

## **Parecer da Ordem dos Advogados de 5 de Janeiro de 2013**

### **I. Considerações prévias**

A proposta de lei n.º 113/XII que visa aprovar o Código de Processo Civil foi antecedida de duas versões que o Ministério da Justiça remeteu à Ordem dos Advogados, para análise e apreciação.

**A primeira versão**, que não visava a aprovação de um “*Novo Código de Processo Civil*”, constitui a proposta para reforma do Código de Processo Civil apresentada, em Dezembro de 2011, pela Comissão de Revisão, sobre a qual a Ordem dos Advogados emitiu o respectivo parecer, em 27 de Março de 2012, que pode ser consultado, no sítio da internet da OA, em <[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=117212](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=117212)>.

Esta proposta apresentada, pela Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, não obstante as muitas discordâncias que suscitou à Ordem dos Advogados, não tinha, no entanto, a pretensão de, através das alterações que preconizava, ter produzido e conseguido um NOVO Código de Processo Civil.

**A segunda versão**, embora assente na proposta da Comissão de Revisão, foi produzida à margem desta Comissão e consistiu, no essencial, na reordenação sistemática de algumas matérias do Código do 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*”, e submetida a audição, no início de Outubro de 2012.

A Ordem dos Advogados pronunciou-se, em 18 de Outubro de 2012, sobre esse “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*” e o respectivo parecer, conjuntamente com os de outras entidades que também foram ouvidas sobre a matéria, acompanhou a proposta de lei n.º 113/XII que o Governo apresentou à Assembleia da República, em 30-11-2012, estando disponível, para consulta, no sítio da internet do Parlamento, referente à presente iniciativa legislativa, e no sítio da internet da OA, em <[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=121081](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=121081)>.

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

Além disso, suprimiu, no processo de declaração, a forma sumária, passando a existir uma única forma de processo comum — cf. art. 549.º — e o processo de inventário e de partilha também é retirado do código, cometendo a respectiva direcção e tramitação, através da proposta n.º 105/XII, aos notários, conforme projecto que antecedeu essa proposta e sobre o qual a Ordem dos Advogados também já teve a oportunidade de emitir o respectivo parecer negativo.

São ainda suprimidos, no projecto de *Novo Código do Processo Civil*, os processos especiais de expurgação de hipotecas e da extinção de privilégios, da venda antecipada de penhor, da prestação de contas e de divisão de coisa comum, não se alcançando qual a razão ou razões que poderão ter servido de fundamento à supressão destes dois últimos processos especiais, dado que os mesmos comportam especificidades que justificam a manutenção da sua regulação, como processos especiais.

## II. As inovações da proposta de lei n.º 113/XII em relação às duas versões que a precederam

A proposta de lei n.º 113/XII que visa aprovar o Código de Processo Civil abandonou a solução da perda da eficácia da prova que constava do “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*”, 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 — 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 ação, das partes e do Tribunal**), Título I (**Das disposições e dos princípios fundamentais**) — cf. arts. 6.º e 7.º —, são reposicionados agora, **o do inquisitório**, na instrução do processo — cf. art. 411.º da proposta de lei 113/XII — a qual, do ponto de vista sistemático, está inserida, no CPC em vigor, como uma das fases do processo de declaração, e que, a partir do projecto de “*Novo Código do Processo Civil*”, passou a ser regulada no livro imediatamente anterior, mais precisamente no Título V do Livro II, relativo ao Processo em Geral, e **o da adequação formal**, nas disposições sobre as formas de processo que integram o Título VII (Das formas de processo) do referido Livro II — cf. art. 547.º da proposta de lei n.º 113/XII.

Por outro lado, e manda a verdade dizê-lo, 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 cotejo 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 pro-

posta de revisão, como também abandonou a irrecurribilidade dos despachos sobre a adequação formal — cf. art. 547.º da proposta de lei n.º 113/XII em cotejo com o n.º 2 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.

Como também deixou de dar tanta ênfase à audiência preliminar que se proclamava ser uma das bandeiras da reforma e que, a partir do “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*”, passou a ser designada como audiência prévia, não obstante continuar a adoptar a regra geral da sua realização obrigatória, como resultada do disposto nos arts 591.º, 592.º e 593.º da proposta de lei n.º 113/XII.

E, embora mantenha a supressão da forma sumária, no processo de declaração, a 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 Relação — cf. art. 597.º, nas quais, de acordo com o disposto no n.º 4 do art. 584.º, também não há lugar a réplica e, consequentemente, a tréplica, “*salvo quando o réu deduza reconvenção ou a ação seja de simples apreciação negativa*”.

Ou seja, o Ministério da Justiça que, logo de início, se apresentou tão seguro e veemente na proclamação das virtualidades das soluções preconizadas para a reforma do processo civil, foi seguindo um caminho errático, ora apresentando novas soluções que não constavam do projecto da Comissão de Reforma, como sucedeu com o projecto de um “*Novo Código do Processo Civil*” no qual, para além de alterações sistemáticas e de nova renumeração do CPC actual, 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, deixar cair a perda da eficácia da prova e repôr, e bem, esses dois processos especiais, ora introduzindo 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, única e exclusivamente, por via electrónica.

Isto demonstra, salvo o devido respeito e melhor opinião, ligeireza e falta de ponderação sobre as soluções que se preconizam.

Dão-se, por isso, aqui por reproduzidos os pareceres que a Ordem dos Advogados emitiu, respectivamente, em 27 de Março de 2012, sobre a proposta de revisão do Código de Processo Civil e, em 18 de Outubro de 2012, sobre o “*Projecto de Novo Código do Processo Civil*”.

Não obstante, afigura-se pertinente retomar algumas das questões já abordadas nos anteriores pareceres da Ordem dos Advogados, a fim de, em sede do processo legislativo parlamentar e à luz do novo articulado da proposta de lei n.º 113/XII, permitir a sua cabal apreciação e ponderação, pela Assembleia da República, sendo todos os artigos que se passarão a indicar da proposta de lei, salvo menção em contrário.

### III. Os poderes do juiz no *velho* e no *novo* Código de Processo Civil

Apesar de a reforma pretender banir do processo civil os quadros de pensamento produzidos e concretizados, por José Alberto dos Reis, afigura-se que não se conseguiu libertar da sombra tutelar do finado professor, pois as soluções que propõe filiam-se ainda numa ideia de dirigismo autoritário do processo civil, agora já não através de normas da lei processual que regulamentavam tal dirigismo, como o preconizava o velho mestre, **mas sim através de decisões casuísticas e *ad hoc* do juiz.**

Na verdade, ao juiz do processo civil são conferidos poderes inquisitórios

- para investigar livremente factos instrumentais ou que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado — cf. art. 411.º por referência ao disposto nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 2 do art. 5.º;

- para, dando o dito por não dito, voltar a reabrir a audiência de julgamento, depois de a mesma ter sido encerrada, como resulta da inovação só agora introduzida, pela proposta de lei, cujo n.º 1 do art. 607.º permite ao juiz, 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”**;
- ou ainda para se impôr à Relação, como resulta do disposto na alínea b) do n.º 2 do art. 662.º da proposta de lei, 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 art. 662.º da proposta de lei, **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.

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.

E, quer se queira, quer não, é esta visão de juiz dirigista e inquisitório que continua a pairar nas opções e nas soluções preconizadas, pela proposta de lei, e da qual os respectivos mentores não se conseguiram libertar, apesar das proclamações de morte ao pai fundador do actual CPC, pois as soluções que conseguiram pensar e adoptar têm sempre como ponto de partida e de inspiração a reacção e a subversão das soluções criadas e implementadas, pelo mestre de Coimbra.

Isto é, querendo libertar-se da sombra tutelar do mestre fundador, não conseguem engendrar uma nova *forma* de pensar o processo civil, apesar de insistentemente repetirem que a alcançaram, e, à míngua de tal, querem produzir um *Novo Código do Processo Civil*, reescrevendo o original do velho mestre que alteram e desfiguram, dado que as soluções que propõem têm como única fonte e o propósito inspirador de depôr e destronar as antigas soluções, as quais, sendo questionáveis nos tempos actuais, pois foram fruto de um pensamento político, social e jurídico da época, apresentavam, no entanto, coerência e operatividade que o bisturi dos reformadores actuais não consegue repôr e alcançar, nas alterações que preconizam.

Veja-se, a este propósito, a solução preconizada no n.º 3 do art. 594.º da proposta de lei n.º 113/XII, no qual se determina, sem qualquer pudor ou timidez pela inevitável maculação com que se fere a posição de imparcialidade e de *terzietà* do juiz, que este ***deve empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio***, precrevendo-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* (sublinhados nossos).

É caso para dizer que um juiz que assim proceder ficará ferido de suspeição para intervir na apreciação e decisão dos termos subsequentes da causa, pois se o mesmo se teve de empenhar activamente, na obtenção de soluções de equidade para o litígio, o mesmo não se encontra nas devidas condições de imparcialidade para, subsequentemente, apreciar e julgar a causa, segundo o direito que lhe fôr aplicável.

Esta solução, que não constava da proposta de revisão do CPC apresentada, pela Comissão, passou a constar do art. 595.º do projecto de “*Novo Código de Processo Civil*” e foi mantida na presente proposta de lei, demonstrando bem qual o entendimento que os respectivos mentores têm sobre o papel do juiz na resolução dos litígios cíveis.

Por outro lado, a tantas vezes repetida divisa da reforma que proclama, como seu intento primordial, **o primado da substância**

**sobre a forma**, mais não é do que uma falácia, pois aquilo que se considera ser soluções de primado da substância sobre a forma são soluções em que a forma continua presente, como não podia deixar, pois forma e substância são dois elementos essenciais e incidíveis de toda e qualquer realidade, dado que não existe substância sem forma e não há forma sem substância.

Porém, aquilo que se considera primado da substância sobre a forma não é senão o primado de soluções, cuja forma é criada e ditada, pela decisão casuística e discricionária do juiz, substituindo-se a regulação legal dos aspectos formais por uma regulação casuística e criada *ad hoc*, por decisão discricionária do próprio juiz.

Ou seja, à forma e formalidades legalmente previstas e reguladas substitui-se a forma e formalidades que o juiz entenda criar ou substituir.

O que se pretende é substituir esses formalismos que estavam antecipadamente previstos e regulados, **na** e **pela** lei, por outros formalismos não cognoscíveis, prévia e antecipadamente, pois só serão conhecidos das partes e dos respectivos mandatários, quando o juiz os decidir e decretar, no processo.

Portanto, a proclamada divisa do primado da substância sobre a forma é, na realidade, um disfarce que se destina a ampliar o poder discricionário de o juiz criar e ditar, no processo, as formalidades processuais que bem entender.

A ideia fundamental que preside à reforma do processo civil não é assim mais do que uma “vulgata” do pensamento que encara o juiz, como uma espécie de entidade iluminada e infalível que sabe sempre tudo o que mais convém e é o melhor e o mais adequado para a resolução das disputas e dos litígios que lhe sejam submetidos, pelos seus concidadãos.

O art. 4.º do intróito da proposta de lei, onde se estabelecem as normas sobre a aprovação do Código, sobre a data da sua entrada em vigor e sobre a sua aplicação às acções pendentes, ilustra bem a ideia de como o legislador encara o juiz como um bom mestre de escola que, dotado de superior sabedoria, corrige e supre os erros e as inabilidades dos cidadãos, no âmbito dos litígios que lhe são submetidos a julgamento e decisão.

O teor do referido art. 4.º fala por si e é o seguinte:

*Artigo 4.º*

*Intervenção oficiosa do juiz*

*No decurso do primeiro ano subsequente à entrada em vigor da presente lei:*

*a) O juiz corrige ou convida a parte a corrigir o erro sobre o regime legal aplicável por força da aplicação das normas transitórias previstas na presente lei;*

*b) Quando da leitura dos articulados, requerimentos ou demais peças processuais resulte que a parte age em erro sobre o conteúdo do regime processual aplicável, podendo vir a praticar ato não admissível ou omitir ato que seja devido, deve o juiz, quando aquela prática ou omissão ainda sejam evitáveis, promover a superação do equívoco.*

Sob o pretexto da invocação do juiz das liberdades, o legislador coloca este último, ora na posição juiz tutor e orientador para corrigir e suprir os erros e inabilidades das partes e dos respectivos mandatários, ora na posição de juiz inquisitorial, para lhe atribuir a missão de investigar livremente, leia-se arbitrária e discricionariamente, a chamada verdade material, como se a função do juiz fosse a de orientar as partes ou a de investigar e não apenas a de julgar com serenidade e imparcialidade os feitos e factos que lhe são submetidos a julgamento, deixando a pairar a ideia de que o paradigma de “juiz das liberdades” que o legislador cultiva é o de juiz mestre de escola e de Inquisição.

#### **IV. Matérias da proposta de lei que suscitam reserva e discordância da Ordem dos Advogados**

##### **1. Os *factos essenciais* que às partes cabe alegar e a *controvérsia doutrinal* sobre o respectivo conceito**

O n.º 1 do art. 5.º estabelece que “*Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que*

*se baseiam as excepções invocadas.*”, devendo o autor, na petição inicial, expôr os factos essenciais que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de fundamento à acção — cf. alínea *d*) do n.º 1 do art. 552.º, e o réu, na contestação, expôr as razões de facto e de direito por que se opõe à pretensão do autor e os factos essenciais em que se baseiam as excepções que deduzir — cf. alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 572.º.

À luz do princípio do dispositivo, é pouco acertada e propiciadora de confusões a utilização do conceito de facto essencial, como objeto da alegação e da prova.

É que a doutrina não utiliza sempre esse conceito no mesmo sentido.

Facto essencial é, para alguns, entre os quais o Prof. Lebre de Freitas, todo o facto que, integrando a fatispécie normativa produtora do efeito pretendido (pelo autor, ao deduzir o pedido; pelo réu, ao deduzir uma excepção), é indispensável à produção desse efeito.

Mas, para outros, entre os quais o Prof. Teixeira de Sousa, é apenas, entre os factos integradores duma fatispécie, aquele que permite a sua individualização.

**Na primeira acepção**, refere-se-lhe quer o n.º 1, quer o n.º 3 do art. 264.º do actual Código de Processo Civil (doravante designado como CPC), sendo que qualquer facto essencial não inicialmente alegado pode sê-lo posteriormente, nos termos desse n.º 3 (ou do art. 508.º, n.º 3 do CPC), 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, n.º 2, alínea *a*) do CPC).

**Na segunda acepção**, 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, alínea *a*) do Código Civil), a sua qualidade de proprietário, comproprietário ou usufrutuário há mais de 2 anos (art. 1102.º, n.º 1, alínea *a*) do Código Civil) e a falta de casa própria ou arrendada há mais de um ano (art. 1102.º,

n.º 1, alínea *b*) do Código Civil): **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. 498.º, n.º 4 do actual CPC), todos esses factos devem ser alegados, sem prejuízo de, na falta de algum deles, ser possível o recurso ao mecanismo do art. 264.º, n.º 3 ou ao do art. 508.º, n.º 3, também do actual CPC.

Além disso, não só a essencialidade de muitos factos é discutível e o entendimento diferente sobre a questão conduz a resultados relevantes, como muitas vezes a alegação de factos instrumentais que são os que permitem chegar à prova dos factos principais ou essenciais se revela necessária para o enquadramento e compreensão dos factos essenciais.

Os factos instrumentais ou os de contextualização não são, por isso, simplesmente inúteis, pois há utilidade em incluí-los nos articulados, designadamente para ficar certo e incontroverso que a parte também os pretende provar e que, através da prova dos mesmos, pretende demonstrar e provar factos principais.

Por causa dessa utilização ambígua do termo “essencial”, será preferível e aconselhável substituir a expressão “*factos essenciais*” por “**factos principais**”, pois assim o legislador terá tido a prudência de não tomar partido por uma ou outra das posições doutrinárias acima referidas.

Cumprе assinalar ainda que a exigência, hoje feita no art. 264.º, n.º 3 do actual CPC, de que a parte interessada (aquela que não alegou o facto principal, embora devesse tê-lo feito) manifeste vontade de se aproveitar do facto que resulte da instrução da causa (alegando-o tardiamente) se deve manter, em nome do princípio do dispositivo: a mera possibilidade de pronúncia prevista na parte final da alínea *b*) do n.º 2 do art. 5.º da proposta de lei não satisfaz o ónus da alegação, satisfazendo apenas, no que à contraparte respeita, o princípio do contraditório.

**2. 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, também pela via electrónica**

O art. 144.º da proposta de lei tem a seguinte redacção:

*Artigo 144.º*

*Apresentação a juízo dos atos processuais*

*1 — Os atos processuais que devam ser praticados por escrito pelas partes são apresentados a juízo por transmissão eletrónica de dados, nos termos definidos na portaria prevista no n.º 1 do art. 132.º, valendo como data da prática do ato processual a da respetiva expedição.*

*2 — A parte que pratique o ato processual nos termos do número anterior deve apresentar por transmissão eletrónica de dados a peça processual e os documentos que a devam acompanhar, ficando dispensada de remeter os respetivos originais.*

*3 — A apresentação por transmissão eletrónica de dados dos documentos previstos no número anterior não tem lugar, designadamente, quando o seu formato ou a dimensão dos ficheiros a enviar não o permitir, nos termos definidos na portaria prevista no n.º 1 do art. 132.º.*

*4 — Os documentos apresentados nos termos previstos no n.º 2 têm a força probatória dos originais, nos termos definidos para as certidões.*

*5 — O disposto no n.º 2 não prejudica o dever de exibição das peças processuais em suporte de papel e dos originais dos documentos juntos pelas partes por meio de transmissão eletrónica de dados, sempre que o juiz o determine, nos termos da lei de processo.*

*6 — Quando seja necessário duplicado ou cópia de qualquer peça processual ou documento apresentado por transmissão eletrónica de dados, a secretaria extrai exemplares dos mesmos, designadamente para efeitos de citação ou notificação das partes, exceto nos casos em que estas se possam efetuar por meios eletrónicos, nos termos definidos na lei e na portaria prevista no n.º 1 do art. 132.º.*

*7 — Sempre que se trate de causa que não importe a constituição de mandatário, e a parte não esteja patrocinada, os atos processuais referidos no n.º 1 também podem ser apresentados a juízo por uma das seguintes formas:*

- a) Entrega na secretaria judicial, valendo como data da prática do ato processual a da respetiva entrega;*

- b) *Remessa pelo correio, sob registo, valendo como data da prática do ato processual a da efetivação do respetivo registo postal;*
- c) *Envio através de telecópia, valendo como data da prática do ato processual a da expedição.*

E a redacção do art. 248.º da proposta de lei é a seguinte:

*Artigo 248.º*  
*Formalidades*

*Os mandatários são notificados nos termos definidos na portaria prevista no n.º 1 do artigo 132.º, devendo o sistema informático certificar a data da elaboração da notificação, presumindo-se esta feita no terceiro dia posterior ao da elaboração, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja.*

Resulta do art. 144.º que os mandatários judiciais apenas podem praticar actos processuais, através da plataforma electrónica do sistema Citius, e do art. 248.º que todos os actos processuais lhes devem ser notificados, pela secretaria do tribunal, através da referida plataforma.

Além disso, o art. 255.º também vem impôr que as notificações entre mandatários judiciais só possam ser realizadas, através da plataforma electrónica do sistema Citius.

Estas inovações não constavam de qualquer das versões que o Ministério da Justiça submeteu à audição da Ordem dos Advogados e significam uma imposição arbitrária e forçada de utilização da plataforma electrónica do sistema Citius, em relação aos muitos advogados 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.

Sendo de notar que o art. 249.º, ao prescrever que **as partes que não constituíram mandatário** são notificadas “*no local da*

*sua residência ou sede ou no domicílio escolhido para o efeito de as receber, nos termos estabelecidos para as notificações aos mandatários*” (sublinhado nosso), nem sequer se deu conta que, no anterior art. 248.º, se adoptou a obrigatoriedade de os mandatários serem notificados, pela via electrónica do sistema Cítius.

Deverá manter-se, por isso, a possibilidade de os mandatários judiciais praticarem os actos processuais, através da entrega ou do envio das peças processuais em papel e bem assim de as notificações dos actos processuais lhes poderem ser feitas, através de registo postal, e de os mesmos se poderem notificar entre si, por todos os meios actualmente previstos no CPC para a prática dos actos processuais.

### **3. A limitação do direito de recurso em relação a despachos que decidam sobre a arguição de nulidades de actos processuais**

O n.º 1 do art. 195.º estabelece que *“Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, a prática de um ato que a lei não admita, bem como a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produzem nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa.”* prescrevendo o n.º 4 do mesmo artigo que *“Não é admissível recurso das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1, salvo se estas contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.”*

Salvo melhor opinião, não se justifica 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.

O conceito da susceptibilidade de influenciar o exame ou a decisão da causa, previsto no n.º 1 do art. 195.º, é suficiente, tendo em conta que a impugnação daquela decisão não é normalmente

autônoma — cf. n.º 3 do art. 644.º — e que o cerceamento do direito de a impugnar pode conduzir a uma decisão final desfavorável.

#### **4. Alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo**

Na falta de acordo, os n.ºs 1 e 2 do art. 265.º só permitem a alteração ou a ampliação, respectivamente, da causa de pedir e do pedido, na réplica, **desde que o processo a admita e o valor da causa exceda metade da alçada da Relação.**

Esta alteração está relacionada com o n.º 4 do art. 584.º, no qual se estabelece que *“Não há lugar a réplica nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, salvo quando o réu deduza reconvenção ou a ação seja de simples apreciação negativa.”*

Não se percebe por que é se exclui a réplica nas acções *de valor não superior a metade da alçada da Relação* e, como consequência dessa exclusão, se impede também, na falta de acordo, a alteração ou ampliação da causa de pedir e do pedido.

#### **5. Limitação do poder dispositivo das partes suspenderem a instância, por acordo**

De acordo com o disposto no n.º 4 do art. 272.º *“4 — As partes podem acordar na suspensão da instância por períodos que, na sua totalidade, não excedam três meses, desde que dela não resulte o adiamento da audiência final.”*

Quando existe acordo das partes para suspender a instância é do interesse de ambas que tal aconteça e é sabido que, muitas vezes, esta suspensão permite alcançar um acordo que põe termo ao processo.

E esse acordo muitas vezes só é possível pela pressão resultante da realização do julgamento que as partes querem evitar.

Compreende-se que a suspensão da instância seja limitada.

Mas já não se alcança — por se tratar de um processo de partes — qual o fundamento para impedir a suspensão da instância, por acordo, ainda que já tenha sido designada a data da audiência final ou a sua realização ou continuação possa ficar suspensa, por as partes decidirem suspender a instância, por acordo.

Não se concorda, por isso, com a referida alteração.

## **6. A inversão do contencioso nos procedimentos cautelares**

A proposta rompe com o princípio da estrita instrumentalidade do procedimento cautelar, mediante a admissão da “*inversão do contencioso*” que 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 decreta 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.*

Afigura-se, porém, que a inversão do contencioso deve ser afastada e restringida em duas situações, sob pena de se violarem as regras de um processo justo e leal.

**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 presumível direito que se pretendeu acautelar.

E nem se diga que, no procedimento sem contraditório prévio do requerido, este sempre poderá opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação que venha 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 para também decretar 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 produzidas, vir a provar factos que abalem ou infirmem a tal anterior convicção segura do juiz.

Não se afigura, por isso, compatível com um processo justo e leal que nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido se possa admitir e consagrar a referida solução de inversão do contencioso.

**A segunda situação** que também contraria um processo justo e leal 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, 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.

Assim, a inversão do contencioso deverá ser afastada e excluída:

- nas providências cautelares decretadas sem a audiência prévia do requerido;
- e só deverá ser admitida nas providências cautelares sujeitas a audiência prévia do requerido, se o requerente da providência requerer tal inversão, no respectivo requerimento inicial e não em qualquer outro momento posterior.

No entanto, deverão ser feitas ainda três observações.

Em primeiro lugar, a inversão do contencioso, onerando o requerido com o ónus da propositura da acção, não implica qualquer inversão das regras de distribuição do ónus da prova. Estas regras são de direito substantivo, não estando dependentes da posição processual das partes no processo. A acção de impugnação da existência do direito acautelado — cf. n.º 1 do art. 371.º — é uma acção de apreciação negativa, aplicando-se o art. 343.º n.º 1 do Código Civil: ao réu na acção e 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 acção principal, como decorre do disposto no n.º 4 do art. 364.º, no qual se estabelece que *“Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal.”*

Nunca é demais dizê-lo, sabido que alguma jurisprudência é, erradamente, no sentido de considerar que as regras de distribuição do ónus da prova se encontram invertidas na oposição à execução.

Em segundo lugar, não se afigura compatível com os princípios da urgência e da instrumentalidade dos procedimentos cautelares que o prazo de 30 dias para a propositura da acção de que o procedimento depende, sob pena de o procedimento cautelar se extinguir e a providência cautelar caducar, **sejam contados da data em que tiver sido notificado ao requerente o trânsito em julgado da decisão que tiver decretado a providência**, como se estabelece na alínea a) do n.º 1 do art. 373.º.

Esta previsão é incompreensível e pode conduzir a que a acção principal só venha a ser proposta largos meses, se não mesmo, anos depois da notificação da decisão que decretou a providência, bastando para tal que tenha sido interposto recurso da decisão que decretou a providência e que esse recurso só venha a ser decidido, com trânsito em julgado, passados vários meses ou anos.

Quando tanto se proclamou o propósito de acabar com os expedientes dilatórios das partes, não se percebe como é que o próprio Ministério da Justiça os vem consagrar, na proposta de lei da sua iniciativa e responsabilidade.

Em terceiro lugar, de acordo com o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do art. 382.º, o prazo de 30 dias, para a sociedade requerida propôr a acção principal relativa a procedimento de suspensão de deliberação social em que foi decretada a inversão do contencioso, conta-se a partir da *notificação da decisão judicial que haja suspenso a deliberação*, o que está certo, ou, nos termos da alínea *b*) do mesmo n.º 1 do art. 382.º, *a partir do registo, quando obrigatório, da decisão judicial*, o que se afigura errado: a sociedade pode não ter conhecimento do registo 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 acção de nulidade ou anulação de deliberação social — cf. n.º 2 do art. 382.º.

Por isso, só a *notificação da decisão judicial que haja suspenso a deliberação* deve constituir o *terminus a quo* do prazo para a impugnação.

## **7. A prova por declarações de parte**

O art. 466.º estabelece que

*1 — As partes podem requerer, até ao início das alegações orais em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que*

*tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento directo.*

2 — *Às declarações das partes aplica-se o disposto no art. 417.º e ainda, com as necessárias adaptações, o estabelecido na secção anterior.*

3 — *O tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se as mesmas constituírem confissão.*

Este artigo faculta à parte requerer, até ao início dos debates em 1.<sup>a</sup> instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenha intervindo pessoalmente ou de que tenha conhecimento directo.

Trata-se de um meio de prova em que a parte se assume como testemunha de si própria e de cuja produção se pode vir a ter apenas conhecimento no decorrer da audiência.

Se a outra parte estiver presente, poderá igualmente usar dessa faculdade. Mas, não estando — e pode não estar, precisamente por não contar com o requerimento da parte contrária —, deveria ser-lhe dado conhecimento da pretensão da outra parte, a fim de, ela também, se oferecer, se quiser, para prestar declarações.

Não se diga em contrário que lhe bastará assistir ao julgamento para que tal se torne viável: 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.

Esta inovação pode, por isso, conduzir a uma desigualdade das partes, quanto à utilização deste meio de prova.

E, salvo melhor opinião, o mesmo também não se justifica, face à possibilidade de o juiz, *em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência* — cf. n.º 2 do art. 7.º — e de, *em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos sobre factos que interessem à decisão da causa* — cf. n.º 1 do art. 452.º.

## **8. A obrigatoriedade de indicar os meios de prova, nos articulados, e a redução do número de testemunhas**

O art. 511.º estabelece que

### *Artigo 511.º*

#### *Limite do número de testemunhas*

*1 — Os autores não podem oferecer mais de 10 testemunhas, para prova dos fundamentos da ação; igual limitação se aplica aos réus que apresentem uma única contestação; nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância, o limite do número de testemunhas é reduzido para metade.*

*2 — No caso de reconvenção, cada uma das partes pode oferecer também até 10 testemunhas, para prova dela e da respetiva defesa.*

*3 — Consideram-se não escritos os nomes das testemunhas que no rol ultrapassem o número legal.*

*4 — Atendendo à natureza e extensão dos temas da prova, pode o juiz, por decisão irrecorrível, admitir a inquirição de testemunhas para além do limite previsto no n.º 1.*

Por seu turno, o n.º 2 do art. 552.º determina que “*No final da petição, o autor deve apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; caso o réu conteste, o autor é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, podendo fazê-lo na réplica, caso haja lugar a esta, ou no prazo de 10 dias a contar da notificação da contestação.*”

E a alínea d) do n.º 1 do art. 572.º estabelece que o réu na contestação deve “*Apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; tendo havido reconvenção, caso o autor replique, o réu é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, podendo fazê-lo na tréplica, caso haja lugar a esta, ou no prazo de 10 dias a contar da notificação da réplica.*”

Sendo desejável que os meios de prova possam ser logo indicados na fase dos articulados, não se descortina por que motivo não poderão as partes requerer e apresentar meios de prova, após a fixação dos “temas de prova”.

Com efeito, dado que a definição do objecto do litígio e das questões essenciais de facto só tem lugar, na fase de saneamento, ou seja, posteriormente aos articulados, só então se podem apurar as necessidades de carácter probatório a que urge atender.

Acresce que também só nessa altura se poderá aferir que matéria poderá ficar sujeita a contraprova.

Nos casos de inquirição de testemunhas, por via do Regulamento CE 1206/2001 ou mediante rogatória, quais os “temas de prova” que a parte que oferece as testemunhas deverá indicar, no respectivo articulado, para efeitos de inquirição por qualquer daqueles modos ?

A questão não se resolve por via do preceito que permite substituir ou alterar as testemunhas inicialmente arroladas, porquanto, relativamente a estas, sempre terá a parte que assim requer o dever de as apresentar.

Além disso, não é, seguramente, o actual prazo de 15 dias de que as partes dispõem para apresentar o requerimento probatório, o responsável pela falta de celeridade no andamento do processo.

Considera-se, por isso, que o momento para a apresentação do requerimento probatório se deverá manter nos termos e condições em vigor, pois só assim se acautelarão situações que podem redundar em restrições e limitações injustificadas ao direito de prova das partes.

Por outro lado, a redução para 10 do número de testemunhas e para 5, *nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância*, constitui uma limitação para a qual também não é apresentada qualquer motivação, sendo certo que a complexidade de algumas causas de pedir e diversidade de questões (essenciais) delas emergentes não será compatível com a limitação a 10 testemunhas.

## 9. Despacho de “gestão inicial do processo”

O art. 590.º, sobre a epígrafe “Gestão inicial do processo”, estabelece que

*1 — Até à realização da audiência prévia, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a:*

- a) Indeferir a petição, quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente, aplicando-se o disposto no art. 560.º;*
- b) Providenciar pelo suprimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do art. 6.º;*
- c) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes;*
- d) Determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador.*

*2 — O juiz convida as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa.*

*3 — Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.*

*4 — Os factos objeto de esclarecimento, aditamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova.*

*5 — As alterações à matéria de facto alegada, previstas nos n.ºs 3 e 4, devem conformar-se com os limites estabelecidos no art. 265.º, se forem introduzidas pelo autor, e nos arts. 573.º e 574.º, quando o sejam pelo réu.*

*6 — Não cabe recurso do despacho de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados.*

Este art. 590.º da proposta de lei n.º 113/XII corresponde ao art. 591.º do projecto de “Novo Código de Processo Civil” que tinha por epígrafe “Despacho pré-saneador” e contém a inovação de, na alínea a) do respectivo n.º 1, se prevenir, expressamente, a

possibilidade de o juiz *indeferir a petição, quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente.*

Todavia, na sequência da reforma de 1995 e de 1996, reitera poderes-deveres que afectam a posição de imparcialidade e de “*terzietà*” do juiz, o qual, na concepção do moderno legislador português, pode ser, em simultâneo, juiz árbitro do litígio e juiz treinador de uma das partes.

Esta visão e posicionamentodo juiz, como auxiliar e supridor de inabilidades de uma das partes, além de ferir de morte o estatuto de imparcialidade que, processualmente, deve ser garantido ao juiz, traduz uma concepção autoritária e paternalista do processo pois

- na alínea *b*) do n.º 1, o juiz para “providencia” pelo suprimimento de excepções dilatórias;
- na alínea *d*) do n.º 1, “determina” a junção de documentos, como se a parte fosse obrigada a provar factos, cujo ónus de prova lhe cabe;
- e nos n.ºs 2 e 3 “convida” as partes a suprir irregularidades dos articulados ou insuficiências na matéria de facto alegada, como se lhe coubesse a ele juiz o ónus de alegar os factos integradores da causa de pedir ou em que se baseiam excepções, com a agravante de estar excluído o recurso do despacho de tal convite.

## 10. A audiência prévia

O art. 591.º continua a insistir na realização obrigatória da audiência preliminar que agora designa, como audiência prévia, não obstante a prática judiciária demonstrar que a audiência preliminar não tem tido tal virtualidade e que tem seguido o destino da anterior audiência preparatória.

E, 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.

De acordo com o disposto no art. 591.º e transcrevendo o que a este propósito é dito, na exposição de motivos da proposta de lei, *a audiência prévia tem como objeto: (i) a tentativa de conciliação das partes; (ii) o exercício de contraditório, sob o primado da oralidade, relativamente às matérias a decidir no despacho saneador que as partes não tenham tido a oportunidade de discutir nos articulados; (iii) o debate oral, destinado a suprir eventuais insuficiências ou imprecisões na factualidade alegada e que hajam passado o crivo do despacho pré-saneador; (iv) a prolação de despacho saneador, apreciando exceções dilatórias e conhecendo imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; (v) a prolação, após debate, de despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova.*

*Além disso, a audiência prévia destina-se, quando a ação haja de prosseguir, a programar os actos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração, e a designar as respetivas datas.*

As alterações que agora se pretende introduzir mais não fazem do que acentuar 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, simplificação ou agilização do processo — cf. alínea e) do n.º 1 do art. 591.º; é-lhe retirada a função de momento de proposição da prova, antecipada para a fase dos articulados; deixa de ser motivo para a sua não realização a simplicidade da seleção da matéria de facto, pretexto normalmente utilizado para a evitar.

Porém, para praticar os actos previstos no art. 591.º e com excepção da tentativa de conciliação, não é necessário que a realização da audiência prévia seja imposta como obrigatória, na tramitação do processo de declaração, pois todos os despachos previstos, como devendo ser praticados na audiência prévia, podem ser proferidos sem a mesma se realizar, deduzindo depois as partes, em sede de contraditório, as reclamações que tiverem por convenientes.

Além disso, há vários factores que irão contribuir para que a imposição da regra da obrigatoriedade de realização da audiência prévia venha a constituir causa de maiores encargos para as partes e de maiores demoras e atrasos, na tramitação dos processos, de que se destacam os seguintes.

#### *Descontinuidade geográfica do território português*

A descontinuidade geográfica do território nacional irá certamente acarretar mais encargos para as partes, por vezes com algum impacto económico. Pense-se no caso de um processo que envolve partes domiciliadas em diferentes zonas do continente que são muito distantes entre si ou no continente e numa das duas regiões autónomas. Ou nos casos em que uma parte está domiciliada nos Açores e outra na Madeira (para já não falar de situações em que, sendo da mesma região autónoma, as partes estão domiciliadas em ilhas diferentes).

#### *Processos com causa de pedir complexa*

Pondere-se ainda os processos em que a causa de pedir é complexa e / ou extensa.

É de antever que a realização da audiência prévia não se consiga realizar em poucas horas. A realização obrigatória da audiência prévia não conduzirá assim a uma pretendida celeridade processual.

#### *Situações em que não é possível designar datas para a audiência final*

Pretende-se outrossim que na audiência prévia também fique logo designada a data ou datas da realização da audiência final.

Porém, a inquirição de testemunhas ao abrigo do Regulamento CE 1206/2001, pode impedir ou inviabilizar a designação das datas da audiência final.

É consabido que Portugal faz parte da União Europeia. Por via disso, é frequente que os litígios envolvam partes domiciliadas em diferentes Estados-membros ou que haja testemunhas domiciliadas em Estado da U. E. não coincidente com o da jurisdição onde está pendente a acção.

Havendo que “acertar a logística” e a agenda entre o tribunal onde está pendente a acção e os tribunais nacionais ou do país em que estiverem domiciliadas testemunhas, é na audiência prévia que essa “logística” entre tribunais vai ser acertada?

O mesmo pode suceder nos casos de inquirição de testemunhas por carta rogatória, pois, por via da chamada globalização, são cada vez mais intensos e frequentes os relacionamentos comerciais com pessoas singulares ou colectivas sedeadas noutros países, nomeadamente nos chamados PALOP. A designação da data da audiência final vai ser feita na audiência prévia quando a inquirição por rogatória ainda não teve lugar?

*A obrigatoriedade da audiência prévia pode protelar a realização de audiências finais*

Muitos tribunais já não têm salas para audiências de julgamento e, com enorme frequência, as salas existentes têm de ser divididas pelos diferentes juízes do mesmo tribunal. Se há audiências prévias obrigatórias e se as mesmas têm de prosseguir noutros dias, a possibilidade de utilizar salas para as audiências finais fica ainda mais limitada.

Além disso, não tendo necessariamente de ser proferidos na audiência prévia os despachos previstos no art. 591.º, a não obrigatoriedade da sua realização permite libertar os juízes e as respectivas agendas, bem como os funcionários, para as audiências finais e/ou para outras tarefas, e permite ainda não sobrecarregar as partes e os respectivos mandatários com deslocações e gastos de tempo em tribunal e bem assim com os inerentes encargos daí resultantes.

Por outro lado, também não é razoável a imposição da audiência prévia quando a parte pretenda deduzir reclamações — cf. n.º 3

do art. 593.º —, pois tal representa uma dispensável e morosa tramitação, na medida em que mais simples se mostra a sua dedução por mero requerimento e contra-requerimento.

A importância dada à figura da audiência prévia apresenta-se assim manifestamente irrealista e desproporcionada, afigurando-se, por isso, que deverá ser seguida a solução descomplicada de a audiência prévia apenas poder ser convocada, quando o juiz o considerar conveniente, indicando, no correspondente despacho, as respectivas finalidades.

## 11. A enunciação dos temas da prova

O n.º 1 do art. 596.º determina que o juiz deve proferir despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas da prova.

Pretende substituir-se a fixação da matéria de facto assente e a elaboração da base instrutória pela enunciação dos temas da prova.

Quem anda pelos tribunais sabe a trapalhada que são os processos em que o juiz, no actual código, entende, sem prestar justificação com contraditório, que o processo tem simplicidade tal que não justifica a elaboração da base instrutória. A audiência de julgamento é mais confusa, com desvantagens para todos, pois cria desconforto e controvérsias sobre o que, nos articulados de cada uma das partes, constitui matéria de facto relevante ou matéria de direito e/ou conclusiva.

A celeridade transformou-se em pressa e esta não fomentou a paz jurídica.

Serão, por isso, mais do certas e inevitáveis as controvérsias e as incertezas que se irão desencadear com o cumprimento e a execução do despacho destinado a *“enunciar os temas da prova”* a que se alude no n.º 1 do art. 596.º.

Os autores da proposta não precisam minimamente o que sejam *“temas da prova”*, limitando-se a dizer, na exposição de motivos, que *“Relativamente aos temas da prova a enunciar, não se trata mais de uma quesitação atomística e sincopada de pontos*

*de facto, outrossim de permitir que a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa. Quando, mais adiante, o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, se revelou nos autos. **Estamos perante um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, seja na eliminação de preclusões quanto à alegação de factos, seja na eliminação de um nexo directo entre os depoimentos testemunhais e concretos pontos de facto pré-definidos, seja ainda na inexistência de uma decisão judicial que, tratando a vertente fáctica da lide, se limite a “responder” a questões (não formuladas, aliás)***” (sublinhado nosso).

Mas o que são então os “temas da prova”?

Trata-se de uma expressão que não tem qualquer tradição, no nosso ordenamento jurídico, e que, por isso mesmo, os mentores da reforma deveriam ter definido e precisado, pois, a fazer fé no que é declarado na exposição de motivos, *não se trata mais de uma quesitação atomística e sincopada de pontos de facto*, devendo, por isso, definir e precisar o que é pretendem significar com a enunciação dos temas da prova.

Que se se olhar para o que é declarado a este respeito, na exposição de motivos, não restam dúvidas que os próprios autores da reforma também não têm ideias minimamente claras, precisas e operatórias sobre o que sejam “temas da prova”, dado que se limitam a preconizar que a sua enunciação há-de permitir que a instrução *decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa*.

A apregoada ideia de extirpar o processo de tudo o que seja dilatatório e inútil transbordará assim num “voyeurismo” total conduzido, pelo juiz, através da *livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa*, ou seja, transformando a audiência final num folhetim probatório.

rio sobre todos os factos com ou sem relevância para a resolução do litígio.

Ou seja, se o que a reforma pretende é que na altura do julgamento se possam carrear para o processo todas as questões da realidade fáctico-histórica do litígio, independentemente da sua atempada alegação e da aquilatação da respectiva relevância segundo as várias soluções plausíveis da causa, então o resultado será um maior imprevisto e indisciplina sobre o acervo factual relevante e carecido de prova.

Na verdade, tal propiciará não só a discussão sobre questões fácticas, cuja relevância ou irrelevância só se ficará a saber, quando o juiz, na sentença, decidir a matéria de facto — cf. n.º 4 do art. 607.º —, como ainda permite que sejam carreados factos instrumentais ou complementares sobre cuja prova uma ou ambas as partes poderão não ter contado, quando, no momento dos articulados, já foram obrigadas a apresentar e a requerer os respectivos meios de prova, pois o despacho que enuncia os temas da prova é proferido depois do momento em que as partes já devem ter apresentado e requerido os respectivos meios de prova.

Além disso, a um facto instrumental destinado a demonstrar um facto essencial à pretensão ou à excepção pode ser oposto um outro facto instrumental destinado a neutralizá-lo ou a infirmá-lo e assim sucessivamente, o que quer dizer que, perante um determinado *tema de prova*, se pode seguir e suceder um carrear infundável de factos instrumentais que nunca nenhuma das partes havia carreado para o processo, antes da audiência final.

Acresce que, após a enunciação de temas de prova e atento o poder inquisitório, o juiz poderá investigar livremente quaisquer factos instrumentais ou complementares e carregá-los para o processo, mesmo que a parte a quem esses factos sejam favoráveis se não queira aproveitar dos mesmos, o que também fere de morte o princípio do dispositivo.

Não é, pois, possível compreender o alcance e delimitação do que se deverá entender por “*enunciação dos temas da prova*”.

Esta alteração deve ser rejeitada, dada a incerteza e insegurança que confere ao processo, por não se seleccionar e determinar,

com precisão, a factualidade que, de entre a alegada, pelas partes, é relevante para a decisão do objecto do litígio.

Na verdade, a identificação do objecto do litígio obriga a que o tribunal e as partes estabeleçam e delimitem, com clareza e precisão, as razões e os fundamentos dos pedidos e das excepções e, consequentemente, os factos que consideram necessários para provar as correspondentes pretensões, devendo distinguir-se nesse acervo factual os factos já provados ou admitidos por acordo e os factos ainda carecidos de prova.

Esta delimitação, através do exercício do contraditório de ambas partes, tem a vantagem de estabelecer, com anterioridade, isto é, antes da realização da audiência final, as matérias que irão ser objecto dos poderes de cognição do tribunal e que, portanto, irão ser apreciadas e decididas, pelo juiz, evitando-se assim a dispersão sobre questões que são alegadas de forma dúbia e confusa com o propósito de, no decurso da produção de prova, se vir a aproveitar, de entre os vários entendimentos equívocos, aquele que colher a maior receptividade e adesão do juiz.

Esta prática não é leal, dado que pode significar reservas mentais, quer da parte do juiz, quer do lado dos mandatários das partes.

Por isso, deverão ser mantidas a selecção dos factos assentes e a base instrutória, devendo ambas conter apenas os factos que sejam relevantes para o objecto do litígio, cuja identificação, repete-se, deve ser feita em função do alegado, pelas partes, e dos esclarecimentos posteriores que, no exercício do contraditório, as partes venham a prestar para tornar tal identificação clara e inequívoca.

Esta perspectiva imprime clareza e celeridade à tramitação do processo, evitando controvérsias e recursos que são propiciados, pela falta de clareza e precisão que se gera na audiência final, devido à falta de prévia delimitação dos factos relevantes para apreciar e decidir o objecto do litígio.

## 12. A eliminação do tribunal colectivo

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

Afigura-se, todavia, que o modelo a seguir deveria ser completamente o oposto, ou seja, todas as acções cíveis com valor superior à alçada do tribunal da relação deveriam sempre poder ser julgadas por tribunal colectivo.

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 actual CPC em vigor.

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, dado que a intervenção de três juízes sempre seria uma forma de todos e cada um deles se controlarem e “policiarem” entre si, o que, ao fim e ao cabo, revela desconfiança em relação ao juiz singular, 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 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 deverá ser mantida a possibilidade de intervenção do tribunal colectivo, mesmo nas situações em que haja registo da prova que, de acordo com a proposta, passará a ser sempre efectuado, sem necessidade de qualquer das partes o requerer.

Assim, a alteração a introduzir no art. 599.º da proposta de lei n.º 113/XII deverá ser no sentido de, nas causas de valor superior ao da alçada da relação, poder haver sempre intervenção do tribunal colectivo, desde que qualquer das partes requeira a sua intervenção e independentemente de se efectuar o registo da prova, admitindo-se que tal intervenção possa dar lugar a um acréscimo na taxa de justiça, cujo valor seria estabelecido em determinado número de unidades de conta (UCs) que seria fixo e não variaria, portanto, em função do valor da causa.

E nem se diga que esta solução seria um retrocesso, pois, em processo penal, a intervenção do colectivo continua a ser obrigatória, mesmo com registo da prova, em relação a crimes considerados mais graves.

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

### **13. A impraticabilidade do adiamento da audiência final, por justo impedimento do advogado**

O n.º 1 do art. 603.º estabelece 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 em caso de ocorrer motivo que constitua justo impedimento.

Porém, o adiamento da audiência final com fundamento na ocorrência de justo impedimento é impraticável, dado que a tramitação estabelecida para a verificação de justo impedimento não consegue obstar à realização da audiência de julgamento, na data para que estiver designada.

Com efeito e de acordo com o estabelecido nos n.ºs 1 e 2 do art. 140.º, cujos teores abaixo se transcrevem, 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 mesmo 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:

*Artigo 140.º*

*Justo impedimento*

*1 — Considera-se justo impedimento o evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários, que obste à prática atempada do ato.*

*2 — A parte que alegar o justo impedimento oferece logo a respectiva prova; o juiz, ouvida a parte contrária, admite o requerente a praticar o ato fora do prazo se julgar verificado o impedimento e reconhecer que a parte se apresentou a requerer logo que ele cessou.*

*3 — É do conhecimento oficioso a verificação do impedimento quando o evento a que se refere o n.º 1 constitua facto notório, nos termos do n.º 1 do art. 412.º, e seja previsível a impossibilidade da prática do ato dentro do prazo.*

Isto significa que a tramitação processual do justo impedimento não impede o início da audiência de julgamento ou a sua continuação e, caso venha a ser reconhecido, determinará a anulação de todos os actos da audiência de julgamento em que o advogado esteve impedido de estar presente, devido a justo impedimento que venha a alegar e a comprovar.

Por outro lado, embora impedido devido a justo impedimento, poderá ser muito difícil ou até mesmo impossível efectuar a prova dos factos que integram o justo impedimento.

Pense-se, por exemplo, no caso de advogado que, para estar presente em audiência, se desloca, em transporte próprio ou em transporte público, e que fica retido no trânsito, por facto que não lhe é imputável.

Esta situação integra, sem dúvida, justo impedimento.

Porém, para que produza efeitos processuais de justo impedimento é necessário provar os factos e circunstâncias que o integram, o que, no exemplo apontado, pode vir a ser, praticamente, impossível, desde logo se outras pessoas que também ficaram reti-

das no trânsito se recusarem a fornecer os respectivos elementos de identificação, para, ulteriormente, poderem testemunhar sobre a referida situação de demora e atraso, provocada pelo trânsito.

Pense-se ainda numa situação de doença ou de indisposição súbitas que acabam por passar antes de qualquer intervenção médica.

Aqui, se o advogado não teve consigo qualquer pessoa que possa testemunhar sobre essas situações, também ficará impossibilitado de as provar, para que possam vir a ser reconhecidas como justo impedimento.

Trata-se, por isso, de uma alteração em que, por falta de ponderação sobre a tramitação processual do justo impedimento, não se vislumbrou a respectiva inviabilidade e impraticabilidade, para operar o adiamento da audiência de julgamento.

#### **14. A reabertura da audiência e a decisão da matéria de facto na sentença**

Como já se referiu mais acima, o n.º 1 do art. 607.º permite que, depois de encerrada a audiência final e de o processo já ter sido concluso para ser proferida sentença, o juiz possa *ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias*.

Trata-se de uma solução que não consta de qualquer das versões que antecederam a presente proposta de lei n.º 113/XII e que, em si mesma, pode propiciar atitudes e decisões menos ponderadas e irresponsáveis, por parte do juiz, pois, uma vez encerrada a audiência e com o processo concluso para proferir sentença, pode determinar a sua reabertura as vezes que entender, até se considerar esclarecido sobre a matéria de facto que, nos termos do n.º 4 do mesmo art. 607.º, também deve decidir na sentença.

Tudo isto, porque, no projecto de “*Novo Código de Processo Civil*” que antecedeu a presente proposta de lei se pretendeu deslocar a decisão da matéria de facto para a sentença.

Porém, no dito projecto de “*Novo Código de Processo Civil*” consagrava-se a perda da eficácia da prova produzida, se, entre cada sessão de julgamento, mediassem mais de 30 dias ou se, após o encerramento da audiência, não fosse proferida a sentença com a decisão da matéria de facto, no prazo de 30 dias, ou ainda, não sendo tal possível, se a matéria de facto não fosse decidida, por despacho autónomo que se incorporava na sentença, mas que, ainda sob a cominação de perda da eficácia da prova produzida, também deveria ser proferido, no prazo de 30 dias a contar do encerramento da audiência final — cf. n.º 4 do art. 606.º e n.ºs 1, 2 e 3 do art. 613.º, todos do projecto de “*Novo Código de Processo Civil*”.

Como no espaço de tempo que medeou entre o projecto de “*Novo Código de Processo Civil*” e a formalização e apresentação da presente proposta de lei se levantaram, no seio da magistratura judicial, vozes críticas à perda de eficácia da prova produzida que, já há muito, vigora no processo penal, a solução agora encontrada, à pressa e sem a devida ponderação das respectivas consequências, foi a de se vir permitir a reabertura da audiência, pela vezes que o juiz considerar necessárias, ***para ouvir as pessoas que entender e ordenar as demais diligências necessárias.***

Isto representa o cúmulo da incoerência perante a proclamação tantas vezes repetida, nos meios de comunicação social, de que os expedientes dilatórios iriam acabar, doesse a quem doesse e custasse o que custasse.

Quer-se inovar a todo o custo, mas o que se inova não é bom só por ser novidade, mais valendo manter o que o que está e já deu provas de funcionar de modo satisfatório.

Na verdade, a solução de remeter a decisão da matéria de facto para a sentença não é adequada, pois a sentença pode vir a ser proferida, como não raras vezes já tem sucedido, vários meses, se não mesmo anos depois de encerrada a audiência final.

Por isso, é de elementar prudência que a matéria de facto continue a ser decidida, através de despacho, a proferir no termo da audiência final e após o encerramento dos debates, tal como se encontra previsto e regulado no art. 653.º do CPC em vigor.

**15. A extinção da instância da acção executiva, por o exequente não pagar os honorários e despesas do agente de execução**

O art. 721.º, sob a epígrafe *Pagamento de quantias devidas ao agente de execução*, dispõe, no n.º 2, que *a execução não prossegue se o exequente não efetuar o pagamento ao agente de execução de quantias que sejam devidas a título de honorários e despesas*, e, no n.º 3, que *a instância extingue-se logo que decorrido o prazo de 30 dias após a notificação do exequente para pagamento das quantias em dívida, sem que este o tenha efetuado, aplicando-se o disposto no n.º 3 do art. 849.º*.

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 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.

Com a agravante de, no art. 850.º em que se prevê as situações em que a execução extinta pode ser renovada, **não constar a possibilidade de renovação da execução extinta, por falta de pagamento de despesas e honorários do agente de execução**.

Pense-se, por exemplo, na situação 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 a notificação do agente de execução 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.

Não se aceita, por isso, a solução de extinção da instância da acção executiva, pois, se tratar de quantias devidas a final, a nota

discriminativa de honorários e despesas do agente de execução 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 de 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, sem prejuízo de o mesmo poder demandar judicialmente o exequente pelas quantias e/ou prejuízos que o exequente lhe possa ter causado.

#### **16. A exclusão do direito de recurso dos despachos que decidam reclamações sobre actos e decisões do agente de execução**

A alínea c) do n.º 1 do art. 723.º estabelece que compete ao juiz *julgar, sem possibilidade de recurso, as reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução, no prazo de 10 dias.*

O mesmo sucede com a decisão do agente de execução sobre *a modalidade da venda, relativamente a todos ou a cada categoria de bens penhorados; o valor base dos bens a vender; e a eventual formação de lotes, com vista à venda em conjunto de bens penhorados*, pois, nos termos do disposto no n.º 7 do art. 812.º, se o executado, o exequente ou um credor reclamante discordar da decisão, cabe ao juiz decidir, não cabendo recurso desta decisão do juiz.

É manifesto que a decisão sobre a modalidade de venda não constitui 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 e actos e decisões do agente de execução, seja por recusa de os praticar, seja por praticar outros diferentes, como, por exemplo, penhorar bens diferentes dos indicados pelo exequente.

Por isso, deverá admitir-se o direito de recurso em relação às decisões do juiz que julguem reclamações de actos e impugnações de decisões do agente de execução.

### **17. Os fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção**

O art. 857.º, sob a epígrafe “*Fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção*”, dispõe que:

*1 — Se a execução se fundar em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, apenas podem ser alegados os fundamentos de embargos previstos no art. 729.º, com as devidas adaptações, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.*

*2 — Verificando-se justo impedimento à dedução de oposição ao requerimento de injunção, tempestivamente declarado perante a secretaria de injunção, nos termos previstos no art. 140.º, podem ainda ser alegados os fundamentos previstos no art. 731.º; nesse caso, o juiz receberá os embargos, se julgar verificado o impedimento e tempestiva a sua declaração.*

*3 — Independentemente de justo impedimento, o executado é ainda admitido a deduzir oposição à execução com fundamento:*

- a) Na manifesta improcedência, total ou parcial, do requerimento de injunção;*
- b) Na ocorrência, de forma evidente, de exceções dilatórias que, caso tivessem sido suscitadas no procedimento de injunção, obstariam à aposição da fórmula executória.*

Não se compreende que a oposição à execução baseada no título executivo formado no processo de injunção não possa basear-se em factos extintivos ou modificativos da obrigação **anteriores à notificação do devedor**, pois tal só é admitido se este tiver sido impedido, no procedimento de injunção, de deduzir oposição

devido a justo impedimento, nos termos previstos no art. 140.º — cf. n.º 2 do art. 857.º.

Tal como o legislador de 2008 (DL 226/2008, de 20 de Novembro), os autores da presente proposta de lei passam por cima da menor garantia que o devedor encontra na notificação que lhe é efetuada, *maxime* quando a notificação é dirigida, por carta simples, para o domicílio convencionado — cf. art. 12.º-A do DL 269/98, de 1 de Setembro, bem como por cima do facto de a formação do título prescindir de qualquer juízo de verificação da adequação do montante da dívida aos factos em que ele se fundaria.

A possibilidade de invocação de justo impedimento, nos termos previstos no art. 140.º, não é suficiente, para garantir o direito de defesa, tida em conta a natureza não jurisdicional do processo de injunção, aliás não limitado pelo valor da alçada do tribunal da relação quando se aplica o DL 32/2003, de 17 de Fevereiro.

**A função do processo de injunção, quando um juiz nele não intervém, é fornecer um meio expedito de 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), poderá admitir-se alguma equiparação dos seus efeitos aos da revelia (prova dos factos efetivamente alegados pelo requerente), sem impossibilitar que, em oposição à execução, se defenda a inadequação desses factos à constituição ou ao montante da dívida.

Mais longe não se poderá ir, sem inconstitucionalidade.

## **18. As alterações no processo especial de tutela de direitos da personalidade**

A proposta de lei 113/XII veio inserir a **tutela da personalidade**, como o primeiro dos processos especiais que são regulados no Livro V, compreendendo os arts. 878.º a 880.º.

Nos termos do disposto no n.º 5 do art. 879.º, *pode ser ser proferida uma decisão provisória irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo, se o requerimento*

*permitir reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral e se, em alternativa:*

- a) O tribunal não puder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa;*
- b) Razões justificativas de especial urgência impuserem o decretamento da providência sem prévia audição da parte contrária.*

No n.º 2 do art. 880.º consagra-se a execução oficiosa da decisão provisória ou definitiva que tiver sido decretada.

Estas soluções são inaceitáveis, dado que violam princípios e normas constitucionais.

Em primeiro lugar, a norma do n.º 5 do art. 879.º viola o direito ao recurso de decisões jurisdicionais, pois consagra a irrecorribilidade de uma decisão que, ainda que com carácter provisório, decide cautelarmente sobre a aparência de uma ameaça ou de uma ofensa a direitos de personalidade.

Isto é, a decisão provisória é sempre irrecorrível, embora possa ser objecto de alteração ou de confirmação, no próprio processo, mas nunca em via de recurso.

É assim claro que apenas **as decisões que não sejam provisórias** poderão ser objecto de recurso.

Em segundo lugar, a referida norma do n.º 5 do art. 879.º também viola o princípio da prova que faz recair sobre quem requeira tutela jurisdicional o ónus de demonstrar os factos em que baseia o pedido que formula, dado que permite que tal decisão provisória possa ser decretada *com base no requerimento* da parte requerente, **isto é, com base na simples alegação contida no requerimento da parte requerente e, portanto, sem qualquer prova sumária dos factos em que baseia esse pedido de tutela que pode desencadear, sem mais, uma decisão provisória irrecorrível.**

Ou seja, o que serve de fundamento à decisão provisória é o alegado no requerimento da parte requerente e é a parte requerida que, quando vier a ser ouvida, terá de aduzir factos e provas, para alterar, no próprio processo, essa mesma decisão provisória.

Em terceiro lugar, viola o dever de fundamentar as decisões judiciais, **pois um dos requisitos para o juiz poder decretar essa decisão provisória é o de não poder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa**, elevando-se a ausência de convicção segura do juiz em requisito para ser decidido o decretamento provisório de medidas de natureza cautelar, o que é absurdo.

Em quarto lugar, a norma do n.º 2 do art. 880.º viola o princípio da autonomia e da liberdade do indivíduo, porque impõe ao tribunal a execução oficiosa da decisão provisória ou definitiva que tiver sido decretada, ainda que o lesado considere que não a deve executar.

Pelo exposto, não se aceita, quer o teor da norma do n.º 5 do art. 879.º, quer a execução oficiosa das decisões proferidas em matéria de tutela dos direitos de personalidade, consagrada no n.º 2 do art. 880.º.

Por último, também não se afigura justificado permitir o recurso de revisão, **sem limite de qualquer prazo**, em relação a decisões respeitantes a direitos de personalidade, como resulta do disposto na parte final do n.º 2 do art. 697.º, cujo teor se transcreve:

*2 — O recurso não pode ser interposto se tiverem decorrido mais de cinco anos sobre o trânsito em julgado da decisão, salvo se respeitar a direitos de personalidade, e o prazo para a interposição é de 60 dias, contados:*

- a) No caso da alínea a) do artigo anterior, do trânsito em julgado da sentença em que se funda a revisão;*
- b) No caso da alínea f) do artigo anterior, desde que a decisão em que se funda a revisão se tornou definitiva;*
- c) Nos outros casos, desde que o recorrente obteve o documento ou teve conhecimento do facto que serve de base à revisão (sublinhado nosso).*

Na verdade, embora os direitos de personalidade possam justificar um alargamento do prazo de 5 anos *sobre o trânsito em julgado da decisão* a rever, não se crê que a segurança jurídica resultante de uma decisão transitada em julgado e que também

representa um valor essencial para o Direito, possa ser posta em causa a todo o tempo, caso a mesma diga respeito a direitos de personalidade.

## **19. O tribunal arbitral necessário**

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.

Quanto à arbitragem necessária, não se pode deixar aqui de reafirmar e de repetir o que já se disse, em sede de apreciação da proposta de lei n.º 114/XII relativa à aprovação da Lei de Organização do Sistema Judiciário, pois impôr legalmente o recurso à arbitragem necessária é transformar essa via de resolução de litígios, cuja natureza encontra os respectivos fundamentos e justificação na autonomia e liberdade dos próprios cidadãos, num instrumento que lhes suprime e os despoja dessas mesmas autonomia e liberdade.

Afigura-se, por isso, indeclinável que o legislador diga e defina, de forma clara, em que situações considera legalmente conforme com a Constituição a imposição de tribunais arbitrais necessários.

A proposta de lei n.º 113/XII também não o diz, nos arts. 1082.º a 1085.º que consagra ao tribunal arbitral necessário, não se afigurando que a inserção, no CPC, de normas processuais sobre os tribunais arbitrais necessários possa servir para justificar e legitimar, do ponto de vista constitucional, 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.

Na verdade, o que tem sido feito, nas iniciativas legislativas mais recentes, é lançar mão da arbitragem necessária para nela encaixar competências que estão atribuídas aos tribunais previstos

na Constituição, 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, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na acepção da alínea *ii*) do n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 176-/2006, de 30 de Agosto, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de protecção.

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 pretende com o Tribunal Arbitral do Desporto, cuja proposta de lei n.º 84/XII se encontra ainda no processo legislativo da Assembleia da República, mas que visa despojar os tribunais administrativos, **relativamente a litígios emergentes do exercício poderes publicos, no âmbito do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto.**

É assim claro que, por este caminho, se podem criar tribunais arbitrais necessários, para decidir litígios de qualquer natureza, pois, como já se referiu, em matéria de **litígios emergentes do exercício poderes publicos, no âmbito do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto**, o legislador não teve qualquer pejo em propôr à Assembleia da República o seu desaforamento da competência, constitucionalmente, atribuída aos tribunais administrativos.

Considera-se, por isso, que deverá merecer aprofundada e séria reflexão a questão de saber e determinar quais as matérias em que o Estado legislador, face à Constituição vigente, pode desviar os cidadãos do direito fundamental de acesso aos tribunais/órgãos de soberania para lhes impôr o recurso à arbitragem necessária que, em regra, é realizada por entidades privadas e por cidadãos que exercem a função de juízes árbitros, como actividade privada e lucrativa.

## 20. As alterações sistemáticas e a renumeração dos artigos do actual Código de Processo Civil

Por último, a Ordem dos Advogados considera que não se justificam as alterações sistemáticas e a renumeração dos artigos do actual Código de Processo Civil, dado que, salvo o devido respeito e ao contrário do que se afirma, na exposição de motivos da proposta de lei n.º 113/XII, *“O acervo das alterações ora introduzidas NÃO permite classificar esta reforma como a mais profunda realizada no processo civil português desde 1939, NEM afirmar que estejamos perante um novo código de processo civil”*, pois o ***Novo Código do Processo Civil*** agora proposto não é mais do que um trabalho de reescrita do original que, com todas as críticas e defeitos de que padece e que lhe podem ser assacados, é sempre preferível a uma cópia desfigurada.

*Lisboa, 05 Janeiro 2013*

A ORDEM DOS ADVOGADOS