

A NOVÍSSIMA ACÇÃO EXECUTIVA ANÁLISE DAS MAIS IMPORTANTES ALTERAÇÕES

Pela Prof.^a Doutora Mariana França Gouveia ⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Agente de execução; 3. Fase liminar; 4. Oposição à Execução; 5. Penhora; 6. Concurso de credores; 7. Venda; 8. Execução imediata da sentença; 9. Arbitragem; 10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Entrou em vigor no dia 31 de Março de 2009, o Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, que alterou substancialmente o regime da acção executiva. As alterações são importantes, embora mantenham a estrutura geral do anterior regime.

O intuito deste texto não é criticar o diploma, mas explicar alguns aspectos do novo regime. Há inúmeras razões de queixa, mas mais vale procurar as soluções para os problemas interpretativos do que chorá-los.

Não quero, porém, deixar de criticar um aspecto que julgo de grande importância. Há neste diploma uma falta total de regras ou princípios gerais da acção executiva. Esta ausência dificulta sobremaneira o seu entendimento. Mas mais grave do que a ausência, é

⁽¹⁾ Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

a dificuldade em construir esses princípios a partir das regras existentes. O Código está tão imerso na regra, na exceção, na sub-hipótese e na exceção da sub-hipótese, que a formulação de regras gerais se torna impossível.

Sinto esta ausência em particular quando ensino processo executivo. Perco-me em pormenores que julgo irrelevantes – até porque a lei está sempre a mudar. A academia não pode limitar-se a ensinar as minudências da lei, sob pena de nada ensinar aos seus alunos. Sob pena, aliás, de não ensinar Direito. Mas se tento ficar apenas nas linhas gerais do regime, não consigo ensinar, porque é quase impossível formulá-las.

É evidente que o legislador não tem de se preocupar com o ensino das disciplinas. Mas esta forma de legislar esquece a função da lei – a de estabelecer as regras essenciais sobre os problemas, a de reduzir a complexidade de um mundo necessariamente complexo. Uma lei elaborada nestes termos parece ter esquecido já o que é e para o que serve o Direito. Em vez de reduzir a complexidade, aumenta-a consideravelmente.

2. AGENTE DE EXECUÇÃO

A principal modificação da reforma prende-se com a reformulação do papel do agente de execução. Este passa a estar praticamente sozinho na condução do processo. A regra consta do artigo 808.º ⁽²⁾, mas é da alteração ao artigo 809.º que se percebe a mudança pretendida. Eliminou-se aí o poder geral de controlo do juiz. Esta eliminação não impede, porém, que o legislador, no Preâmbulo, continue a dizer: “*O papel do agente de execução é reforçado, sem prejuízo de um efectivo controlo judicial (...)*”.

A par deste reforço da posição do agente de execução, encontramos também como linha geral da reforma, uma maior ou total dependência do agente de execução perante o exequente. Este nomeia-o e destitui-o livremente (artigo 808.º n.º 6) ⁽³⁾, perdendo

⁽²⁾ Todos os artigos sem indicação de fonte pertencem ao Código de Processo Civil.

⁽³⁾ A única consequência negativa para o exequente é a perda de valores adiantados, nos termos do artigo 15.º n.º 5 da Portaria 331.º-B/2009, de 30 de Março.

o juiz, aliás e também, o poder de destituir o agente de execução, limitando-se a poder fazer intervir, nos termos do artigo 808.º n.º 6, o órgão com competência disciplinar sobre os agentes de execução. Também o artigo 116.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores foi alterado deixando de estar prevista a dependência funcional do solicitador face ao juiz de execução, constando agora da norma apenas *sob fiscalização da Comissão para a Eficácia das Decisões*.

Este órgão é novo e tem uma composição heterogénea – vogais designados por diversos ministérios (Justiça, Finanças e Segurança Social), indicados pela Câmara dos Solicitadores, pela Ordem dos Advogados e pelo Conselho Superior da Magistratura, um vogal nomeado por associações de consumidores ou de utentes da justiça, dois pelo Conselho Económico e Social. O Presidente é cooptado por decisão maioritária dos restantes vogais. As regras constam dos artigos 69.º-A e seguintes do Estatuto da Câmara dos Solicitadores.

Esta Comissão tem poder disciplinar sobre os agentes de execução que podem ser, além de solicitadores, advogados. De acordo com o artigo 69.º-A, a Comissão tem funções de acesso e admissão a estágio, avaliação dos agentes de execução estagiários e disciplina dos agentes de execução. São funções extraordinariamente importantes e decisivas quando o Estado concede tamanha autonomia aos agentes de execução.

O funcionamento desta Comissão em termos adequados é fulcral para o sucesso da nova reforma da acção executiva. O Estado tem de assumir aqui, pela via do controlo, as funções públicas que delegou em agentes privados de execução. Este aspecto é muito importante e não pode deixar de ser realçado. Porque – repare-se – conferiu-se maiores poderes ao agente de execução e, em simultâneo, colocou-se este agente de execução na dependência do exequente que o pode destituir livremente. São imediatas as preocupações de independência face ao exequente.

Não julgo que seja uma má opção em termos de política legislativa, na medida em que o interessado em fazer prosseguir a acção executiva é o exequente. Mas é um regime perigoso porque a tentação está muito, muito perto. O Estado pode demitir-se de exercer as funções, mas não pode, obviamente, deixar de controlar.

O medo que o guarda venha (que é o que verdadeiramente guarda a vinha) tem de estar presente.

Já anteriormente escrevi sobre a relação entre juiz e agente de execução, tendo defendido uma configuração algo limitada do então constante da lei, poder geral de controlo. ⁽⁴⁾

Defendi o seguinte: *“O juiz de execução intervém quando ocorre algum dos factos referidos nas alíneas do artigo 809.º n.º 1: profere despacho liminar, julga os incidentes declarativos, defere ou indefere a reclamação de acto do solicitador de execução, decide outras questões suscitadas por qualquer dos intervenientes do processo. O juiz intervém, ainda, quando a lei expressamente o refira – são vários os casos, apenas dois exemplos: a requisição da força pública para a penhora de imóveis ou de móveis (artigo 840.º n.º 2) e o afastamento do sigilo na penhora de saldos bancários (artigo 861.º-A).*

Além destas intervenções, o juiz de execução pode sempre oficiosamente consultar e analisar o processo. Se deste exame verificar a prática de alguma ilegalidade, deve corrigi-la nos termos das regras aplicáveis (não esquecendo, evidentemente, o regime especial das nulidades processuais) (5).

Se desta apreciação oficiosa dos autos surgir alguma dúvida, nomeadamente quanto ao cumprimento pelo solicitador de execução dos deveres estatutários a que está sujeito, como por exemplo, a promoção diligente do processo, pode questionar o solicitador. Se o fizer, deve ainda convidar as partes a pronunciarem-se sobre a actuação (ou passividade) do solicitador de execução – estamos aqui na vigência plena do princípio da cooperação, nos termos do artigo 266.º. Se deste convite, surgir reclamação de alguma das partes, nos termos do artigo 809.º n.º 1 c) ou d), pode o juiz, justificadamente, revogar os actos efectuados; ou, no limite, destituir o solicitador de execução (ouvindo sempre o exequente e o executado). Se as partes não responderem ao convite, o juiz nada mais deve fazer – não há nenhuma ilegalidade, o juiz não sabe o que se

⁽⁴⁾ *Poder Geral de Controlo*, in *Sub-Judice – Justiça e Sociedade*, 2004, N.º 29, Coimbra, p. 11-21.

⁽⁵⁾ Artigos 193.º e seguintes, em especial 205.º e 206.º.

passa no processo (se está ou não parado), só ao solicitador de execução compete fazer este juízo, só às partes importa o andamento do processo.” ⁽⁶⁾

Ao reler esse texto e tentando reconfigurar a relação entre estes dois sujeitos processuais face à nova lei, concluo que nada de fundamental mudou, embora se deva entender que algumas alterações ocorreram. Desde logo, com a actual formulação dos preceitos, o juiz não pode oficiosamente consultar o processo. Apenas tem acesso ao processo quando a si chegue por uma das razões enumeradas no artigo 809.º. Agora, quando o juiz analisa o processo por uma das razões aí referidas, não deve ater-se à análise da concreta questão que levou a acção até si, mas deve verificar a regularidade de todo o processo, averiguando, com respeito pelo regime das nulidades, eventuais vícios que o possam invalidar. Assim o impõe, aliás, a regra, em processo civil, da proibição de actos inúteis (artigo 137.º).

O juiz mantém, então, o poder geral de controlo sob todo o processo executivo. Mas controla apenas quando o processo lhe chega por iniciativa de alguma das partes, do agente de execução ou por ser, nos termos de alguma norma específica, necessária a sua intervenção. O que não pode fazer é destituir o agente de execução, função que passa a competir à Comissão para a Eficácia das Execuções.

O poder geral de controlo mantém-se, embora francamente limitado face à anterior versão do Código.

Agora e apesar disto, é manifesto que ao agente de execução foi conferida muito maior autonomia e poder decisório e, em simultâneo, uma maior dependência do exequente. São inúmeros os casos que o agente passa a decidir sozinho perante as partes, podendo o exequente destitui-lo livremente ou reclamar do acto praticado. Ao executado apenas é possível reclamar.

Estas reclamações estão, porém, sujeitas a aplicação de multa nos termos do n.º 2 do artigo 809.º quando sejam manifestamente injustificadas. O mesmo se aplica aos pedidos de intervenção fei-

⁽⁶⁾ *Poder Geral de Controlo*, in *Sub-Judice – Justiça e Sociedade*, 2004, N.º 29, Coimbra, p. 20.

tos pelo agente de execução, onde se inclui o envio do processo para despacho liminar. Em ambos os casos, repare-se que a norma exige que os pedidos sejam manifestamente injustificados.

O agente de execução não está, assim, numa posição muito confortável – parece aliás ter sido colocado entre a espada e a parede. Por um lado, um juiz que pode aplicar-lhe multas caso entenda (manifestamente) injustificada ao seu pedido de intervenção; por outro, um exequente que livremente o pode destituir.

É necessária muita cautela na construção prática deste regime, muita boa vontade e paciência de parte a parte. Muita cooperação – enfim. Porque se todos estiverem de costas voltadas – como aconteceu e acontece com o actual regime – o novo sistema pode revelar-se insustentável.

Parece que o legislador, embora tenha querido dar um passo em frente (conforme afirma no Preâmbulo do Decreto-Lei 266/2008, de 20 de Novembro), teve alguma dificuldade em construir um sistema de plena confiança no agente de execução, mantendo-o preso por fios.

O sistema tem virtualidades e é melhor do que aquele que vigorou até agora. É melhor porque é mais claro nas suas opções, esclarecendo de uma vez que ao juiz não cabe o poder de direcção do processo. Mas é um sistema ainda em teste e, logo, deve exigir-se de todos os intervenientes a postura ética de entre-ajuda e cooperação, de mútua compreensão perante os problemas e dificuldades. Se se pudesse instituir tal cultura por decreto, se se pudesse impor o diálogo por lei, os problemas seriam provavelmente menores.

3. FASE LIMINAR

Na fase liminar do processo, deve começar por chamar-se a atenção para a alteração da competência para a recusa do processo. Até agora tal função cabia à secretaria. Nos termos do artigo 811.º passa a caber ao agente de execução. Esta modificação leva-nos a perceber melhor a grande mudança na fase inicial, de alguma forma escondida na parte final do n.º 7 do artigo 810.º – o processo dá entrada no tribunal, mas não há lugar a autuação, seguindo directa e electronicamente para o agente de execução.

O agente de execução faz, assim, a triagem do processo, decidindo se o recusa, se o envia para despacho liminar, se cita ou se inicia de imediato a penhora.

Entrando especificamente nas normas relativas à tramitação processual inicial, foram revogados os artigos 812.º a 812.º-B. As regras constantes desses preceitos passaram a constar dos artigos 812.º-C a 812.º-F, numa opção legislativa de difícil compreensão – deixam-se vazios os artigos 812.º a 812.º-B e começa-se no C. Tal opção justificar-se-á por uma regra de legística do actual Governo que não permite a utilização da numeração de artigos revogados. Serão razões históricas que fundamentarão esta não utilização.

O artigo 812.º-C estabelece os casos em que não há despacho liminar, nem citação prévia, iniciando-se o processo imediatamente com a penhora. São, no essencial, as mesmas situações que constavam do anterior artigo 812.º-A: sentença judicial e arbitral, injunção, documentos autênticos e particulares com certos requisitos.

Pode colocar-se no âmbito desta norma uma dúvida: antes permitia-se a dispensa de despacho liminar e de citação prévia quando o título executivo era um documento relativo a obrigação pecuniária vencida. Havia porém uma limitação – não se poderia penhorar imediatamente imóvel ou estabelecimento comercial ou direito real menor que sobre eles incidisse.

A nova formulação desta alínea, constante do artigo 812.º-C, eliminou o imóvel, permitindo, portanto, a penhora imediata deste quando o título executivo é documento particular de montante até à alçada do tribunal da relação. A dúvida subsiste, porém, porque o legislador eliminou o imóvel, mas manteve o plural no direito real menor que sobre *eles* incida. Este *eles* referia-se ao imóvel e ao estabelecimento comercial. Saindo da letra da lei o imóvel, aquele plural não faz sentido. Há portanto um lapso nesta norma que pode ser um de dois: ou caiu sem intenção o imóvel ou o legislador esqueceu-se de mudar para o singular o artigo. Parece-me que esta última opção é a que encontra maior correspondência verbal com o texto da lei, sendo por isso a preferível. Assim, pode penhorar-se, sem citação prévia ou despacho liminar, bem imóvel sendo o título

executivo documento particular de obrigação vencida de valor não superior à alçada da relação.

O artigo seguinte – 812.º-D – trata os casos em que há despacho liminar. Serão objecto de despacho liminar aqueles processos que constam das previsões específicas desta norma. Encontramos aqui situações como a do devedor subsidiário, da obrigação inexigível, de alguns títulos executivos especiais (arrendamento e condomínio). Também neste preceito está prevista a possibilidade de o agente de execução suscitar a intervenção do juiz de execução quando desconfie da ocorrência de excepções dilatórias ou, sendo o título negocial, de excepções peremptórias. Esta possibilidade era anteriormente concedida à secretaria, mas, como se disse já, esta não tem qualquer função na fase inicial do processo.

O artigo 812.º-E contém as situações em que, sendo o processo levado ao juiz nos termos do artigo anterior, este deve indeferir liminarmente. Nada aqui de muito diferente em relação ao regime anterior.

Por último, o artigo 812.º-F regula o momento da citação e sua dispensa, consagrando como regra que havendo dispensa de despacho liminar, há também dispensa de citação prévia. Onde se deduz, *a contrario*, que havendo despacho liminar há citação prévia.

O n.º 2 deste artigo contém uma regra de difícil interpretação – em certos processos remetidos ao juiz para despacho (nos termos do 812.º-D) há sempre citação prévia sem necessidade de despacho. Ou seja, o processo vai a despacho, mas afinal não há despacho para efectuar a citação prévia. A norma parece dizer que o processo vai para despacho, mas não há despacho anterior à citação. O que significa então que o agente de execução em simultâneo envia para despacho e cita previamente.

Esta solução é, à primeira vista, estranha. Não faz muito sentido o envio para despacho liminar e o início da citação, sem dependência desse despacho. O despacho liminar pode assumir três formas: se a execução não pode prosseguir, despacho de indeferimento liminar; se a execução contém algum vício sanável, despacho de aperfeiçoamento; se a execução pode prosseguir, despacho de citação. A expressão liminar neste despacho quer preci-

samente dizer anterior à citação, à entrada do demandado no processo.

Acresce que os casos que aqui estão previstos não encaixam nos do artigo 812.º-D, isto é, quase todas as situações que aqui estão previstas não estão na norma que obriga ao despacho liminar. É o caso das execuções fundadas em título extra-judicial de empréstimo contraído para aquisição de habitação própria hipotecada para garantia (alínea *d*) do n.º 2 do artigo 812.º-F). Mais estranho, ainda, a inserção aqui do artigo 805.º n.º 4 relativo aos processos executivos de obrigação ilíquida não dependente de simples cálculo aritmético. Nos termos deste normativo, o agente de execução cita de imediato o executado para contestar, o que sempre foi interpretado no sentido de não haver despacho liminar. (7)

O texto desta norma exige, assim, algum esforço interpretativo. Terá sido intenção do legislador prever a simultaneidade do envio para despacho e da citação. Isto é, o agente de execução envia o processo para despacho liminar e imediatamente inicia as diligências de citação. Se citar antes de o juiz proferir o despacho, este deve aguardar o prazo da oposição. Se for deduzida oposição, o juiz não profere já despacho liminar, mas pronuncia-se no âmbito da oposição. Se não for deduzida oposição, o juiz pronuncia-se sobre a regularidade da instância, só depois se iniciando as diligências de penhora. Se o despacho for proferido antes da citação, sendo esse despacho de indeferimento, suspendem-se as diligências de citação.

Recapitulemos então as regras destes preceitos. O primeiro, C, estabelece casos em que certos títulos dispensam despacho liminar e citação prévia. O segundo, D, consagra alguns casos em que há despacho liminar. O terceiro, E, refere as situações em que o juiz indefere liminarmente. O quarto, F, estabelece o momento de citação.

Todas estas regras são especiais – estão previstas para casos especificamente determinados na sua letra. O problema é que não há nenhuma regra geral.

(7) Lebre de Freitas, *Acção Executiva*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 169.

Pensemos na execução de uma letra no valor de 50.000€. O agente de execução recebe este processo executivo e o que faz? Não há dispensa de despacho liminar porque não cabe em nenhuma das alíneas do artigo 812.º-C. Não há despacho liminar porque não cabe em nenhuma das alíneas do artigo 812.º-D. Não há citação prévia simultânea porque não cabe em nenhuma das alíneas do artigo 812.º-F n.º 2.

Não há regra, portanto. O legislador terá estado apenas preocupado com os casos especiais, esquecendo que nem todos caberiam nestes. É certo que as execuções fundadas nos títulos referidos no artigo 812.º-C são as mais numerosas, mas também é verdade que outras existem, sendo necessário estipular uma regra subsidiária.

Na falta de regra geral, parece-me que a melhor solução é recuperar a regra antiga – despacho liminar e citação prévia. Era a solução prevista no revogado artigo 812.º. Por outro lado, é a solução que oferece maiores garantias ao executado, pelo que, à cautela, deve ser a seguida pelo agente de execução. Assim, em execuções de títulos que não preencham os requisitos dos artigos 812.º-C e seguintes, o agente de execução deve enviar o processo para despacho liminar e deve ser o executado previamente citado.

Deve entender-se que se aplica a todos os casos não previstos no artigo 812.º-C, o artigo 812.º-D. Esta leitura confere, aliás, uma maior coerência ao artigo 812.º-F n.º 2, na medida em que passa a aplicar-se a todos os casos não previstos no artigo 812.º-C.

Em síntese, há quatro tramitações possíveis na fase liminar do processo executivo: penhora imediata (artigo 812.º-C), despacho liminar seguido de citação prévia (artigo 812.º-D e artigo 812.º-F n.º 1 *a contrario*), despacho liminar e em simultâneo citação prévia (artigo 812.º-F n.º 2) e, por fim, despacho liminar sem citação prévia (artigo 812.º-F n.º 3).

Para terminar a fase liminar, é útil chamar a atenção para uma outra norma. A maioria das execuções seguirá a tramitação do artigo 812.º-C, isto é, dispensa de despacho liminar e citação prévia, logo, penhora imediata. No entanto, o artigo 834.º – que referirei mais à frente – estabelece que a penhora deve começar pelos saldos bancários. Ora, de acordo com o artigo 861.º-A a penhora

de saldos bancários exige despacho judicial. O que significa, portanto, que todos os processos têm de ir ao juiz, que afinal há sempre despacho liminar.

A exigência de despacho judicial para a penhora de saldos bancários relaciona-se com a regra de que o sigilo bancário só pode ser levantado através de intervenção judicial. Uma salvação para este resultado era dizer que o processo vai a despacho apenas para tratar da autorização necessária à penhora de saldos bancários. Mas, de acordo com o artigo 820.º o juiz pode sempre conhecer oficiosamente dos fundamentos do despacho liminar, pelo que tendo o juiz acesso ao processo, terá necessariamente de averiguar estes fundamentos. Trata-se do tal poder geral de controlo, que o legislador só na aparência revogou.

Assim, indicando o exequente saldos bancários ou encontrando-os o agente de execução, o processo inicia-se, seja qual for o título, com o despacho liminar.

3. OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO

A modificação relevante em matéria de oposição à execução é a da equiparação da injunção à sentença arbitral para efeitos de oposição. A regra consta do artigo 814.º, agora num novo n.º 2. Esta equiparação traz dois problemas. Em primeiro lugar a interpretação da expressão “*desde que o procedimento de formação desse título admita oposição pelo requerido*.” Este é o requisito para que o requerimento de injunção, no qual tenha sido aposta a fórmula executória, esteja sujeito às mesmas regras de oposição à execução que a sentença. Como se sabe, a oposição à execução de sentença tem fundamentos limitados, o que não acontece com a oposição aos outros títulos executivos. Até esta reforma, a doutrina equiparava a injunção aos outros títulos e não à sentença. Aplicava-lhe, portanto, a regra prevista no artigo 816.º, a da admissibilidade de alegação de todos e quaisquer fundamentos de oposição. ⁽⁸⁾

⁽⁸⁾ Lebre de Freitas, *Execução da Injunção*, in *Thémis* – Revista da Faculdade de Direito UNL, Coimbra, 2006 (N.º 13).

Por outro lado, o procedimento de injunção admite sempre oposição do requerido. Tal é o que consta do regime do Decreto-Lei 269/98, de 1 de Setembro (artigo 12.º do Anexo). Se esta expressão do CPC indica o mesmo que está no regime da injunção parece-me de todo inútil.

Significaria que os requerimentos de injunção com aposição da fórmula executória seriam sempre equiparados à sentença. Ora, tendo em conta que não é possível alegar em oposição à execução excepções peremptórias anteriores à aposição da fórmula executória, a conclusão só pode ser a de que no procedimento de injunção há um efeito cominatório pleno pela não dedução de oposição.

Ou seja, apresentado um requerimento de injunção e não sendo este contestado, o requerido é condenado sem hipótese mais de se defender. É um efeito cominatório que não existe no processo civil e onde, repare-se, há sentença e, logo, intervenção judicial.

Um efeito cominatório pleno num procedimento para-judicial parece-me forçar muito o direito a um processo justo, direito fundamental consagrado na Constituição Portuguesa. É que nem sequer há processo.

É certo que não haverá nunca produção de caso julgado material e, por isso, o executado, mesmo após a venda e pagamento aos credores, poderá propor acção declarativa pedindo a restituição do indevido. Mas é evidente que as consequências de uma execução são extraordinariamente penosas para o executado e que pode ser quase impossível recuperá-las. Por outro lado, numa perspectiva de utilidade do processo executivo e de saúde do nosso sistema de justiça, julgo preferível uma interpretação restritiva do preceito.

Deve, então, entender-se que são alegáveis fundamentos que seriam de conhecimento oficioso na acção declarativa. Imagine-mos um contrato com cláusulas contratuais gerais nulas por violação da legislação respectiva. Se esta acção desse entrada como acção declarativa, tal nulidade poderia ser aferida pelo juiz e determinar a absolvição do pedido. Não faria sentido que numa situação exactamente igual, a consequência, se desse entrada uma injunção, fosse mais gravosa. Haveria aqui uma incoerência no ordenamento jurídico. Assim, julgo que é defensável a alegação em oposição à execução de fundamentos materiais de conheci-

mento officioso mesmo que anteriores ao decurso do prazo para oposição à injunção. Com esta interpretação consegue-se colocar ao mesmo nível acção declarativa e procedimento de injunção no que às garantias jurisdicionais diz respeito.

Tal interpretação pode ainda ser sustentada com fundamento no artigo 820.º que permite ao juiz o conhecimento officioso de excepções peremptórias quando a execução se funda em título executivo negocial. É certo que a injunção não é um título executivo negocial, mas a lógica, a *ratio* é a mesma: impedir a execução de obrigações manifestamente inexistentes, ineficazes ou inválidas.

Queria chamar a atenção para um aspecto que não foi alterado pela reforma, mas julgo merecer alguma atenção: o efeito suspensivo da oposição à execução apenas se verifica quando há penhora; não havendo penhora, a execução não se suspende tendo como limite o pagamento – nenhum credor pode obter pagamento sem prestar caução (artigo 818.º n.º 4). Assim, a execução em que houve penhora permanece suspensa desde a oposição, já a execução em que ela não ocorreu, segue até ao pagamento.

Esta regra cria uma distorção entre as execuções, na medida em que umas ficam suspensas na fase da penhora e as outras seguem até pagamento. Com a gravidade maior que as que seguem até pagamento são as baseadas em títulos de menor confiança e, por isso mesmo, iniciadas por despacho liminar e citação prévia. Das duas umas, ou se suspendia a execução a partir do momento em que há penhora, independentemente de ser antes ou depois da oposição; ou apenas se impedia o pagamento, continuando a execução até esse momento.

4. PENHORA

Na fase da penhora há alterações importantes nas diligências prévias previstas nos artigos 832.º e seguintes.

O artigo 833.º-A n.º 1 determina que o agente de execução inicia a penhora pelos bens indicados pelo exequente no requerimento executivo, desde que sejam depósitos bancários, rendimentos periódicos, valores mobiliários ou móveis sujeitos a registo. Só

na falta de indicação deste tipo de bens deverá investigar a existência de outros.

Para essa investigação, estipula o artigo 833.º-A n.º 2 a não necessidade de autorização judicial para a consulta de bases de dados da administração tributária, segurança social, conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos ou arquivos semelhantes. O preceito prevê um regime de consultas directas a essas bases de dados, através de um sistema a definir por portaria. A consulta de outros dados sujeitos a regime de confidencialidade depende de despacho judicial.

Esta alteração poderá significar uma contribuição muito importante para uma maior eficácia das execuções.

Se não se encontrarem bens penhoráveis, chama-se sucessivamente o exequente e o executado para indicarem bens. Não havendo tal indicação, a execução extingue-se – artigo 833.º-B n.º 6. Altera-se, assim, a consequência da inexistência de bens na acção executiva que era a da suspensão do processo durante os prazos de interrupção e deserção da instância o que permitia a manutenção do processo parado durante 3 anos. ⁽⁹⁾

A instância pode ser renovada caso o exequente encontre e indique bens penhoráveis, nos termos do artigo 920.º n.º 5.

Esta norma é aplicável aos processos entrados em vigor antes de 31 de Março de 2009, conforme estipulado no artigo 20.º do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro. Aliás a aplicação da norma é automática, a não ser que o exequente se oponha, em 30 dias, à extinção. Este prazo conta-se da data de entrada em vigor do diploma para os processos já suspensos e da data de suspensão para os processos que entretanto se vierem, por falta de bens penhoráveis, a suspender. A aplicação desta norma terá implicado, assim, a extinção de centenas ou milhares de processos em inícios de Maio de 2009, trazendo um ganho estatístico importante para o Governo. O exequente tem também vantagem porque, nos termos do n.º 6 deste artigo 20.º, é dispensado do pagamento das custas processuais e encargos que seriam por si devidos, embora não haja lugar à restituição dos montantes pagos.

(9) Cfr. artigos 285.º e 291.º.

De salientar, ainda no âmbito das diligências prévias à penhora, a notificação do exequente quando se encontram bens penhoráveis. Só após esta notificação e se o exequente se não opuser em 5 dias, o agente deverá penhorar. Tal regra está prevista no artigo 833º-B n.º 2. Notamos aqui o reforço da dependência do processo, do seu controlo, pelo exequente. Sem dúvida uma tendência do diploma em análise.

Mas esta possibilidade de oposição de exequente é limitada, na medida em que o exequente apenas poderá desistir da execução ou declarar que não pretende a penhora de determinados bens imóveis ou móveis não sujeitos a registo. Não pode o exequente, portanto, recusar a penhora de outros bens que não estes aqui especificados. Esta é uma limitação importante aos poderes do exequente nesta fase, que deve ser interligada com o preceito que estabelece a ordem de penhora – o artigo 834.º.

O preceito traz outra inovação: a ordem preferencial de realização da penhora. Até agora o agente de execução decidia, de acordo com critérios de proporcionalidade e adequação, quais os bens a penhorar. Esta cláusula geral foi revogada, passando o artigo 834.º a conter uma ordenação dos bens a penhorar. Assim, a penhora começa pelos saldos bancários, passa depois para as rendas, abonos, vencimentos, salários ou outros créditos, em terceiro lugar há penhora de títulos e valores mobiliários, em quarto de bens móveis sujeitos a registo e por fim a penhora de quaisquer bens cujo valor pecuniário seja de fácil realização ou se mostre adequado ao montante do crédito do exequente. Mantém-se a excepção dos bens onerados com garantia real, por onde obrigatoriamente começa a execução da dívida com garantia real (artigo 835.º).

A regra impõe nesta matéria alguma rigidez, em movimento contrário ao que estava aí previsto anteriormente. Aliás, a regra teve uma formulação semelhante num projecto da anterior reforma (a de 2003) e foi abandonada por se ter entendido que impor uma ordem poderia atrasar e complicar o processo ao obrigar o agente de execução a procurar exaustivamente bens do tipo anterior.

Julgo que se deve dar aqui algum relevo ao advérbio de modo *preferencialmente*. Diz o proémio deste preceito que o agente de execução deve efectuar a penhora dos bens preferencialmente pela

ordem que se segue. Ora, se é preferencialmente não é obrigatoriamente, pelo que haverá ainda alguma flexibilidade para o agente de execução. Não muita, mas alguma. É certo que a penhora por outra ordem que não esta, obriga o agente de execução a justificar a preterição da regra.

Conjugando este preceito com o artigo 833.º-B n.º 1, deve entender-se que, nomeando o exequente bens destas alíneas, ainda que não de todas, o agente não investiga a existência de bens, iniciando-se a penhora pelos bens indicados pelo exequente.

Uma questão que de imediato se tem de colocar é se a não obediência à norma é fundamento de oposição à penhora pelo executado. A resposta tem de ser muito cautelosa, sob pena de se transformar num expediente dilatório.

Se a intenção foi limitar de alguma forma os poderes do agente de execução, poderíamos ainda sustentar a interpretação de que era fundamento de defesa do executado. Já se a intenção do legislador foi consagrar instrumentos de celeridade processual, não faz sentido ver aqui uma oportunidade de defesa do executado.

É, assim, essencial determinar a *ratio* da norma para concluir se legitima ou não oposição à penhora.

Numa primeira leitura diríamos sem dúvida que a intenção foi a de atribuir rapidez e eficácia à execução, considerando, aliás, que os bens que aparecem nos primeiros lugares são aqueles que permitem o pagamento através de entrega em dinheiro, evitando a realização da fase da venda e todas as suas desvantajosas consequências.

Porém, um olhar mais atento poderá levar-nos a diferente conclusão.

São atribuídos ao exequente poderes de controlo da realização da penhora, nos termos já referidos do artigo 833.º-B n.º 2. Encontrados os bens é este notificado para decidir se quer a penhora dos bens identificados ou se pretende desistir da execução. O preceito não lhe atribui, porém, o poder de ordenar a penhora numa ordem diferente da constante do artigo 834.º.

Imaginemos que o agente de execução encontrou um saldo bancário, um salário, um automóvel e um imóvel. A ordem de penhora é precisamente esta: 1.º depósito, 2.º salário, 3.º automóvel, 4.º imóvel. Se o exequente, notificado da existência destes

bens, pedir ao agente de execução a sua penhora por outra ordem, o agente de execução não o poderá fazer. Nos termos do artigo 833.º-B, o exequente apenas pode desistir da execução ou impedir a penhora de imóveis ou de móveis não sujeitos a registo.

Porém, o exequente pode, logo à partida, alterar essa ordem: nos termos do artigo 833.º-A indica bens à penhora, impedindo o agente de execução de sequer investigar a existência de outros bens. Há, pois e afinal, também algum poder de controlar o objecto e a ordem de penhora, embora só na propositura da acção executiva.

Por outro lado, o executado pode sempre, nos termos do artigo 834.º n.º 3 a), pedir a substituição dos bens penhorados. Assim, a esta possibilidade deve limitar-se a sua oposição à penhora com este tipo de fundamentos.

Uma outra alteração diz respeito aos famigerados relatórios de frustração da penhora previstos no artigo 837.º. Esta norma passou a ter como epígrafe *dever de informação*, referindo no seu n.º 2 que as informações são disponibilizadas exclusivamente por via electrónica, nos termos a definir por portaria. Trata-se da Portaria 331.º-B/2009, de 30 de Março, que regula a matéria no seu artigo 10.º. De acordo com esta norma, o dever de informação consiste simplesmente na disponibilização de informação no site *citius.tribunaisnet.mj.pt*. Deixam de existir, portanto, os relatórios de frustração da penhora.

Pretende-se, evidentemente, libertar o agente de execução da realização dos relatórios e, em simultâneo, oferecer ao exequente uma informação quase imediata. O agente de execução tem, assim, a obrigação de manter o sistema informático permanentemente actualizado, em sintonia com o que se passa na realidade do processo.

Entremos, agora, na tramitação da penhora, isto é, nas regras sobre como é feita a penhora. Começando pelos imóveis, é de analisar as regras relativas ao auxílio da força policial. Pode parecer uma minudência, mas na prática, no dia-a-dia de quem penhora não é de todo um aspecto sem importância.

Diz-nos o novo n.º 2 do artigo 840.º que o agente de execução pode solicitar directamente o auxílio das autoridades policiais quando seja oposta alguma resistência. Já porém se as portas esti-

verem fechadas ou haja receio justificado de resistência é necessário pedir ao juiz o auxílio das autoridades.

Interessa perceber como funciona afinal a relação entre agente de execução e autoridades policiais. Está prevista aqui uma portaria que não se encontra ainda publicada. Seja como for, essa portaria não pode contrariar as regras legais.

Ora, pelo que se percebe a diferença está entre existir a resistência e haver receio de que ela exista. Se houver resistência o agente de execução pode pedir directamente o auxílio das forças policiais. Já se houver apenas receio que haja resistência ou que as portas se encontrem fechadas, será necessária prévia autorização judicial. Parece-me um sistema algo contraditório e que poderá levantar problemas na prática. Quem irá aferir se foi oposta resistência ou se há apenas receio? A polícia? Será esta a decidir se acompanha ou não o agente de execução sem o despacho em função daquilo que ele lhe disser? É um pouco ou muito estranho.

Estas regras aplicam-se também à penhora de móveis, nos termos da disposição remissiva constante do artigo 848.º n.º 3.

Julgo que aqui faria mais sentido um sistema de acesso directo dos agentes de execução às autoridades policiais. Embora se conheçam as resistências por parte destas autoridades, não se vê razão para obrigar à intermediação do juiz. A amplitude dos poderes conferidos ao agente de execução deveria ser acompanhada da garantia de sua autoridade perante as outras entidades públicas e privadas.

A penhora de móveis não sujeitos a registo é agora regulada exaustivamente na portaria 331.º-B/2009, de 31 de Março. As normas no Código de Processo Civil (artigos 848.º e seguintes) sofrem poucas alterações, passando a matéria a constar desta Portaria. É uma boa opção legislativa, que deveria ser seguida em muitas outras matérias do processo civil. Uma portaria é muito mais fácil de alterar, sendo portanto um instrumento normativo de grande flexibilidade quando comparada com a lei. Apesar de se tratarem de regras gerais e abstractas, não há qualquer problema na sua consagração em portaria, na medida em que os grandes princípios estão na lei (e só estes são matéria de reserva legislativa material) e por outro lado estas pequenas regras não contrariam os princípios legalmente estabelecidos.

O artigo 848.º estabelece que a penhora de coisas móveis não sujeitas a registo é realizada com a efectiva apreensão dos bens e a sua imediata remoção para depósitos. Estes depósitos podem ser públicos ou equiparados. É depósito público o local de armazenagem de bens que tenha sido afecto, por despacho do Director-Geral da Administração da Justiça, à remoção e depósito de bens penhorados no âmbito de um processo executivo. É equiparado a depósito público, o local de armazenagem de bens que tenha sido afecto por um agente de execução à remoção e depósito de bens penhorados no âmbito de um processo executivo e cuja propriedade, arrendamento ou outro título que lhe confira a utilização do local ou dos serviços de armazenagem seja registado por via electrónica junto da Câmara dos Solicitadores. Tais definições constam do artigo 36.º n.ºs 1 e 2 da Portaria 331.º-B/2009, de 30 de Março.

Depósito elegível para o armazenamento de bens penhorados é, assim, o afecto a essa função por despacho do Director-Geral da Administração da Justiça ou o registado electronicamente junto da Câmara dos Solicitadores. Os bens só podem, porém, ser removidos para depósito equiparado quando tenham sido penhorados no âmbito de uma execução em que o agente de execução titular do depósito é o agente de execução designado. Nada impede, porém, segundo parece que haja vários agentes de execução titulares do mesmo depósito.

O n.º 6 do artigo 39.º da Portaria obriga o agente de execução a informar o executado e exequente do preço do depósito, podendo qualquer deles opor-se à remoção, desde que indique outro depositário idóneo. Esta regra poderá trazer sérias dificuldades de aplicação prática, pelo que é necessário alguma atenção na sua interpretação. Tendo em conta que as despesas do depósito são imediatamente suportados pelo exequente (artigo 39.º n.º 4), faz sentido que a informação ao exequente seja anterior à penhora, pedindo autorização para penhorar e remover. Parece-me que o ideal é que essa informação conste da notificação que o agente de execução diligencia nos termos do artigo 833.º-B n.º 1 e 2. Já a informação ao executado se revela mais problemática. Isto implica que a penhora de bens móveis nunca é feita com remoção, sendo sempre necessário notificar previamente o executado, pergun-

tando-lhe se tem alguma alternativa a essa remoção. A norma diz expressamente *antes da remoção*, pelo que, parece, não se pode remover os bens antes de o executado ter tido possibilidade de se pronunciar. Se interpretássemos esta norma à letra, ou melhor, de acordo com o que é normal no processo civil teríamos de concluir que a penhora se suspendia, conferindo-se prazo ao executado para se pronunciar. Não me parece, porém, que tal resultado seja coerente com o acto da penhora, aliás, nada coerente quando na maioria das execuções a penhora antecede a própria citação. Por outro lado, esta interpretação contraria o CPC que manda penhorar através de remoção imediata.

Parece-me, assim, que a melhor solução, a mais equilibrada perante os interesses de todos, é permitir ao executado que no momento da penhora ofereça depositário idóneo. Entendendo o agente de execução que o depositário oferecido não é idóneo, de imediato remove os bens penhorados. Posteriormente, poderá o executado oferecer outro depositário. Aliás, faz sentido que a todo o tempo o executado possa oferecer depositário idóneo mais económico.

Uma alteração em que vale a pena atentar é a constante do artigo 861.º n.º 4 – na penhora de rendimentos periódicos, onde se incluem rendas, abonos, vencimentos e salários, assim que passar o prazo para oposição ou seja julgada improcedente, o agente de execução entrega ao exequente os montantes cobrados. Na formulação anterior, tal entrega estava dependente de requerimento do exequente, agora é automática.

5. CITAÇÃO E CONCURSO DE CREDORES

Na fase seguinte do processo executivo – relativa às citações e concurso de credores – há também alterações a ter em consideração, embora não sejam de grande monta. Nos termos do artigo 864.º n.º 4, as citações às Finanças e à Segurança Social são feitas através de sítio na internet. Trata-se de simplificação muito importante e interessante no procedimento, sendo vantajosa, tanto quanto me posso aperceber, para todas as partes.

É, por isso, introduzido um novo n.º 4 e são revogadas as alíneas c) e d) do n.º 3 do artigo 864.º. Em consequência são renumerados os números seguintes do artigo.

Mantém-se praticamente na mesma a tramitação do apenso de verificação e graduação de créditos. Mantém-se como um apenso declarativo tramitado pelo juiz de execução, nos termos do processo sumário, caso tenha havido impugnações. Por isso mesmo, o artigo 866.º n.º 1 esclarece que a notificação das reclamações é feita pela secretaria do tribunal e não pelo agente de execução.

Poderia, aqui, ter-se atribuído ao agente de execução a competência da graduação de créditos quando não houvesse impugnação, mas preferiu-se manter a regra anterior.

6. VENDA

Há alterações importantes na venda dos bens penhorados. A alteração mais evidente é a da criação de uma nova forma de venda – a venda por leilão electrónico, prevista no novo artigo 907.º-A. A inserção desta nova modalidade, mantendo-se as já existentes obriga a uma reformulação das regras sobre a venda, na medida em que o jogo de aplicação das diversas modalidades se altera.

É ainda preciso conjugar as normas do Código de Processo Civil com as da Portaria 331.º-B/2009, de 30 de Março, nos seus artigos 40.º a 44.º.

A decisão da venda cabe ao agente de execução, mas está fortemente limitada. A venda de bens imóveis, assim como a de estabelecimento comercial de valor superior a 500 UC e quando alguma parte o proponha, é realizada mediante propostas em carta fechada (artigos 889.º e 901.º-A). Os títulos de crédito e as mercadorias cotadas em bolsa são aí vendidos (artigo 902.º). Os bens que tiverem de ser entregues a determinada entidade ou tiverem sido prometidos vender com eficácia real são vendidos através da venda directa (artigo 903.º). Os bens removidos para depósitos são vendidos em depósito público ou equiparado (artigo 907.º-A).

Os restantes bens, os bens cuja venda de acordo com alguma das anteriores modalidades se tenha frustrado ou quando haja acordo entre as partes, são vendidos por negociação particular (artigo 904.º), em estabelecimento de leilão (artigo 906.º) ou em leilão electrónico (artigo 907.º-B). Esta última modalidade é aquela que parece ser a regra geral, na medida em que é a aplicável se nenhuma das partes se opuser.

A estas regras gerais se pode reconduzir o emaranhado de remissões das normas do Código. Em qualquer destas modalidades de venda está prevista a sua aplicação quer haja acordo de todas as partes ou falta de oposição de alguma delas – artigos 904.º *a)* e *b)*, 906.º n.º 1 *a)*, 907.º-B n.º 1 *a)*.

A venda por negociação particular aplica-se quando se frustre a venda por propostas em carta fechada ou a venda em depósito público ou equiparado ou em leilão electrónico – artigo 904.º *d)*, *e)* e *f)*). A venda em estabelecimento de leilão aplica-se nos casos em que o agente de execução entenda mais aconselhável que a venda por negociação particular – artigo 906.º n.º 1 *b)*. O mesmo está previsto para a venda em leilão electrónico – artigo 907.º-B n.º 1 *b)*. A conjugação das regras significa, então, que o agente de execução pode optar entre estas três modalidades de venda em duas situações: quando o bem deveria ser vendido por outra modalidade, mas esta venda se frustrou; quando se tratem de bens não sujeitos a nenhuma das modalidades obrigatórias. Neste caso, o agente de execução opta pela venda em leilão electrónico aplicando-se esta modalidade se nenhuma das partes se opuser.

Estas são as regras constantes do Código de Processo Civil. É necessário, porém, analisar a Portaria 331.º-B/2009 para a qual remete o artigo 907.º-A do Código de Processo Civil. De acordo com este preceito a venda em depósito público ou equiparado é regulada por essa Portaria.

Quando se lê essa regulamentação, nasce o espanto. O que aí está previsto – no artigo 41.º – são modalidades de venda em depósito público. Sub-modalidades, diríamos, na medida em que são modalidades de uma modalidade de venda prevista no artigo 907.º-A do Código de Processo Civil. Mas estas sub-modalidades são as seguintes: leilão electrónico, leilão, negociação particular, venda

directa a pessoas ou entidades que tenham um direito reconhecido a adquirir os bens.

Há logo aqui um erro porque se for este o caso – bens que tenham de ser vendidos a certas pessoas ou entidades – aplica-se logo a venda directa prevista no artigo 903.º, de acordo com o artigo 907.º-A (*que não devam ser vendidos por outra forma*), 886.º-A n.º 2 *a contrario* (porque só nesses casos há escolha da modalidade de venda).

A Portaria continua dizendo que a venda em depósito público ou equiparado se faz *preferencialmente* em leilão electrónico (n.º 2 do artigo 41.º). O que entra em conflito com o artigo 907.º-B CPC que manda aplicar esta modalidade em caso de não aplicação ou de frustração da venda em depósito público. As regras constantes da Portaria são: venda em depósito público através de leilão electrónico; se este se frustrar, venda por leilão (não electrónico); se este se frustrar venda mediante negociação particular. Se esta se frustrar, então reentramos no Código de Processo Civil. E aí, prevê o artigo 907.º-B que se aplica a venda em leilão electrónico. E, frustrada esta, nova volta pelas modalidades de venda – agora as do Código de Processo Civil. Isto é, no mínimo, original. Será que se pretende a eliminação da aplicação do Código de Processo Civil na venda de bens que em primeiro linha são vendidos em depósito público?

E nesta linha, a bizarra norma que consta do artigo 41.º n.º 5, pode fazer sentido. A norma estabelece: “*As regras relativas às modalidades de venda previstas nos artigos 886.º e seguintes do Código de Processo Civil aplicam-se às modalidades aqui previstas em tudo o que não esteja especialmente regulado.*” Esta é uma norma de uma Portaria, para a qual não há palavras.

8. EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA

Uma palavra para uma novidade deste diploma: a possibilidade de execução imediata de sentença, prevista no artigo 675.º-A e no artigo 48.º da Portaria. Traduz-se na possibilidade de o autor pedir, ainda na pendência da acção declarativa, a execução da sentença que foi ou vier a ser proferida no processo. Feito o requeri-

mento, a execução inicia-se por apenso, de forma electrónica e automática.

No requerimento, o autor tem de indicar o agente de execução, os bens a penhorar e declarar se pretende ou não que o início da execução aguarde 20 dias após o trânsito em julgado da sentença. Transitada a sentença em julgado e havendo nela condenação líquida, a execução inicia-se assim que o autor pagar a taxa de justiça inicial (artigo 48.º da Portaria).

Se o executado cumprir a obrigação, o exequente tem o dever de informar imediatamente o tribunal, com isso se extinguindo a execução (artigo 675.º-A n.º 4).

Ganhar-se-á aqui provavelmente alguma celeridade na execução e para o autor/exequente possivelmente uma forma de pressão sobre o réu para que pague rapidamente. Talvez se evitem, assim, execuções desnecessárias. Se o sistema funcionar, pode pensar-se na dispensa de citação prévia do executado, mesmo nos casos dos artigos 812.º-D e F ou até mesma na dispensa de citação, considerando-se que a citação na acção declarativa é suficiente.

9. ARBITRAGEM

Por último, algumas notas sobre a previsão da arbitragem na acção executiva. O Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, dedica-lhe algumas normas – os artigos 11.º a 18.º.

A arbitragem sempre esteve vedada à acção executiva. É doutrina comum que o *ius imperii* necessário aos actos executivos – penhora e venda – não podem ser delegados pelas partes em privados. A penhora e a venda, enquanto actos de coercibilidade máxima no Direito Privado, são equiparáveis à prisão no Direito Penal. São actos que sempre foram considerados de reserva pública de jurisdição, actos que o Estado não pode delegar em privados. Os tribunais arbitrais são tribunais privados, tribunais constituídos por privados, por pessoas que não têm qualquer vínculo com o poder jurisdicional, que antes e depois de julgarem aquele caso não têm qualquer competência jurisdicional.

Estes privados apenas têm o poder de julgar os casos que as partes poderiam, extra-judicialmente, decidir. Só estes são arbitrá-

veis. Ora, as partes não têm poder de determinar penhoras e vendas forçadas.

Permitir que privados exerçam todas as funções da acção executiva – como o Governo faz agora – é algo muito, mas muito arriscado. Portugal é, provavelmente, o único país do mundo a autorizar competência executiva a tribunais arbitrais.

Uma das desvantagens da arbitragem é a impossibilidade de ter competência para além daquilo que as partes delimitaram como seu objecto de actuação na convenção de arbitragem e para além dessas próprias partes. As decisões dos tribunais arbitrais não podem afectar terceiros que não fazem parte da convenção arbitral ou que se recusam a participar no processo arbitral.

A *ratio* desta restrição é evidente: ninguém pode ser privado, contra a sua vontade, do acesso aos tribunais judiciais. Tal restrição violaria o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

A este aspecto voltaremos adiante a propósito do tratamento dos credores e do cônjuge neste âmbito (artigo 13.º do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro).

Ainda no âmbito das considerações gerais sobre esta novíssima opção legislativa, sossega-nos um pouco a circunstância de a arbitragem em acção executiva só poder ser feita institucionalmente, mediante, portanto, autorização ministerial (artigo 11.º do Decreto-Lei 226/98, de 20 de Novembro, e Decreto-Lei n.º 425/86, de 29 de Agosto). É provável, aliás, que tais centros nasçam sobre a iniciativa do Ministério da Justiça, como tem acontecido nestes últimos anos. Por exemplo, o Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações – ARBITRARE e o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) ⁽¹⁰⁾, criados por iniciativa do Ministério da Justiça e apoiados pelo GRAL.

Esta arbitragem institucionalizada pública sossega no que às garantias diz respeito, mas, por outro lado, faz levantar dúvidas sobre a lógica de criação governamental. A verdade é que a génese de um tribunal arbitral nesta área não passa de uma criação encaipotada de um tribunal especializado na acção executiva para, pre-

⁽¹⁰⁾ A este propósito, é útil chamar a atenção para a recente Portaria...

sume-se, não ter de aplicar o Código de Processo Civil. Além do mais não deixa de ser um paradoxo: o próprio Governo que elabora a legislação processual civil acredita que outras formas mais simplificadas podem ser melhores para a resolução da acção executiva.

É certo, também e porém, que a oferta de Justiça tem hoje de ser variada e complementar, daí se justificando o investimento público em sistemas de mediação, Julgados de Paz e centros de arbitragem. O mundo actual gera, na sua imensa complexidade, conflitos de múltiplas e diferentes naturezas e características. A lei, ao reduzir complexidade, cria injustiça, porque aplica a casos diferentes regras iguais. Nesta perspectiva, os meios de resolução alternativa de litígios têm um papel importante a desempenhar pela possibilidade que encerram de aplicar uma solução de equidade, isto é, uma solução tendo em conta, como elemento primordial de solução, as características específicas do caso concreto.

Assim, se se pode aceitar e até concordar com a criação pública de mecanismos de resolução alternativa de litígios, não se pode esquecer que estes meios têm a sua génese e até a sua justificação na iniciativa privada – daí aliás que sejam sempre voluntários. E por isso deve perguntar-se ao Estado: irá atribuir competência executiva a um centro de arbitragem exclusivamente dominado por privados? Por exemplo, imaginemos que a Associação Portuguesa de Bancos apresenta um pedido de autorização de um centro de arbitragem na acção executiva, passando a incluir nos contratos dos seus associados uma convenção de arbitragem.

Nos termos do artigo 38.º da Lei de Arbitragem Voluntária, o Governo define, mediante Decreto-Lei, o regime de outorga de competência a determinadas entidades para realização de arbitragens voluntárias institucionalizadas. Esse Decreto-Lei é o 425/86, de 27 de Dezembro, e impõe, no seu artigo 2.º, que a autorização deve tomar em consideração a representatividade da entidade requerente e a sua idoneidade para a prossecução da actividade que se propõe realizar.

Isto obriga, portanto, a que estejam representadas nos órgãos da instituição do tribunal arbitral, associações representativas quer dos interesses gerais dos exequentes, quer dos interesses gerais dos executados.

Não seria, portanto, aceitável a criação de um centro de arbitragem pela Associação Portuguesa de Bancos, mas já seria aceitável se a ela se associasse, por exemplo, uma associação de defesa dos consumidores.

É possível, então, que surjam centros de arbitragem institucionalizada exclusivamente privados, dizendo a lei que a sua actividade é fiscalizada por uma comissão criada para o efeito, presidida por um juiz conselheiro, nos termos a definir por portaria. Segundo pude apurar, tal portaria não está ainda publicada.

Este é, sem dúvida, mais um aspecto de regime que permite perceber que a arbitragem na acção executiva é uma arbitragem *sui generis*. O controlo público da arbitragem faz-se das suas decisões e pelos tribunais, nos termos dos artigos 27.º e seguintes LAV. Aliás este controlo é apenas *a posteriori* e, excluindo o recurso, francamente limitado a questões de garantia processual.

A existência de uma comissão específica para a fiscalização dos centros de arbitragem estará relacionada, segundo posso compreender, com o facto de o próprio centro de arbitragem ser um agente de execução. É isto que diz o artigo 14.º n.º 2 do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro: “*Nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo de execução da competência do agente de execução podem ser da competência do próprio centro de arbitragem ou de agentes de execução.*”

O Governo arrisca. Para além de atribuir competências executivas a um tribunal arbitral, permite que este próprio execute as diligências executivas, criando um regime excepcional face às categorias profissionais que hoje podem exercer as funções de agente de execução: solicitador e advogado, oficial de justiça com limites. Pelo texto da norma retira-se que os funcionários do centro – sem qualquer requisito de formação – podem exercer as funções de agente de execução. E, tanto quanto se pode perceber, não ficarão sujeitos ao poder disciplinar da Comissão para a Eficácia das Execuções. Criam-se, portanto, dois regimes diferentes de tutela do exercício das mesmíssimas e importantíssimas funções.

Há razão para temer e estas linhas servem também para fazer sentir ao Ministério da Justiça que o exercício efectivo do controlo é essencial.

Entremos, agora, no regime concreto da arbitragem em matéria executiva. O Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, tem algumas normas especiais face à Lei da Arbitragem Voluntária, referentes à convenção arbitral, participação de terceiros no processo, competência dos juízes árbitros e do centro e recursos e anulação de decisão arbitral.

Nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, a competência dos tribunais arbitrais em matéria executiva depende de celebração de convenção de arbitragem. Trata-se, pois, de uma arbitragem voluntária. O n.º 2 deste artigo 12.º consagra um direito de arrependimento ⁽¹¹⁾ quando a convenção de arbitragem assume a modalidade de cláusula compromissória.

A convenção arbitral pode revestir duas modalidades: cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Nos termos do artigo 1.º n.º 2 da LAV, é compromisso arbitral a convenção que tem por objecto um litígio actual e é cláusula compromissória a que tem por objecto litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual. O que distingue uma e outra modalidade é, portanto, a existência ou não do litígio. Se se tratar de litígio existente, falamos de compromisso arbitral; se se tratar de litígio eventual, falamos de cláusula compromissória.

Estabelece o Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, a possibilidade de revogação da cláusula compromissória em matéria executiva no prazo de 10 dias após a formação do título executivo. É uma regra que escapa às actuais concepções sobre os efeitos potestativos imediatos da convenção arbitral.

Os efeitos da celebração da convenção arbitral são essencialmente processuais: a existência de uma convenção arbitral implica que os tribunais judiciais não têm jurisdição sobre o caso. Caso seja proposta em tribunal judicial uma acção que tenha como objecto um litígio sobre o qual incida uma convenção arbitral, verifica-se uma excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral. Excepção que implica a absolvição do réu da instância e conse-

⁽¹¹⁾ Sobre direito de arrependimento em geral, ver Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 105 e seguintes.

quente extinção da mesma. Daí que se caracterize a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual. ⁽¹²⁾

É certo que a excepção de preterição de tribunal arbitral não é de conhecimento oficioso, estando, portanto, dependente de alegação pelo réu. No entanto, neste caso a revogação da convenção faz-se com a anuência (tácita) de ambas as partes, de acordo com o princípio da autonomia privada que norteia a sua celebração. Não é, pois, comparável com a revogação prevista no artigo 12.º n.º 2 do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro.

Parece evidente que esta possibilidade de revogação está relacionada com a especial delicadeza da atribuição de competência executiva a privados. Tendo em conta a gravidade, a extensão dos poderes que a acção executiva implica, o legislador entendeu conferir uma segunda oportunidade de reflexão às partes. Repare-se que ambas as partes têm esta possibilidade, o que pode pôr em causa a eficácia de uma solução de arbitragem. Pelo menos se o executado tiver consciência desta possibilidade, certamente preferirá ser demandado nos tribunais judiciais (presumivelmente mais lentos) que nos arbitrais. Mas o mais provável é que este arrependimento vise proteger precisamente o executado.

A norma nada diz sobre a forma desta revogação. De acordo com o artigo 2.º LAV a convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. A Lei não prevê porém possibilidade de revogação da convenção, embora tal seja possível nos termos gerais do Direito. A proposta de LAV apresentada pela Associação Portuguesa de Arbitragem ⁽¹³⁾ prevê, no seu artigo 4.º n.º 2, a forma escrita para a revogação da convenção de arbitragem. Esta revogação é, porém, bilateral, isto é, subscrita por ambas as partes. Parece-me, porém, que por maioria de razão no caso da revogação unilateral prevista no artigo 12.º n.º e do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, também se deverá impor a forma escrita.

Um outro problema que esta norma poderá colocar é a contagem do prazo. Não em relação aos títulos de formação judicial ou

⁽¹²⁾ Lebre de Freitas, *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra, Almedina, 2002, p. 627.

⁽¹³⁾ Disponível em www.arbitragem.pt

para-judicial (sentenças judiciais e arbitrais e injunções), mas em relação aos restantes títulos. Por exemplo, nos contratos que reúnem os requisitos do artigo 46.º c), isto é, estão assinados pelo devedor e constituem dívidas, o prazo deve contar-se desde a sua assinatura ou desde o seu incumprimento? Se se optar por esta última hipótese, poderá ser necessário estabelecer uma data para o incumprimento, o que nem sempre será fácil.

A norma não se aplica apenas aos consumidores, mas aplicar-se-á sobretudo aos consumidores (tendo em conta que são as relações de consumo que dão origem ao maior número de acções executivas). A estes aplica-se também as limitações da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais em matéria de cláusulas compromissórias.

No diploma legislativo que as regula – Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro – encontram-se duas proibições cuja interpretação não está isenta de dúvidas.

Em primeiro lugar, o artigo 21.º h) LCCG: “São em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que (...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.”

A doutrina hesita um pouco na interpretação desta norma. Será que a remissão para a lei é para a LAV? É que se assim fosse, nada de novo estaria aí previsto – não pode haver arbitragens em Portugal que não respeitem os requisitos da LAV, pois são anuláveis.

De acordo com Dário Moura Vicente, o legislador não pretendeu proibir a celebração de convenções arbitrais nas relações com consumidores finais, mas tão só garantir que não haja uma exclusão da jurisdição estadual, ou seja, o que a lei pretende, no entender do autor, é criar uma competência concorrente com a dos tribunais judiciais. ⁽¹⁴⁾

Posição contrária assumiu, porém, o Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 4 de Outubro de 2005. ⁽¹⁵⁾ Entendeu que a convenção, ao respeitar a nossa Lei de Arbitragem Voluntária, preenchia os requisitos necessários da lei, sendo portanto válida.

⁽¹⁴⁾ Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2002 (n.º 2), p. 998.

⁽¹⁵⁾ Processo n.º 05A2222, disponível em www.dgsi.pt.

A questão não é fácil, embora me pareça estranha uma situação de competência concorrente, em princípio só invocável pelo consumidor. É um regime algo híbrido, com consequências difíceis de prever do ponto de vista dogmático.

Esta interpretação pressupõe alguma desconfiança face à arbitragem enquanto processo extra-judicial de resolução de conflitos. Terá sido, essa, realmente a ideia do legislador. Mas, não serão suficientes as garantias que a LAV oferece quanto a igualdade e contraditório? Se a questão é de erro do consumidor, de falta de informação ou de incompreensão em relação ao que é a arbitragem, o problema é de consentimento, de vontade. Em relação a esses eventuais vícios são aplicáveis as regras gerais da formação do contrato. O problema que nos ocupa – de interpretação do artigo 21.º h) LCCG – é outro: o dos limites da utilização da arbitragem em conflitos com consumidores.

Há, portanto, duas hipóteses de interpretação: ou se considera que a celebração da convenção não exclui a competência dos tribunais judiciais, ou não se atribui qualquer efeito útil àquele normativo.

A outra norma do diploma das cláusulas contratuais gerais cuja aplicação à arbitragem é discutível é o artigo 19.º g) da LCCG, que tem o seguinte texto: “São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente as cláusulas contratuais gerais que estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem.”

A primeira dificuldade está em saber se esta norma é aplicável à arbitragem. Lima Pinheiro e Raúl Ventura entendem que sim, fazendo uma interpretação extensiva do que se deva entender por foro competente. Ambos os autores concordam ainda que só muito excepcionalmente o foro arbitral será gravemente inconveniente para uma das partes. ⁽¹⁶⁾

Estas interpretações são, todas elas, favoráveis à arbitragem. Porém, numa área tão delicada quanto a da execução, há que ter

⁽¹⁶⁾ Lima Pinheiro, *Arbitragem transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 92; Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1986 (Ano 46), p. 44.

especiais cuidados. Sabendo que é possível a inclusão de cláusulas arbitrais em contratos elaborados com cláusulas contratuais gerais, estas regras de protecção do consumidor assumem especial importância e provavelmente devem ser interpretadas como atribuindo apenas competência alternativa.

O artigo 13.º do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, trata de um problema delicado: a participação de terceiros no processo. Terceiros que, como é natural, não subscreveram a convenção arbitral.

Antes de analisarmos o regime aí previsto, é útil deixar escritas algumas palavras de explicação sobre a problemática dos terceiros na arbitragem.

Como se vem tornando habitual dizer, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função. A natureza contratual configura a fonte dos poderes jurisdicionais, a natureza jurisdicional configura o conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato. ⁽¹⁷⁾

Esta natureza significa que a competência do tribunal arbitral, a sua jurisdição, está limitada pela convenção de arbitragem. Porque é contratual a fonte dos poderes do tribunal arbitral, este só tem poderes se houver contrato.

Esta afirmação tanto vale para o âmbito objectivo da convenção de arbitragem, como para o seu âmbito subjectivo. Isto é, o tribunal arbitral tanto tem falta de poderes sobre matérias não incluídas na convenção arbitral, como falta de poderes em relação a pessoas não subscritoras da convenção de arbitragem. ⁽¹⁸⁾

Isto significa, portanto, que a intervenção de terceiros tem de ser cautelosamente regulada. A Lei de Arbitragem Voluntária nenhuma regra tem sobre esta matéria, levando a doutrina a entender que, em regra, não é admissível a intervenção de terceiros na

⁽¹⁷⁾ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem*, in *Actas do I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 82.

⁽¹⁸⁾ Ver, por todos, Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, in *Thémis – Revista da Faculdade de Direito UNL*, Coimbra, 2006 (N.º 13), p. 111 e seguintes.

arbitragem. É certo que a doutrina e a jurisprudência internacional vêm desenvolvendo mecanismos de intervenção de terceiros na arbitragem, mas nenhum deles sequer aparentado com o problema da acção executiva. ⁽¹⁹⁾

A proposta da APA seguiu, por isso mesmo, entendimento muito cauteloso, permitindo apenas intervenção quando todas as partes e os árbitros concordarem com essa intervenção e, evidentemente, o terceiro adira à convenção de arbitragem. ⁽²⁰⁾

O artigo 13.º do Decreto-Lei 226/2008, de 20 de Novembro, determina que a citação de terceiros – cônjuge e credores reais – é admissível, nos termos gerais do artigo 864.º.

A norma mais importante deste preceito é a que consta do seu n.º 4, nos termos da qual, se presume que o cônjuge ou os credores que pratiquem actos perante o centro de arbitragem aceitam a competência desse centro. Prevê-se uma adesão tácita à convenção arbitral, isto é, considera-se que o terceiro atribui competência ao tribunal arbitral constituído no âmbito do centro de arbitragem, mesmo não tendo sido parte da convenção arbitral.

Há desde logo uma clara diferença face à legislação nacional de arbitragem, na medida em que se permite a intervenção de terceiros sem a vontade das partes, isto é, não é requisito de admissibilidade da intervenção destes terceiros o consentimento das partes.

O essencial do regime não é, porém, este – tanto é assim que há regimes que admitem a intervenção de terceiros contra a vontade das partes. Na acção executiva há, por natureza, intervenção de terceiros para que exerçam na acção executiva os seus direitos sobre os bens penhorados.

O problema que se levanta é o de os terceiros não intervirem na acção executiva. Se estes terceiros, citados nos termos gerais, não participarem no processo ou recusarem a competência do centro de arbitragem, há que determinar qual a consequência para a acção executiva arbitral.

⁽¹⁹⁾ Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, in *Thémis* – Revista da Faculdade de Direito UNL, Coimbra, 2006 (N.º 13), p. 136 e seguintes.

⁽²⁰⁾ Cfr. artigo 36.º da Proposta e respectiva nota de roda pé.

Há que distinguir duas situações: por um lado, os credores reais, por outro o cônjuge.

O artigo 13.º n.º 4 estabelece a presunção de que a participação destes terceiros na acção executiva equivale a uma aceitação da competência dos árbitros, do centro de arbitragem. Isto significa, por um lado, que a sua não participação equivale à recusa dessa competência ⁽²¹⁾ e, por outro, a possibilidade de virem ao processo arbitral apenas para dizer – e assim ilidindo a presunção – que não reconhecem competência ao tribunal arbitral.

Ora, em qualquer uma destas situações os terceiros não intervêm na acção executiva. A pergunta que se segue é se esta pode continuar sem a sua participação.

Em relação aos credores, é preciso ter em conta que os direitos reais de garantia caducam com a venda executiva, nos termos do artigo 824.º n.º 2 do Código Civil. Assim, o credor tem necessariamente de exercer o direito na acção executiva, porque se o não fizer, perde o seu direito. Esta consequência é tão forte que é aplicável até em situações em que não haja citação desses credores, conforme estabelece o artigo 864.º n.º 11 (não aplicável à acção executiva arbitral).

Se se mantivesse a venda dos bens sobre os quais o credor tem direito real, estar-se-ia a expropriar um direito sem qualquer possibilidade de intervenção ou, melhor, estar-se-ia a obrigar o credor a intervir na acção executiva arbitral. Já não seria uma arbitragem voluntária, mas necessária. Ora, isso seria uma restrição inadmissível do direito de acesso à justiça, previsto no artigo 20.º da nossa Constituição. Assim, a acção executiva não pode continuar com a penhora sobre aqueles bens, implicando o seu levantamento.

Quanto ao cônjuge, o problema apenas se coloca se forem penhorados bens comuns, sendo necessário proceder à separação do património conjugal. Como acontece em relação aos credores, não aceitando o cônjuge a competência do tribunal arbitral, não se poderá aplicar a consequência gravosa da manutenção da penhora sobre os bens comuns, prevista no artigo 825.º n.ºs 4 e 5, na medida em que tal implicaria obrigar ao exercício dos direitos por via arbi-

⁽²¹⁾ Donde, é também inaplicável a consequência muito gravosa prevista no artigo 864.º n.º 11 CPC.

tral, o que viola o direito de acesso à justiça consagrado na Constituição.

Se, porém, se penhorarem apenas bens próprios do cônjuge executado, o problema não se coloca, podendo prosseguir sem qualquer problema a acção executiva. Assim, no que diz respeito à intervenção do cônjuge, a sua não participação impede a prossecução da penhora sobre bens comuns, podendo continuar-se a acção executiva arbitral penhorando-se bens próprios do cônjuge do executado.

10. CONCLUSÃO

As alterações à acção executiva são importantes, quer ao nível da sua estrutura geral, quer ao nível de aspectos particulares do regime. Merecem seguramente algum estudo e sobretudo alguma cautela. A modificação de princípios estruturantes da lei implica uma sua reinterpretação, mesmo das normas que não sofreram na letra qualquer alteração.

Já se disse que este texto legislativo não agrada, que mais parece uma portaria do que uma lei. Muitíssimas normas não têm dignidade legislativa, são próprias de um regulamento e não de um código.

Mas há que adoptar uma postura construtiva na análise do regime – a bem do sistema de justiça, da saúde financeira e social do país. Onde, se devem procurar as soluções mais simples, mais eficazes, se devem evitar polémicas inúteis. Foi neste propósito que escrevi o texto, embora deva confessar que nem sempre foi fácil.

