeto da comissão restabelecia o equilíbrio definido pelo DL 38/2003, mas aniquilado pelo DL 226/2008. Em geral, o juiz voltaria a ter o poder geral de controlo do processo e o poder de destituir, com justa causa, o agente de execução, deixando o exequente de poder fazê-lo (embora o pudesse propor, sempre com justa causa, ao tribunal). A proposta de lei, voltou, porém, atrás e a Assembleia aprovou: o agente de execução continuará a ter competência residual (art. 719.º-1); o juiz só é competente para as intervenções que a lei lhe consente (art. 723.º-1); o agente de execução pode ser substituído pelo exequente, já não livremente, mas mediante invocação do motivo da substituição (que a lei não exige sequer que seja fundado), ao passo que não o pode destituir o juiz, mas só o órgão com competência disciplinar (art. 720.º-4); o juiz pode aplicar multa ao agente de execução que perante ele suscite questões manifestamente injustificadas (art. 723.º-2)⁽⁴⁶⁾. O legisla-

(45) Esta equiparação da injunção a um processo jurisdicional é, a meu ver, inconstitucional, por violação do direito de defesa. A citação do devedor é, na injunção, como digo no texto, menos garantística do que na ação declarativa (compare-se, designadamente, o regime de citação na ação declarativa especial regulada no DL 269/98 com o do processo de injunção: arts. 1.º-2 e 1.º-A, por um lado; arts. 12.º e 12.º-A, por outro). O nosso processo de injunção não tem comparação com o processo de injunção italiano, francês ou alemão, em que intervém um juiz e é exigida ao requerente prova documental da obrigação. Qualquer fundamento de oposição devia ser admitido. Note-se, por fim, a discrepância com o regime dos arts. 774.º-4 (execução contra o devedor do executado) e 741.º-2 (execução contra o cônjuge do executado), em que é admitida, na execução, a invocação de qualquer fundamento de oposição, não obstante o título executivo formado mediante o silêncio do notificado.

(46) Não se compreende que ao agente de execução não seja facilitado largo acesso ao juiz para resolver qualquer dúvida que tenha. Se o requerimento do agente de execução puder envolver infração disciplinar, o juiz deverá participá-la ao órgão com competência

dor continua incapaz de conceber o agente de execução como uma extensão do tribunal, carecida de imparcialidade no exercício dos seus poderes de autoridade e sujeita ao controlo do juiz⁽⁴⁷⁾. A pressa em cobrar créditos não pode possibilitar atos que sejam ilegais ou imprudentes e o direito de reclamação do art. 723.º-1-c não é garantia suficiente (basta pensar no executado revel que tenha sido citado editalmente).

Em compensação, ao juiz voltam a ser atribuídos poderes decisórios que o DL 226/2008 lhe retirara, mas que nele deviam ter permanecido: é o caso dos arts. 715.º-3 (apreciação sobre a verificação da condição suspensiva ou a realização da prestação do credor ou de terceiro), 759.º (fracionamento do imóvel penhorado), 773.º-6 (autorização dos atos necessários à conservação do direito de crédito penhorado), 782.º-3 (designação de administrador do estabelecimento penhorado), 814.º-1 (venda antecipada dos bens penhorados), 936.º-1 e 872.º-1 (prestação de contas na execução para prestação de facto). De realçar é também o menor número de casos em que há dispensa do despacho liminar.

Opção correta, feita com vista na eficácia mas sem ofender os princípios, é a de conduzir a execução da sentença aos autos da ação declarativa, no que se segue a orientação que vigorou no direito espanhol até à Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 e que vigora atualmente no Brasil. A simultânea admissão da cumulação de pedidos executivos com fins diferentes, quando o título executivo é a mesma sentença (art. 710.º), é igualmente louvável, ressalvada porém a questão de saber se a mesma solução não seria de seguir nas execuções com processo ordinário fundadas em título

disciplinar. Além disso, o art. 417.º-2 permite ao juiz sancionar o agente de execução que não pratique um ato que legitimamente lhe tenha sido ordenado. Mas mais longe não se devia ir: no que se refere ao agente de execução, a norma do art. 723.º-2, tal como a do art. 809.º-3 ainda vigente, é inibitória da liberdade de acesso ao juiz que o agente de execução deve ter, pelo que a multa do preceito não devia poder tê-lo como destinatário.

⁽⁴⁷⁾ Para a crítica desta orientação, remeto para a minha **Ação executiva** cit., n.º 1(59), e para o meu estudo **Apreciação do projeto de reforma da reforma da ação executiva**, ROA, 2008, I, pp. 21 e ss, republicado nos meus **Estudos** cit., II, pp. 773 e ss, n.º 2. Quando muito, o poder de destituição do exequente só lhe devia ser atribuído com fundamento em violação injustificada dos prazos processuais, sem prejuízo dum poder geral de destituição atribuído ao juiz.

não judicial, com sujeição ao regime do art. 37.º-2 (autorização pelo juiz).

Já, a meu ver, não se compreende a manutenção da norma do art. 714.º-3.º, no que respeita à escolha pelo credor da prestação devida em alternativa, quando ela caiba a terceiro ou a uma pluralidade de devedores entre os quais não se forme maioria. Essa norma de devolução é desconforme com o regime substantivo, que atribui ao tribunal o poder supletivo de determinação da prestação (art. 400.º-2 CC), e pode romper, injustificadamente, o equilíbrio contratual das prestações. A solução menos se compreende ainda no processo ordinário, em cuja fase liminar o juiz intervém⁽⁴⁸⁾.

E incompreensível é também a conversão da penhora em hipoteca ou penhor, no caso de acordo para o pagamento em prestações com declaração do exequente de que não prescinde da penhora (art. 807.º-1). No Código de 1961 dizia-se, desde a revisão de 1995-1996 (à qual se deve a introdução da subsecção sobre o Pagamento a Prestações), que, na falta de estipulação em contrário, a penhora se mantinha até integral pagamento. Tal como no caso paralelo da consignação de rendimentos (que manteve o mesmo tratamento no art. 805.º), a conservação da penhora significava apenas a manutenção do efeito de assegurar a preferência do exequente⁽⁴⁹⁾. Esta redução do efeitos do ato fazia todo o sentido. O que não faz qualquer sentido é converter a penhora num direito real cujo regime geral de direito civil cria uma prevalência mais forte do que a da penhora (resistência à declaração de insolvência; constituição do titular, se se tratar de direito sujeito a registo, na qualidade de terceiro registal). Sendo assim, resta interpretar o segmento “beneficiando estas garantias da prioridade que a penhora tenha” como significando, não só a retroactividade à data da constituição da penhora, mas também a perda de prioridade nas mesmas condições em que a penhora a perderia. Mas, feita esta inter-

⁽⁴⁸⁾ Remeto para a minha **Ação executiva** cit., n.º 4.2.1, a pp. 89-90.

⁽⁴⁹⁾ Cessando os seus outros efeitos (posse do bem penhorado pelo tribunal e sujeição a ineficácia relativa dos atos dispositivos desse bem), pois só interessa manter o direito real de garantia, para o caso de ele voltar a ser necessário (cf. a minha **Ação executiva** cit., n.º 19.2).

pretação, há que concluir que, pesem embora os conceitos utilizados no preceito, o que se quis foi dizer o mesmo que se diz no art. 805.º sobre a consignação de rendimentos, também ela extintiva da execução (art. 805.º-1; cf. art. 806.º-2)⁽⁵⁰⁾, nada tendo mudado senão a forma — incorreta — de expressão do legislador.

Outras soluções com que não concordo:

- O art. 724.º-4-*a* continua a contentar-se com a cópia do título executivo, o que só é excetuado no caso do título de crédito (n.º 5). Ora, quando a lei exija documento para a validade do ato, não se percebe que a cópia possa ser suficiente⁽⁵¹⁾, pelo que seria preferível que o art. 724.º-5 também impusesse a remessa ao tribunal do original (ou de certidão ou pública-forma) do documento em caso de negócio formal.
- O art. 748.º-3 concede ao exequente o prazo de 10 dias para indicar bens penhoráveis, se o agente de execução não os descobrir e um executado colaborante não os indicar. Sendo a consequência a extinção automática da execução, só uma preocupação prevalecente com a estatística pode explicar o estabelecimento dum prazo que normalmente o exequente não estará em condições de observar, cortando rente a possibilidade de essa indicação vir ainda

⁽⁵⁰⁾ Na lei ainda vigente, feito, na ação executiva, o acordo do pagamento a prestações, a execução suspende-se (art. 882.º-1) e a penhora mantém-se até integral pagamento (art. 883.º-1). No novo diploma, em vez de suspensão, há extinção da instância (art. 806.º-2). Quanto à garantia do exequente, o projeto de proposta mantinha a manutenção da penhora até integral pagamento (art. 809.º-1), mas a proposta de lei quis converter a penhora automaticamente em hipoteca ou penhor. Esta solução, inspirada na ideia de que a penhora não pode subsistir depois de extinto o processo, reforçaria, se fosse literalmente entendida, os direitos dum (ex-credor comum, em detrimento dos restantes. Por outro lado, como se vê no texto, o CPC não é avesso à subsistência da penhora, reduzidos os seus efeitos ao de garantia do exequente, apesar da extinção da execução: é isso que acontece na consignação de rendimentos, em que ao legislador já não repugnou manter a penhora que incide sobre o bem que os produz (só se levantam as penhoras sobre outros bens e a prioridade da penhora mantém-se, apesar da extinção da execução).

⁽⁵¹⁾ Remeto para o meu estudo “**A desmaterialização do título executivo**, in **As recentes reformas na ação executiva e nos recursos**, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2011, pp. 11-17.

a ser feita no mesmo processo executivo, mas em prazo substancialmente mais alargado. Em meu entender, esse prazo não devia ser inferior a 90 dias.

Tenho ainda dúvidas sobre a vantagem em inserir no processo executivo o incidente de comunicabilidade da dívida ao cônjuge do executado que a impugne (arts. 741.º, n.ºs 3 e 4, e 742.º-2), em lugar de, como até aqui, se fazer prosseguir a execução como se a dívida fosse própria do executado. A prática dirá se este novo procedimento declarativo não irá atrasar muito significativamente o andamento das execuções fundadas em título diverso da sentença.

Decisões acertadas:

- No art. 780.º-1 houve, finalmente, a coragem de suprimir a exigência de despacho judicial para a penhora do saldo de depósito bancário.
- O art. 820.º concede ao exequente o direito de preferência na aquisição de bens, após a abertura das propostas em carta fechada e sem prejuízo de se seguir licitação com o proponente do maior preço.

Last but not least, o novo diploma acaba com a desordem que o DL 226/2008 introduziu nas normas respeitantes à ação executiva, que formalmente se apresentam agora bem ordenadas do ponto de vista sistemático e, de modo geral, muito mais claramente redigidas.

É, porém, a montante do processo executivo que é tomada a medida que há muito se impunha para diminuir as pendências executivas: o IVA passa a ser devido na data do pagamento e não na da emissão da fatura.

12. Outras alterações

Limito-me, por fim, a dar opinião sobre algumas das outras alterações propostas, nomeadamente pontos sobre os quais me pronunciei ao longo do processo legislativo.

O art. 62.º, relativo à competência internacional dos tribunais portugueses, assumiu na proposta de lei, coincidente com o projeto da comissão, a redação que lhe fora dada pela Lei 52/2008, de 28 de agosto, e que apenas se aplicava a alguns tribunais-piloto. Eram nele suprimidos os fatores de atribuição da competência internacional correspondentes ao princípio do domicílio e ao princípio da causalidade. A Assembleia manteve a primeira supressão, mas eliminou a segunda. Esta era a mais grave: o princípio da causalidade atende à presumível maior proximidade dos meios de prova e nada justificava a sua supressão, atendendo, nomeadamente, a que, por um lado, o art. 71.º (competência para o cumprimento da obrigação), ao arremio do direito anterior à Lei 14/2006, de 26 de abril, e da norma do art. 7.º-*a* do Regulamento (CE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 (neste ponto só aplicável no âmbito de relações criadas no espaço europeu), só excepcionalmente considera fator atributivo de competência o local do cumprimento da obrigação⁽⁵²⁾ e, por outro, que o art. 980.º-*c* continua a acolher com extrema generosidade as sentenças estrangeiras no território nacional. Quanto ao fator do domicílio, não deixa de ter aplicação em território português, em virtude da sua consagração no art. 4.º-1 do Regulamento n.º 1215/2012; mas tal não obstava a que se mantivesse igualmente, como disposição interna, no art. 62.º, a exemplo do que se faz nas *als. a) a c)* do art. 63.º, que reproduzem os n.ºs 1 a 3 do art. 24.º do mesmo regulamento comunitário.

O art. 144.º-1 dá um novo e importante passo no sentido da informatização dos processos: salvo quando não haja patrocínio judiciário (art. 144.º-7) ou se verifique justo impedimento (art. 144.º-8), os atos das partes são obrigatoriamente praticados por via eletrónica.

⁽⁵²⁾ O cidadão português que contratasse em Portugal com o cidadão dum país terceiro, não residente em Portugal ou outro país da União Europeia, teria de demandar este fora do país, ainda que as obrigações contraídas devessem ser cumpridas em Portugal, o que é completamente absurdo. Mais: se o cidadão estrangeiro propusesse a ação de cumprimento em Portugal, onde o português reside, este não poderia reconvir porque a tal obstaria o art. 93-1 (incompetência internacional para a reconvenção).

Para o art. 154.º-2, foi proposta pela comissão (art. 158.º-2), redação que passaria a permitir a fundamentação das decisões por simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, “em casos de manifesta simplicidade”. No direito ainda vigente, o art. 784.º admite que, não havendo contestação no processo sumário, o juiz, se condenar no pedido, se limite a aderir aos fundamentos alegados pelo autor na petição inicial, enquanto o art. 484.º-3 se contenta com uma fundamentação sumária nas ações com processo ordinário não contestadas; mas, havendo contestação, a exigência duma fundamentação — digamos — normal mantém-se (art. 158.º-2). A norma do projeto da comissão era perigosa: um conceito indeterminado abria a porta à violação do art. 205.º-1 da Constituição da República, que desde 1997 apenas deixa à lei ordinária a opção pela forma da fundamentação, mas não a liberdade de a excluir. A proposta de lei limitou-se a acrescentar que a adesão aos fundamentos alegados seria *também* possível quando a contraparte não tivesse apresentado oposição ao pedido. A redação finalmente adotada pela Assembleia da República limita a fundamentação por adesão aos despachos interlocutórios, quando não tenha havido oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade.

A citação a cargo do agente de execução passa a poder ser feita por empregado credenciado pela entidade competente (art. 231.º-6). Não foi dado passo semelhante — e bem — no campo das diligências executivas propriamente ditas, isto é, das apreensões, vendas e pagamentos (art. 720.º-6).

Frustrando-se a tentativa de conciliação, ficam registadas em ata as soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos das partes para as recusar (art. 594.º-4). É uma norma inaceitável. Já mal se compreendia que as partes devessem consignar em ata os fundamentos da persistência da sua posição litigiosa (atual art. 509.º-4). Mas menos se compreende que a solução sugerida pelo juiz fique registada no processo, o que pode comprometer psicologicamente a sua liberdade de apreciação final.

Radical foi, desta vez, o legislador quanto ao adiamento da audiência final: a menos que a marcação tenha tido lugar sem que o juiz tenha providenciado pela obtenção de acordo prévio, que ocorra

justo impedimento ou que haja impedimento do tribunal⁽⁵³⁾, a audiência realiza-se sempre (art. 603.º-1); nem do acordo de suspensão da instância pode resultar adiamento (art. 272.º-4). A medida impunha-se, no quadro de exigências do novo diploma. O futuro dirá se juiz e partes estarão à altura de compreender que o agendamento prévio dos atos da audiência final tem de ser respeitado, sem prejuízo da maleabilidade interpretativa que o princípio fundamental da proporcionalidade impõe, à luz do bom senso e duma real cooperação.

⁽⁵³⁾ Neste caso, o juiz fará consignar no processo o respetivo fundamento (art. 603.º-2).

