

Trata-se de inovações importantes, há muito preconizadas, ambas de carácter estrutural, a primeira visando flexibilizar a tramitação do processo e actuar o princípio da cooperação, a segunda promovendo uma nova dimensão do recurso da decisão da 1.ª instância.

Deixo para mais tarde as observações críticas que se me afiguram pertinentes quanto às alterações implicadas pelo registo e fixo-me por ora na fase da condensação, dada a ênfase posta na sua valoração como *pivot* dum novo processo ordinário, libertado da rigidez que tem caracterizado o actual.

O processo civil português tem sido dominado pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, que parte da visão do processo, oriunda do direito medieval, como uma sequência de fases estanques insusceptíveis de repetição e gerando, em função dos actos que nelas tenham sido praticados ou omitidos, situações irremovíveis: cominações plena e semi-plena, prazos peremptórios, fixação da matéria de facto na especificação e no questionário e disciplina da prova em função do questionário jogam logicamente entre si no âmbito dum esquema rígido, mas coerente ⁽¹⁾. Por isso tenho defendido que a especificação e o questionário, sendo questionáveis no interior de sistemas mais flexíveis, como os que vigoram na generalidade dos países democráticos, dificilmente são substituíveis no âmbito do processo civil português vigente.

As Linhas Orientadoras visaram romper com esta visão estratificada e preconizaram a rotura da estanquicidade, em nome da verdade material, das garantias das partes e da eficiência do processo. Não tendo sido possível, no interior na comissão que as elaborou, abandonar a cominação semi-plena, ou atenuá-la mediante a admissibilidade de impugnações justificadamente extemporâneas (para além do abrandamento geral do regime do justo impedimento), preconizou-se, porém, numa solução de equilíbrio ⁽²⁾, que a colheita dos factos essenciais da causa pudesse ser feita para

⁽¹⁾ Vejam-se, com um pouco mais de desenvolvimento, as observações constantes do *Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Código de Processo Civil*, pp. 746-748.

⁽²⁾ Não muito estável, como todas as soluções de equilíbrio. A manutenção da cominação semi-plena a tanto obrigava.

além da fase dos articulados, que a audiência preliminar constituísse a oportunidade dum diálogo entre o juiz e as partes sobre a alegação da matéria de facto e que aí fossem definidos, sem rigidez, os grandes temas da prova a produzir subsequentemente.

A primeira dúvida que o articulado ora proposto sugere é se, efectivamente, esta rotura se consumou ou se, na preocupação de rever sem substituir ainda uma ordenação legal por outra, o questionário, espinha dorsal do actual sistema, resistiu, afinal, à prova e, crismado de base introdutória, se manteve. Sucintamente vou dizer porque me inclino para o segundo termo da alternativa.

Segundo o actual art. 511.º-1, «o juiz (...) seleccionará entre os factos articulados os que interessam à decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, especificando (...) e quesitando, *com subordinação a números*, os *pontos de facto controvertidos* que devam ser provados».

Segundo o novo art. 511.º-1, teremos que «o juiz, ao fixar a base introdutória, selecciona a *matéria de facto que subsista como controvertida*, a provar em audiência, e que releva para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito».

À substituição dos «pontos de facto controvertidos» pela «matéria de facto que subsista como controvertida» não parece dever dar-se outro significado que não seja o de acentuar o papel que, depois dos articulados, a audiência preliminar pode ainda ter na fixação dos factos da causa (art. 508.º-A-1-c)). Efectivamente, não só o art. 508.º-A-1-d) fala, no caso de se realizar a audiência preliminar, dos «*factos controvertidos*» que o juiz seleccionará, mas também o art. 511.º-2 se refere, eloquentemente, à «*relação dos factos* que constituem a base instrutória».

Considerando-se, tal como hoje, em consequência do funcionamento do ónus da impugnação especificada, «admitidos por acordo os factos que não forem impugnados» (art. 490.º-2), a relação dos factos controvertidos, elaborada com ou sem sujeição a números, não poderá deixar de constituir o elenco dos factos alegados que se devam considerar admitidos por acordo (ainda que, por passe de mágica, se tenha feito desaparecer a especificação). Da base instrutória constarão, pois, não os grandes temas da prova, mas os factos concretos sobre os quais esta irá incidir.

Nesta perspectiva, não admira, seguidamente, que nada tenha sido feito para alterar as limitações do direito à prova (e do princípio do contraditório ⁽³⁾) decorrentes do estabelecimento dum número limite de testemunhas *por cada facto* (arts. 633.º, 638.º-1, 789.º; art. 304.º, referido aos factos da petição e da oposição nos incidentes), que o depoimento de parte continue a dever recair sobre *factos discriminados* (art. 552.º-2) ou que se tenha que fazer *logo* a indicação dos factos sobre os quais há-de recair o depoimento da testemunha a ouvir por carta precatória ou rogatória (art. 623.º-1).

Assim também, os factos que o Colectivo julga provados e não provados (art. 653.º-2) não poderão deixar de ser os *especificadamente* insertos na base instrutória, só eventualmente acrescida dos que resultarem da instrução da causa (art. 264.º-3).

Não se vê, pois, em que difere a base instrutória do questionário: quem tiver alegado que a velocidade do automóvel era de 70 km/hora dificilmente poderá aspirar à prova de que afinal era de 50 km/hora, no âmbito duma questão relativa à velocidade desse automóvel; ou, muito menos, aspirar à prova dum facto responsabilizador inserto num tema geral sobre o respeito, pelo condutor, das normas da condução.

Esta constatação serve para confirmar que só uma nova filosofia do processo civil, que comece por questionar os ónus da contestação e da impugnação e ouse a elaboração dum novo código, poderá conduzir a uma supressão coerente do questionário.

De qualquer modo, quando houver lugar à realização da audiência preliminar, o debate prévio à delimitação do objecto do litígio ⁽⁴⁾ e à fixação da matéria de facto relevante, com possibili-

⁽³⁾ Cf. *Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil*, p. 36.

⁽⁴⁾ A expressão (do art. 508.º-A-1-c) não é rigorosa. Objecto do processo e objecto do litígio coincidem. Constitui-o a pretensão ou pedido (do autor ou, no caso de reconvenção, também do réu), baseado na causa de pedir. Ficam fora dele as excepções e as impugnações indirectas (cf. *A confissão no direito probatório*, p. 35, nota 28). Mas a mistura da delimitação do objecto do litígio com o suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto revela que não é nesse sentido técnico que a expressão é utilizada. A diferenciação das alíneas c) e d) do art. 508.º-A-1 aconselharia a uma distinção clara entre o plano das questões de facto e o das questões de direito: assente que o pedido só excepcionalmente continuará a ser modificável após a réplica (arts. 272.º e

dade de suprimento de insuficiências ou imprecisões expositivas e ulterior selecção dos factos controvertidos, sujeita a reclamações imediatas das partes, constitui um passo importante no sentido de a elaboração da base instrutória se fazer com a colaboração das partes.

Só que, tendo a audiência preliminar, entre outras, esta importante função, não se entende muito bem que o juiz possa dispensá-la com fundamento na simplicidade da causa, sem sequer previamente ouvir as partes, que poderão designadamente dela se querer servir para suprir insuficiências ou imprecisões dos articulados. É, de facto, estranha a solução de conferir *ao juiz* o poder de decidir se a audiência preliminar se destinaria exclusivamente à fixação da base instrutória, quando, sem já falar na tentativa de conciliação, são *as partes* as beneficiárias da finalidade consistente no suprimento das insuficiências ou imprecisões dos articulados ⁽⁵⁾. Pelo seu paternalismo, é de a afastar.

2.1. São numerosas as inovações que introduzem maiores garantias das partes e maior preocupação com a consecução da verdade material.

Não deixam, porém, de se notar algumas insuficiências, entre as quais as que a seguir se indicam.

2.2. O art. 506.º-4-b) admite que os factos supervenientes ocorridos ou conhecidos após a audiência preliminar (ou depois de 10 dias antes da apresentação da réplica ou da tréplica, se a ela não

273.º), é possível que dum debate sobre as questões de direito suscitadas e suscetíveis resulte a insuficiência da alegação de facto — mas isto sem interferência na delimitação (anterior) do objecto do processo. A expressão «objecto da lide» é também impropriamente utilizada no art. 477.º-2. Noutro sentido, igualmente incorrecto (identificando-o com a relação material), é usada a expressão «objecto do litígio» no art. 99.º-1 (cuja previsão, aliás, se afasta, na redacção proposta, da do art. 100.º-4).

(5) Podem, além disso, ocorrer imprecisões ou insuficiências atinentes à matéria de facto respeitante aos pressupostos processuais, quando a al. b) admite a decisão de *absolvição da instância sem audiência preliminar prévia*. Neste ponto, a solução proposta fica, em matéria de garantias das partes, aquém da que vigorou no CPC de 1939 (art. 512.º), ainda que a ocorrência de casos em que ela resulte numa absolvição da instância apressada se apresente dificultada com o dever judicial de suscitar a sanação do pressuposto (art. 508.º-a)).

houver lugar) sejam alegados, em novo articulado, até 30 dias antes da data designada para a realização da audiência de discussão e julgamento.

Deveria, porém, ser esclarecido que esse prazo de 30 dias, tendo como razão de ser a dupla preocupação de garantir a contraditoriedade e de não atrasar o processo, conta, não só relativamente à primeira data designada para a audiência, mas também, no caso de adiamento, relativamente à nova data designada.

Por outro lado, há que salvaguardar o direito da parte que se propõe apresentar o novo articulado quando lhe seja dado conhecimento com menos de 40 dias de antecedência da marcação, sem o seu acordo prévio, da audiência de discussão e julgamento. Do disposto no art. 506.º-4-c) poderá extrair-se a solução da alegabilidade dos novos factos em audiência sempre que eles ocorrerem ou forem conhecidos menos de 30 dias antes da data designada. Mas, além de à parte dever ser assegurada uma salvaguarda de mais 10 dias (cf. art. 506.º-1-b)), causará menos perturbação do processo a admissão do novo articulado (sempre quanto à alegação dos factos recém-conhecidos) no prazo de 10 dias posteriores à notificação da marcação da audiência, ainda que tal resulte no encurtamento do período decorrente até à audiência.

2.3. O art. 512.º-2 concede às partes a faculdade de alterar ou aditar o rol de testemunhas até 30 dias antes da data designada para a realização da audiência de discussão e julgamento.

Também aqui há que clarificar que a referência é feita a qualquer audiência, e não apenas à primeira, e que atender à situação da parte que conheça a data marcada com menos de 40 dias de antecedência.

Mas há mais duas observações a fazer: por um lado, não se entende por que razão se restringe a faculdade ao meio de prova testemunhal, que, embora seja o mais importante, não é o único que permitirá ser alterado ou aditado sem perturbação do andamento do processo; por outro lado, a mesma preocupação de garantir o direito à prova e atingir a verdade material deverá permitir que, nas mesmas condições, a parte seja admitida a requerer as provas a produzir em audiência, no caso de nenhuma ter inicialmente proposto. Aliás, não fora a vantagem que o juiz tem em

saber qual o número aproximado de pessoas a inquirir, poderia ser suprimido o prazo do art. 512.º (se não também o ónus de proposição dos meios de prova na própria audiência preliminar) relativamente às provas a produzir em audiência, mantendo-o tão-só para as provas a produzir antes dela.

2.4. Constituem finalidade complementar da audiência preliminar a proposição e a admissão dos meios de prova constituídos (art. 508.º-A-2-a)), ressalvando-se a possibilidade de, «excepcionalmente», alguma das partes fundadamente requerer a sua proposição ulterior. Julgo não ser de vincar a excepcionalidade deste requerimento: tendo a parte que para ele apresentar razões fundadas, não há já dúvida de que a regra é a da proposição imediata dos meios de prova; mas, sendo que é na mesma audiência preliminar que é fixada a matéria de facto relevante (art. 508.º-A-1, als. c) e d)), já sem falar na possibilidade de nela ser apresentado novo articulado (art. 506.º-4-a)), não é difícil imaginar que aquele requerimento terá de surgir com alguma frequência, ainda que, relativamente à prova testemunhal, a possibilidade de alteração ou aditamento do rol (art. 512.º-2)) atenua as consequências do ónus de indicar a prova na audiência preliminar, sempre que a audiência final seja marcada com antecedência superior a 30 dias.

Seria, porém, de estatuir que o pedido de prazo para a proposição de certas provas não dispensa a parte de propor aquelas que são de imediato proponíveis.

2.5. Os arts. 535.º-1, 588.º e 612.º-1 consagram poderes judiciais discricionários que creio injustificados.

O art. 535.º-1 mantém que as partes apenas podem *sugerir* ao tribunal a requisição de documentos. Nada justifica que não se considere caber no direito à prova o direito de *requerer* (e não-só *sugerir*) a requisição, designadamente quando o documento se encontra em organismo oficial (nos casos de estar na posse da contraparte ou de terceiro: arts. 528.º-1 e 531.º-1).

O art. 588.º diz poder o juiz ordenar a presença dos peritos na audiência final, oficiosamente ou a requerimento de qualquer das partes, quando hoje eles têm sempre o dever de comparecer.

Poderá aceitar-se que as partes devam requerer, mas, se alguma o fizer, o juiz *deve* ordenar a comparência. O requerimento da parte deverá poder ter lugar em tempo útil para se poder fazer a notificação dos peritos.

Do mesmo modo, não se justifica que a inspecção judicial continue a constituir um poder discricionário do tribunal (art. 612.º-1). Como qualquer outra diligência de prova, ela deve poder ser requerida pelas partes, que aliás terão de pôr à disposição do tribunal os meios adequados à sua realização (art. 612.º-2). Ao tribunal deverá caber tão-só o poder de indeferir o requerimento, por ser impertinente ou dilatório, nos termos gerais do art. 265.º-1.

2.6. O art. 573.º determina que, sempre que, por impedimento, suspeição, dispensa legal, escusa, remoção ou impossibilidade superveniente do exercício da função de perito, houver lugar à nomeação de novo perito, deverá esta ter lugar («sempre» repete enfaticamente o artigo) por nomeação do juiz.

O Projecto marca a sua preferência pela perícia requisitada a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou realizada por um único perito, nomeado pelo juiz após audição das partes, erigida em regra só afastada quando o juiz oficiosamente o determine ou alguma das partes o requeira (arts. 568.º e 569.º, este carecido de maior rigor terminológico para afastar a sua interpretação como estabelecendo sempre um poder discricionário do juiz: em vez de «a perícia *pode ser* (realizada), deverá dizer-se «a perícia *será* realizada»). Mas nada justifica que, tendo as partes (ou mesmo o juiz) optado pela perícia colegial, a regra da nomeação de um perito por cada uma das partes ⁽⁶⁾ e do terceiro pelo juiz seja preterida, em termos criadores de desigualdade entre as partes, quando, inclusivamente, a parte que o preceito se propõe diminuir

⁽⁶⁾ Seja esta unipessoal ou *plural*. A terminologia «pluralidade de partes» e «grupo de litigantes» do art. 569.º-3 carece de rigor. Pluralidade de partes só existe seguramente nos casos de oposição e de coligação, sendo já discutível nos de litisconsórcio voluntário e de parte acessória. E a expressão «grupo de litigantes» (também no art. 698.º-3) carece de rigor científico, não a utilizando os arts. 26.º a 31.º (que não alteram os termos tradicionais). Não há qualquer razão para afastar terminologia cientificamente consolidada.

em nada pode ter contribuído para a impossibilidade ou dificuldade ocorrida.

Mais avisada é a solução do actual art. 589.º, que distingue os casos em que ocorra recusa, impossibilidade superveniente da efectivação da diligência (*inclusive* por falecimento) ou impossibilidade de notificação dos peritos e os de escusa e de impedimento deduzidos depois de findo o acto de nomeação: além, a parte não perde a faculdade de nomeação, sem prejuízo de, vindo a ser deduzida recusa julgada procedente contra o novo perito, a nomeação se devolver ao juiz; aqui, e ainda quando falte, por qualquer motivo, o perito nomeado em substituição de outro, é o juiz quem nomeia.

Julgo que há que distinguir os casos em que à parte — ou ao perito nomeado, quando a parte o podia prever — pode ser imputada a ocorrência da causa da substituição daqueles em que tal imputação não se verifica ou não é presumível, só nos primeiros se justificando, se a perícia já tiver tido início (e não tanto o acto da nomeação, que passa a operar por simples despacho, após o requerimento da prova pericial), que a parte perca a faculdade de nomeação, sem prejuízo de dever ser mais apertado o regime de terceira nomeação.

Diga-se que, quanto ao momento do exercício inicial desta, o Projecto não é claro. Entendido que qualquer das partes tem direito à perícia colegial, o requerente deveria logo efectuar a nomeação, salva a ocorrência de dificuldade devidamente justificada, cabendo à parte contrária fazer a sua, com a mesma ressalva, no prazo que tem para se pronunciar sobre o objecto da diligência. Os arts. 577.º e 578.º deverão ser aditados em consequência.

2.7. Em sede de prova testemunhal, são criticáveis os preceitos dos arts. 623.º-2 (apresentação de testemunhas) e 631.º (substituição de testemunhas).

O primeiro, com uma ligeira *nuance*, mantém-se como actualmente: as testemunhas residentes fora da área do círculo (e já não da comarca) para cuja inquirição não se tenha requerido a expedição de carta deverão ser apresentadas pela parte na audiência final e só no caso de recusa da carta, por o juiz entender conveniente o

depoimento perante o tribunal colectivo, é que a parte pode requerer a sua notificação (n.º 3 do artigo).

Não se soube tirar as consequências do preceito do art. 176.º-3, que, revogando o actual art. 176.º-4 (inadmissibilidade da notificação directa, quando feita para deslocação), determina que as notificações sejam efectuadas directamente ao interessado a quem se destinam, seja qual for a circunscrição em que se encontre. Só quando a parte se comprometa expressamente a apresentar a testemunha (ou outra pessoa com intervenção accidental na causa) é que não deveria ter lugar a notificação, sem prejuízo do art. 257.º-2 (entrega de aviso à parte).

Não foi, por certo, a consideração da óbvia oneração da parte com as despesas da deslocação da testemunha (cf. art. 623.º-3) que levou o legislador a manter uma disposição arcaica, que pode dificultar a produção efectiva da prova.

Por outro lado, a manter-se, no art. 623.º-1, o ónus da indicação do objecto do depoimento (cf. *supra*, n.º 1), a cominação do art. 623.º-2 deveria ceder lugar ao convite à parte para ainda o indicar, se não o tiver feito no acto de requerimento da prova.

Quanto ao actual art. 631.º-1, consagra uma injustificável limitação à substituíbilidade das testemunhas, ao impedi-la quanto a testemunhas a apresentar. Esta restrição foi suprimida. Mas não se suprimiu uma outra, consistente na negação da substituição quando, não sendo legalmente possível o adiamento da inquirição por prazo não inferior a 10 dias, a parte contrária o requeira.

Tendo esta norma aplicação geral, abrange tanto os casos em que ocorra impossibilidade, definitiva ou temporária, do depoimento ou em que a testemunha não tenha sido notificada, devendo tê-lo sido, como aqueles em que a testemunha muda de residência ou falta sem motivo justificado e não é encontrada para vir depor (cf. art. 629.º-2).

Ora, quando comprovadamente se verifique um obstáculo não imputável à parte, que seja insuperável ou dificilmente superável, ou seja imputável ao próprio tribunal, constitui grave limitação do direito à prova colocar na disponibilidade da parte contrária a eficácia do exercício do direito à substituição. Pense-se no caso extremo da testemunha falecida na véspera do julgamento. Pelo

menos nesses casos, a faculdade de substituição deve ser garantida em termos menos precários.

Tão-pouco se compreende a manutenção, sem distinções, da restrição do art. 631.º-2 (inadmissibilidade de substituição por uma testemunha a inquirir por carta). Porque não admitir a substituição quando ela seja requerida antes do despacho de admissão da prova ou da expedição das outras cartas requeridas, ou quando se queira substituir uma testemunha a ouvir por carta por outra no mesmo tribunal deprecando? O único limite a existir deverá ser o atraso do processo, desde que a parte contrária se oponha à substituição.

2.8. Pela Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados foi proposto que, inquirida a testemunha, se admitisse que a parte contrária a pudesse ouvir a outros factos para além daqueles aos quais tenha deposto por indicação da parte que a ofereceu ⁽⁷⁾. Mas o art. 638.º-1 propõe-se manter o regime actual, apenas consentâneo com a concepção da verdade formal que o preâmbulo do Projecto se propõe afastar.

2.9. Em sede de adiamentos, não se justifica que não se atenda à falta de advogado em inquirição por carta (art. 630.º-3) nem que se mantenha a impossibilidade de adiamento por acordo das partes (art. 651.º-2).

Mantendo-se a falta do advogado como fundamento de adiamento da audiência de discussão e julgamento ⁽⁸⁾ e podendo uma inquirição por carta ser tão importante como uma inquirição em julgamento, a diferença de regime não se justifica, tanto mais que um incidente imprevisto na deslocação que o advogado efectue o pode impossibilitar de comparecer à hora marcada. Para diminuir os atrasos resultantes da produção de prova por carta, há que con-

⁽⁷⁾ *Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Código de Processo Civil*, p. 750.

⁽⁸⁾ Art. 651.º-1-c). Com incrível, porque potencialmente humilhante, automática comunicação ao mandante para que, sentindo-se lesado, participe, querendo, à Ordem dos Advogados. Mais digna seria a consagração da mera comunicação, quando o mandante não tenha estado presente no tribunal. Aliás, em local algum se prevê que, faltando o juiz, sejam as partes notificadas para que, se se sentirem lesadas e quiserem, participem ao Conselho Superior da Magistratura. *Idem* para o Ministério Público, quando é parte principal.

fiar, por um lado, na maior dificuldade justamente levantada a esse tipo de inquirição (art. 623.º-3) e, por outro lado, nos bons resultados do acordo prévio para marcação das diligências (art. 155.º).

Quanto ao adiamento por acordo das partes, é de lamentar que se continue a não entender que o processo civil contencioso existe porque há um litígio e que a solicitação da solução deste pelo tribunal está na disponibilidade do autor, mesmo no domínio dos direitos indisponíveis: os tribunais estão ao serviço das partes e não estas ao serviço dos tribunais ou das estatísticas do Ministério da Justiça.

3. Os arts. 476.º (irregularidades dos articulados) e 477.º (deficiências dos articulados) ⁽⁹⁾ estão sistematicamente deslocados: visando o aperfeiçoamento de *qualquer articulado* (art. 476.º-2-a) e 477.-1) e não-só da petição, ou a apresentação de documentos cuja junção é tida por essencial na fase dos articulados (art. 476.º-2-b), cabem mal na secção sobre a *petição inicial*.

Mas esta é a menor das observações que a redacção dos dois preceitos suscita.

No art. 476.º-2-b) fala-se de «pressupostos da acção, da reconvenção e da defesa». Estando há muito elaborado o conceito de pressuposto processual, como condição de admissibilidade *da acção* ⁽¹⁰⁾, a trilogia utilizada é susceptível de, sem qualquer utilidade, o vir baralhar. Penso que por pressupostos *da defesa* se terão querido referir os pressupostos processuais respeitantes ao réu ⁽¹¹⁾

⁽⁹⁾ Melhor seria que as respectivas epígrafes tivessem denominação próxima daquela por que são tradicionalmente conhecidas as figuras a que se reportam, embora referida agora a qualquer articulado. Não se vê razão, muito menos num Projecto que não pretende constituir um novo código, para alterar terminologias radicadas e consensuais. Por isso também, o termo «deficiência» não deveria constar do art. 476.º-3.

⁽¹⁰⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao processo civil*, Lisboa, Lex, 1993, p. 71. Cf. art. 19.º do Projecto Varela. Refere-se-lhe de passagem o art. 265.º-2 do actual Projecto. Se se entendeu dever deixar para o futuro Código a introdução sistemática do conceito, como resulta da manutenção dos arts. 288.º e 494.º, que não o adoptam, mais valia não a comprometer, desde já, com noções menos rigorosas.

⁽¹¹⁾ E não apenas os respeitantes às excepções por ele deduzidas, acepção em que não vejo que pudessem ir além da legitimidade para a arguição das excepções em sentido próprio, em conformidade com a lei substantiva, que é já uma condição de procedência — e não de admissibilidade — da acção.

e que os homólogos pressupostos da acção (ou reconvenção) terão querido abranger aqueles que respeitam ao autor (ou reconvinente). Mas constituirá pressuposto processual *da defesa* o referente à legitimidade do réu, quando se pretende que esta seja aferida pela petição inicial (art. 26.º-3)? E onde situar então os pressupostos respeitantes ao tribunal?

Por outro lado, se bem entendo o preceito, os documentos essenciais à «definição» desses pressupostos, que se exige sejam juntos com os articulados, abrangem, não só certidões de idade, certidões de sentença de interdição ou inabilitação, autorizações, procurações, pactos atributivos de jurisdição ou competência, mas também certidões de casamento, certidões de escritura ante-nupcial, certidões de registo de propriedade, etc., etc., isto é, toda a prova documental atinente à *verificação* dos vários pressupostos processuais. Constituindo o despacho saneador o momento processual mais adequado para o conhecimento das excepções dilatórias (art. 510.º-1-a), é aceitável que se procure que seja logo produzida a prova necessária à sua apreciação. Mas, continuando também a ser possível a verificação só a final dum pressuposto (art. 510.º, n.ºs 2 e 6), a exigência não deve ser levada ao ponto de a acção não poder prosseguir se não forem juntos os documentos em falta. A alegação da dificuldade na obtenção de algum documento deve ser expressamente prevista como dando lugar ao prosseguimento do processo, podendo a parte valer-se dos arts. 523.º-2 e 524.º para a junção posterior ⁽¹²⁾. É que, além do mais, se o pressuposto (da defesa?) relativo à legitimidade *do réu* tiver de ser estabelecido *pelo autor*, lá teria este que descobrir nesta fase, por exemplo, certidões de casamento que lhe podem ser dificilmente localizáveis, ou que requerer a notificação do réu para que diga onde poderão ser obtidas, ao abrigo dos arts. 266.º e 519.º — tudo actos que poderão, com maior economia de tempo, continuar a poder ser praticados na fase da instrução.

⁽¹²⁾ Esta é hoje a consequência de não se aperfeiçoar a petição irregular. E continuará a ser, necessariamente, a consequência do não suprimento das restantes irregularidades referidas no art. 476.º-2. Se outra consequência se teve em vista, a situação devia ter sido prevista no art. 477.º e não no art. 476.º

É ainda de clarificar que:

- O convite feito nos termos do art. 476.º só pode ter lugar findos os articulados, pois a comparação com o artigo seguinte («até ao termo da audiência preliminar»: cf. arts. 508.º-*b*) e 508.º-A-1-*c*) poderia levar a pensar que, além do momento a que se refere o art. 508.º-*b*), também antes dele poderá o juiz proferir despacho de suprimimento da irregularidade ⁽¹³⁾.
- O despacho que convide a suprir a irregularidade ou a deficiência não transita em julgado: a sua irrecorribilidade (arts. 476.º-3 e 477.º-4) resulta precisamente da sua provisoriedade ⁽¹⁴⁾.
- O novo articulado a que se refere o art. 477.º-1 não tem que repetir a alegação fáctica anterior, mas apenas que a completar ou corrigir, pois de outro modo poderia entender-se que os articulados entretanto subsequentemente produzidos teriam também de ser integralmente repetidos (cf. art. 477.º-2).

4. Os n.ºs 1 e 2 do art. 483.º estão por ordem inversa da cronológica: primeiro, no caso de citação postal, a secretaria notificará o réu de que poderá apresentar a contestação no prazo suplementar (que seria mais justo ser de 5 dias, em vez de 3); depois, persistindo a revelia, o juiz verificará a regularidade da citação.

5. A instrução tem por objecto os factos constantes da base instrutória e, por isso, deverão ser os mesmos os factos a que se referem os arts. 511.º-1 e 513.º. Mas, enquanto o art. 511.º-1

⁽¹³⁾ A supressão do indeferimento liminar da petição inicial não deixará de causar transtorno ao réu nos casos que sejam de manifesta e insuperável inadmissibilidade ou de manifesta improcedência da acção. Mas a excepionalidade desses casos justifica, em nome da economia processual, que o processo só vá pela primeira vez ao juiz após os articulados.

⁽¹⁴⁾ CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil e Recursos*, Lisboa, Associação Académica, 1980, respectivamente III, p. 70 e pp. 44-45. No caso de articulado deficiente, a irrecorribilidade do despacho de aperfeiçoamento resulta também de ter sido proferido no uso dum poder discricionário.

manda seleccionar, na base probatória, «a matéria de facto que subsista como controvertida», o art. 513.º enuncia que constituem objecto da instrução «os factos controvertidos ou que apenas possam ser demonstrados» (isto é, provados) «por certo meio probatório».

Técnica preferível será a de incluir na base probatória todos os factos necessitados de prova, seja porque expressamente controvertidos, seja porque, ainda que não impugnados, só podem ser provados por determinado meio *ou não são susceptíveis, por outro motivo, de constituir objecto de prova por confissão ou admissão* (cf. art. 490.º-2).

Estes últimos, destinando-se a ser provados em audiência, não poderão deixar de fazer parte da base instrutória. Quanto aos primeiros, também não deixam, em alguns casos, de poder ser objecto de prova em audiência, como acontece com o depoimento de parte que se destine a ilidir a presunção de cumprimento que está na base da prescrição presuntiva (art. 313.º-1 C.C.) ou a suprir a falta de documento *ad probationem* (art. 364.º-2 C.C.). E, se é certo que factos há que só podem ser provados por documento escrito insubstituível, o que acontece com os negócios jurídicos para cuja forma tal seja exigido por lei ou por vontade das partes (arts. 220.º, 223.º-1 e 364.º-1 C.C.), certo é que também não passa pela audiência de discussão e julgamento — mas sim pela sentença final (art. 659.º-3) — a prova dos factos que, podendo embora ser provados por outro meio, acabam por sê-lo por meio com força probatória plena, uns e outros, porém, sujeitos à prova do contrário, que, fóra as restrições especiais estabelecidas na lei civil, pode ter lugar por qualquer meio (art. 347.º C.C.).

Neste contexto, pode inclusivamente suscitar uma interpretação errónea a supressão da parte final do art. 653.º-2 (o Colectivo não se pronunciará sobre factos que só possam provar-se documentalmente ou que estejam plenamente provados por admissão, confissão ou documento).

6. Em consequência da manutenção do incidente de falsidade (*supra*, II.12), o Projecto persiste em não dar um tratamento unitário aos diversos casos de excepção probatória contra um documento, continuando desfasado relativamente ao regime substantivo da prova documental vigente desde 1967.

O incidente de falsidade não tem hoje grande razão de ser, pelo que deve ser suprimido e substituído por um meio processual mais expedito que cubra todos os casos de excepção probatória documental ⁽¹⁵⁾.

O incidente de falsidade, tal como a nossa lei processual o concebe, oferece a estranha particularidade de umas vezes ter tramitação própria e outras não: não a tem quando o documento é apresentado com articulado que não seja o último, salvo o caso de conhecimento superveniente da falsidade; e só a tem total quando deduzido depois da audiência de discussão e julgamento.

Por ele não são cobertos todos os casos de excepção probatória contra um documento: quer a falta de genuinidade (ou contrafacção), que o Código Civil de 1966 autonomizou da falsidade, quer o caso em que o subscritor do documento não sabe ou não pode ler, quer ainda aquele em que o documento é preenchido após subtracção a quem o subscreveu em branco, carecem dum meio processual pelo qual se faça valer a oposição à produção do respectivo efeito probatório, em termos que, para além da possibilidade de resposta do apresentante (já abrangida pelo art. 3.º-3), facultem a produção de meios de prova (não limitados ao exame do documento, previsto no art. 513.º).

Este meio, a abranger também os casos de falsidade e semelhante ao previsto em sede de impedimento ou suspeição de perito (art. 572.º), impugnação de testemunha (arts. 636.º e 637.º) ou contradita (arts. 640.º e 641.º), teria por si a simplicidade, a funcionalidade e a adequação ao esquema da lei substantiva.

7. Não se propõe alteração ao art. 566.º, que se refere à acção de declaração de nulidade ou de anulação da confissão judicial.

Creio que já hoje é admissível que a declaração de nulidade da confissão, judicial ou extrajudicial, tenha lugar no próprio processo em que tenha sido produzida ou invocada ⁽¹⁶⁾; mas isto mesmo devia, por uma razão de clarificação da solução, ser expres-

⁽¹⁵⁾ *A falsidade no direito probatório*, pp. 179-188.

⁽¹⁶⁾ *A confissão no direito probatório*, p. 753.

samente estatuído. Quanto à anulação da confissão, decorre do art. 287.º C.C., aplicável por força do art. 359.º C.C., a necessidade duma acção para a fazer valer; mas poderia estipular-se, com economia processual, que essa acção, pelo menos quando a confissão for judicial e a acção pender ainda ⁽¹⁷⁾, seja intentada por apenso à acção em que a confissão tenha sido produzida.

Não há razão, de facto, para dar a estas excepções probatórias tratamento ainda mais complicado do que aquele que a lei processual desde sempre tem conferido à falsidade documental.

Ainda em sede de confissão, deverá aproveitar-se a revisão do Código para impor claramente a sua redução a escrito (ou gravação) sempre que seja produzida no decurso de prestação de informações e esclarecimentos ao tribunal ou de depoimento de parte em audiência, uma vez que só quando escrita tem força probatória plena (art. 358.º-1 C.C.), que o depoimento de parte só é reduzido a escrito quando não prestado em audiência de discussão e julgamento que tenha lugar em tribunal com alçada (arts. 563.º-1 e 791.º-2) e que a prestação de informações e esclarecimentos ao tribunal não tem, em princípio, que obedecer à forma escrita (arts. 266.º, n.ºs 2 e 3 e 519.º-1).

Havia-o proposto o Projecto Varela (arts. 445.º-3), em sintonia com o que estabelecem as outras legislações latinas ⁽¹⁸⁾, e não se entende por que não foi o preceito aproveitado, em fixação do sentido da previsão do art. 659.º-3.

8. Vem sendo progressivamente abandonada a prática de apresentação dum relatório único, ainda que com divergências, pelos peritos encarregados do arbitramento, que, consequente-

⁽¹⁷⁾ Não é que a confissão judicial não possa ter eficácia probatória plena fora do processo em que é produzida, como confissão extrajudicial (sobre as condições que têm de estar reunidas para a produção deste efeito: *A confissão no direito probatório*, pp. 322-323). Mas a sua mais íntima ligação àquele processo permite invocar uma maior razão para que nele, ou por apenso a ele, se proceda à sua anulação. Não quero com isto dizer que não entenda ser desejável que também a anulação da confissão extrajudicial com força probatória plena deva ter lugar no processo em que é invocada, desde que ainda pendente. A aproximação do regime processual da falsidade documental aconselhá-lo-á.

⁽¹⁸⁾ Cf. *A confissão no direito probatório*, p. 194, nota 98.

mente, tendem cada vez mais a proceder individualmente à diligência.

Esta tendência, fruto da pressa com que tudo hoje se faz e da transposição da litigiosidade entre as partes para o campo do arbitramento, deve, nos casos em que se recorre à perícia colegial, ser contrariada. Poderá entender-se que o faz o art. 586.º-2, na medida em que fala das razões do perito discordante (cf. também art. 589.º-1: «*relatório pericial apresentado*»); mas creio que deveria ser acentuada a preferência pela apresentação dum relatório único — se não mesmo a sua imposição —, agora que deixa de haver, a não ser excepcionalmente (art. 586.º-3), respostas ditas para a acta da diligência.

9. O art. 647.º mantém a possibilidade de, a requerimento do autor, poder ser designado dia para a audiência, nas acções de indemnização fundadas na responsabilidade civil, se a duração do exame para a determinação dos danos se prolongar por mais de 3 meses.

A norma está certa; mas dever-se-ia acrescentar, para não haver dúvida, que a designação da audiência não suspende o exame, cujo relatório deverá ser tido em conta na liquidação em execução de sentença.

10. Pelo art. 673.º-A intentou-se consagrar o efeito do caso julgado como decisão prejudicial, também conhecido por efeito positivo do caso julgado ou autoridade do caso julgado, e pelos arts. 674.º-A e 674.º-B intentou-se regular o efeito do caso julgado penal em processo civil.

Nada disso foi feito com os cuidados que a importância da matéria impunha.

Em primeiro lugar, a terminologia é deficiente:

- Fala-se de «*objecto da pretensão*» por «*objecto do processo*», «*pretensão*» ou «*pedido*». De qualquer modo, melhor seria, para não parecer que se está falando de coisa diferente, referir, como o art. 671.º, que permaneceu intocado, a decisão *sobre a relação material controvertida*.
- Fala-se de «*acções em que se discutam direitos dependentes da relação jurídica definitivamente apreciada, quando,*

em vez de misturar direitos e relações, sendo que até podem estar em causa apenas factos (cf. art. 4-2-a), seria antes de referir as acções relativamente às quais a decisão proferida (sem necessidade de referir que «definitivamente», pois tal decorre já do trânsito em julgado) constitua questão prejudicial (cf. art. 97.º-1, com terminologia correcta e também não afastada).

- Fala-se de relações jurídicas (civis) «que *dependam* da existência da infracção» (penal), quando os factos constitutivos do direito civil não se confundem com os factos constitutivos da infracção penal e não é a existência desta que condiciona qualquer efeito de direito civil.
- Fala-se de «presunção legal *de inocência*» em acções de natureza civil, o que constitui estranha importação dum conceito privativo do direito penal.

Em segundo lugar, o disposto no art. 673.º-A-2 (extensão a terceiros da autoridade do caso julgado), confrontado com os arts. 497.º-1 e 498.º, n.ºs 1 e 2 (requisito da identidade de sujeitos na excepção de caso julgado), e com o art. 674.º (extensão a terceiros dos efeitos do caso julgado nas acções de estado), poderia levar a pensar que, fora o caso do art. 674.º, só o caso julgado prejudicial é extensível a terceiros, nunca podendo um terceiro invocar ou contra um terceiro ser invocada a excepção de caso julgado. Como quase todas as normas especiais que regulam a oponibilidade da sentença a terceiros ⁽¹⁹⁾ são idênticas em ambos os casos (autoridade e excepção), essa conclusão seria falsa.

Em terceiro lugar, o art. 673.º-A não vem solucionar qualquer dúvida doutrinária ou jurisprudencial, pelo que, pretendendo-se fazer a mera revisão do código existente, mais vale deixar as coisas como estão.

Em quarto lugar, sob as epígrafes «autoridade *da decisão* penal condenatória» e «eficácia *da decisão* penal absolutória», do que os arts. 674.º-A e 674.º-B tratam, como fazia, também imper-

⁽¹⁹⁾ A doutrina moderna prefere falar de oponibilidade da sentença a terceiros que de extensão subjectiva do caso julgado. Por todos: LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1984, pp. 441-442.

feitamente, o velho Código de Processo Penal de 1929 (arts. 153.º e 154.º), é da eficácia extraprocessual *da prova* produzida em processo penal («presunção ilidível *da existência dos factos*»; «presunção legal ilidível mediante *prova em contrário*»; «em quaisquer acções civis» ou «de natureza civil»), matéria que, situando-se fora do âmbito da eficácia do caso julgado ⁽²⁰⁾, só poderia ter algum cabimento no art. 522.º.

Em quinto lugar, não vejo que se justifique a absolutização da eficácia da prova produzida em processo penal, em termos de valer «em quaisquer acções civis», fora do condicionalismo do art. 522.º, respeitoso do princípio do contraditório e das garantias da defesa da parte contra quem a prova é produzida ⁽²¹⁾.

IV RECURSOS

1. Se exceptuarmos a supressão do recurso para o tribunal pleno, o elenco dos recursos mantém-se. E mantém-se, designadamente, o complexo regime de subida do agravo.

Entretanto, são propostas, como duas soluções tendentes à uniformização da jurisprudência: a figura do julgamento alargado do recurso de revista, mediante a intervenção do plenário das secções cíveis, a ter lugar por decisão do presidente do Supremo Tribunal de Justiça, tomada oficiosamente ou a requerimento duma parte ou do Ministério Público (art. 732.º-A); o recurso para o S.T.J. do acórdão da relação que esteja em oposição com outro, dessa ou de diferente relação, sobre a mesma questão fundamental de direito, quando dele não caberia recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal (art. 678.º-4).

⁽²⁰⁾ Cf. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, III, pp. 345-348.

⁽²¹⁾ Ver ALBERTO DOS REIS, local citado.

Com o intuito de limitar o número de recursos, propõe-se: a criação do recurso de revista *per saltum*, a requerimento duma das partes, quando se recorra da 1.^a instância com fundamento em meras questões de direito (art. 725.º); a inadmissibilidade de agravo em 2.^a instância do acórdão da relação que confirme, sem voto de vencido, a decisão da primeira instância, a menos que o recorrente demonstre que ele está em oposição com outro, proferido por uma das relações ou pelo S.T.J., que, no domínio da mesma legislação, tenha decidido diversamente a mesma questão fundamental de direito (art. 754.º-2).

Confere-se ainda competência ao relator da 2.^a instância, dispensando-se a apreciação pela conferência, para decidir as questões que considere simples, designadamente por terem sido objecto de apreciação uniforme e reiterada pela jurisprudência, assim como os recursos manifestamente infundados (art. 705.º).

O julgamento alargado da revista constitui a melhor solução substitutiva do recurso para o tribunal pleno; e, suprimido este, a norma do art. 678.º-4 está inteiramente justificada.

Quanto ao recurso *per saltum*, os termos prudentes em que se propõe que seja admitido (mediante requerimento nas conclusões da alegação; após audição da parte contrária; com definitividade da decisão que o indefira e a possibilidade de o relator determinar a baixa do processo à relação; com os efeitos e o regime de subida da apelação) aconselham a experiência. Sabendo-se, no entanto, que há alguma flutuação nas decisões do STJ sobre a fronteira entre a matéria de facto e a matéria de direito, seria de estatuir, em nome da economia processual, que, se, passado o momento do despacho liminar do relator, o STJ vier a entender que é de facto alguma das questões suscitadas nas alegações, ele não deixará de conhecer da revista, definindo o direito aplicável, nos termos do art. 730.º-1, e só subsequentemente remetendo o processo à relação para decisão dessa questão de facto.

Já a supressão do direito ao recurso nos termos do art. 754.º-2 oferece sérias dúvidas.

A solução já algumas vezes tem sido proposta, sem a circunscrever, por magistrados impressionados com o grande

número de recursos interpostos para o STJ sem fundamento sério. Com alguma prudência, o Projecto limita a restrição ao agravo, sendo que, por via da extensão do âmbito da revista a todos os casos em que, com fundamento na violação de lei substantiva, se recorre de acórdão da relação que conheça do mérito da causa, ainda que proferido em recurso de agravo (art. 721.º), apenas decisões proferidas sobre questões processuais são visadas. No entanto, há que ter em conta que a decisão sobre questões processuais pode revestir-se de tanta importância prática como a decisão de mérito (ex.: o indeferimento dum rol de testemunhas apresentado 30 dias antes da audiência de discussão e julgamento, quando nenhuma testemunha fora proposta no momento normal da sua apresentação).

Ora, por muito criticáveis que venham sendo, a todos os níveis, as decisões dos nossos tribunais, a verdade é que é sempre de esperar que as decisões do Supremo se revistam de melhor qualidade do que as das instâncias. Impedir o recurso de agravo em 2.ª instância apenas porque a relação, por unanimidade, decidiu do mesmo modo que a 1.ª instância pode constituir uma grave limitação do direito da parte a lutar pela melhor decisão.

Nem se argumente com a concessão da possibilidade de invocar a oposição do acórdão recorrido com outro proferido em sentido diverso. Em primeiro lugar, é direito da parte o de tentar demonstrar que uma qualquer orientação anterior das relações ou do Supremo é errada. Em segundo lugar, pode estar em causa uma questão não anteriormente apreciada — e basta pensar que a legislação processual vai ser alterada para que a situação, longe de ser rara, ir ser previsivelmente muito frequente. Em terceiro lugar, sabemos os obstáculos que se têm levantado ao reconhecimento dos pressupostos do recurso para tribunal pleno e transferi-los para o âmbito do agravo em 2.ª instância não se afigura ser solução a aplaudir. Em quarto lugar, a uniformização da jurisprudência é desejável que seja realizada pelo Supremo, mas não pelas relações, em condições que não permitem, ou quase não permitem, o acesso ao Supremo: o preceito proposto conduziria, a breve trecho, a esta situação.

Poderão ser pensadas outras soluções dissuasórias de recursos infundados, tal como a ampliação (não totalmente compreensiva) dos casos de atribuição de efeito não suspensivo ao agravo em 2.^a instância interposto neste condicionalismo ou o reforço da condenação em custas do recorrente que decaia. Mas o alívio dos tribunais não deve ser conseguido à custa do direito fundamental de acesso à justiça ⁽¹⁾.

A suprimir-se a inovação do art. 754.º-2, o art. 725.º deveria tornar-se aplicável ao agravo.

Menos má é a solução constante do art. 705.º. Também ela nitidamente proposta sob a perspectiva das condições de trabalho dos juízes e igualmente importando o risco de estratificar orientações jurisprudenciais de modo demasiado mecânico, o certo é que a parte terá sempre ao seu alcance a solução da reclamação para a conferência (art. 700.º-3). Mas, também por isso mesmo, duvida-se da eficácia prática da inovação.

2. O art. 684.º-A, tal como o art. 698.º-6, utilizam o termo «objecto do recurso» num sentido impróprio, contraditório com aquele em que o faz o art. 684.º-3 e o tem trabalhado a doutrina.

Objecto de recurso é a decisão de que se recorre ⁽²⁾, tanto assim que, na falta de especificação, o recurso abrange tudo o que *na parte dispositiva da sentença* for desfavorável ao recorrente (art. 684.º-2).

Pode, por isso, dizer-se pacífico, salvo em alguma decisão jurisprudencial menos avisada ⁽³⁾, o entendimento segundo o qual o recorrido pode, na respectiva alegação, invocar fundamentos em que tenha decaído, sem que tal configure um recurso subordinado ⁽⁴⁾, o qual só pode ter lugar quando parte da *decisão* (e não dos fundamentos) for desfavorável ao recorrido no recurso principal (art. 682.º-1).

⁽¹⁾ Ainda por cima, casos há em que a limitação do direito ao recurso por violação da lei de processo não evita o recurso, como acontece quando uma violação de lei substantiva, também invocada, funda o recurso de revista (cf. art. 722.º-1).

⁽²⁾ CASTRO MENDES, *Recursos*, Lisboa, Associação Académica, 1980, p. 25.

⁽³⁾ Assim no Ac. do S.T.J. de 13-4-94 (revista 84 794 da 2.ª secção).

⁽⁴⁾ Este entendimento mantinha-se no art. 546.º do Projecto Varela, que consagra o ónus de requerer a sua apreciação, tida como mera «ampliação do âmbito normal» do recurso.

O art. 684.º-A, introduzido pelo D.L. n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, vem, talvez sem que o legislador se tenha dado conta, baralhar esta conceptologia, ao considerar a «impugnação» subsidiária da decisão *sobre matéria de facto*, tal como o «requerimento» de decisão *sobre fundamento* em que a parte vencedora tenha decaído, como uma ampliação do objecto do recurso. Esta orientação briga, designadamente, com o disposto no art. 715.º-1 sobre a cognoscibilidade, pelo tribunal de recurso, de todas as questões que ao tribunal recorrido era lícito conhecer, ainda que não apreciadas na decisão recorrida nem invocadas nas alegações das partes, sem que tal implique ampliação do objecto do recurso. Mas o art. 698.º, no seu n.º 6, de novo usa impropriamente o conceito de objecto do recurso, ao qualificar como tal a reapreciação da prova gravada.

Esta terminologia deve ser clarificada.

Por outro lado, note-se que a interpretação literal do art. 684.º-A-1 levaria a circunscrever no âmbito dos fundamentos invocados pelo recorrido em 1.ª instância («caso de pluralidade de fundamentos da acção ou da defesa») o objecto do requerimento de decisão sobre fundamento em que tivesse decaído. Questões novas, ainda que de conhecimento oficioso, que não tivessem precludido não poderiam constituir objecto da «ampliação». A imprecisão é grande e não é difícil imaginar as dúvidas e controvérsias a que, a manter-se, ela iria dar lugar.

Ainda a propósito do art. 684.º-A, verifica-se que o n.º 3, respeitando à decisão do tribunal de recurso sobre matéria de facto, teria melhor cabimento no art. 712.º

3. O art. 687.º-5 pretende consagrar explicitamente a possibilidade de o requerimento de recurso ser ditado para a acta.

Fá-lo, porém, em termos ambíguos, ao circunscrever essa possibilidade ao recurso de despacho ou sentença oral, acabado de ser proferido («logo»), quando não se vê razão para impedir que seja ditado para a acta, designadamente da audiência de discussão e julgamento, o requerimento de recurso duma decisão anterior à audiência em curso, ou proferido em sessão anterior dessa audiência — como hoje se entende que é possível.

4. Discordo de que a consequência de o recorrente não responder ao convite para completar, esclarecer ou sintetizar as conclusões das alegações deva ser, em todos os casos, o não conhecimento do recurso (art. 690.º-4).

A cominação compreende-se, quando muito, quando faltem as conclusões da alegação ou quando elas sejam tão obscuras que delas nada se entenda, ou ainda quando não sejam feitas as especificações exigidas pelo n.º 2 do artigo. Mas, fora destes casos, a deficiência ou obscuridade das conclusões, bem como o seu carácter pouco sintético (carecido, aliás, de ser mencionado no n.º 3, após o aditamento do poder de ordenar que sejam sintetizadas), não deverão impedir o conhecimento do recurso, sem prejuízo de poderem ter influência negativa na decisão.

5. O prazo para as alegações de recurso é ampliado em 2 dias, quando não integre nenhum dia feriado (30 dias contínuos — 20 dias úteis = 2 dias). Em princípio, será suficiente nos casos de parte unipessoal, embora fosse de admitir, quando o processo seja especialmente complexo, a prorrogação, não apenas por acordo das partes (art. 147.º-2), mas também a requerimento de uma delas (cf. *supra*, II,2, a).

Nos casos, porém, de parte plural, a sujeição de todos os sujeitos que a integrem (recorrentes ou recorridos) a um único prazo para alegações (art. 698.º-3) pode facilmente resultar na sua insuficiência: basta que seja indispensável a — normal — consulta do processo, que este se revista de alguma complexidade e que vários autores ou vários réus, não representados pelo mesmo advogado, tenham recorrido ou sejam recorridos. Em vez de apenas deixar à discricionariedade da secretaria a organização das confianças do processo no âmbito dum prazo rígido, seria de admitir a afixação dum prazo único superior, por iniciativa oficiosa ou a requerimento dum dos interessados, tidos em conta o número de recorrentes e recorridos e a complexidade da causa.

Sugere-se ainda a troca entre os preceitos do n.º 3 e do n.º 4 do art. 698.º, pois, tal como está, o n.º 3, se não fosse o n.º 4, seria literalmente interpretado no sentido de abranger os casos em que autor e réu são ambos recorrentes (e ambos, consequentemente, recorridos). É mais lógico que venha primeiro a regra aplicável ao

caso de ambas as partes recorrerem e depois a respeitante aos casos de litisconsórcio e coligação de recorrentes ou recorridos, cujo âmbito de previsão imediatamente resultará ser diverso. De qualquer modo, a expressão «grupo de litigantes» não é feliz, porque equívoca.

6. Um frequente (e inexplicável) atraso dos recursos resulta do tempo que normalmente é tomado com a expedição do processo para o tribunal superior, tal como frequente factor de atraso da propositura da execução constitui o tempo que o processo demora a descer dos tribunais superiores ao de 1.^a instância. A contagem das custas é apenas um factor que para tal contribui.

A reforma do Código deve preocupar-se com estes tempos mortos, que tanto prejudicam as partes, impondo o cumprimento dos prazos que estabeleça para estes actos da secretaria.

Em vez disso, o art. 699.º, tal como o art. 719.º, suprime os prazos actualmente existentes. Compreende-se por que o faz: eles têm sido letra morta. Mas a resposta ao incumprimento dos prazos para a prática dos actos da secretaria deve ser outra: a responsabilização de quem os excede.

Entendo, por isso, que, no art. 166.º ou nos arts. 699.º e 719.º, se deve estabelecer um prazo *máximo* para a transferência dos processos dum para outro tribunal, incluindo já o período de tempo *mínimo* necessário para a contagem.

7. O art. 700.º-1 contém a enumeração ⁽⁵⁾ dos actos que ao relator cabe praticar, dentro duma óptica de bem vincar que a intervenção da conferência no processo de recurso deve ficar reservada ao essencial.

Parece-me, porém, preferível, em vez da preocupação de minúcia que a enumeração revela, seguir a via inversa de definir as zonas de intervenção da conferência (incluindo a de decisão das reclamações dos despachos do relator) e atribuir a competência residual ao relator. É que a enumeração, que manifesta pretender

(5) Taxativa ou exemplificativa? O termo «designadamente» é ambíguo, pois pode ter ambos os significados.

ser exaustiva, corre sempre o risco de não cobrir todas as situações e, mesmo que se tenha por não taxativa, de dar azo a dúvidas sobre a competência para actuações não expressamente previstas.

Aliás, nesse elenco de incumbências do relator, incluem-se algumas constantes de outros artigos do Projecto, gerando-se assim repetições que uma boa elaboração sistemática desaconselha. Assim, a possibilidade de julgamento sumário do recurso é conferida pelo art. 705.º, para o qual o art. 700.º-1-h) remete; a correcção da qualificação dada ao recurso, do efeito atribuído à sua interposição e do regime fixado para a sua subida (art. 700.º-1-b) está também estatuída nos arts. 701.º a 703.º; o convite às partes para aperfeiçoar ou esclarecer as conclusões das alegações está também estatuído nos arts. 690.º-4 e 701.º-1, com a agravante de o art. 690.º-4 referir a apresentação, o complemento, a síntese e o esclarecimento das conclusões das alegações, o art. 700.º-1-b) referir apenas o aperfeiçoamento e o esclarecimento (deixando de fora, não se sabe porquê, o caso da falta de conclusões) e o art. 701.º referir tão-só o aperfeiçoamento!

Por outro lado, algumas deficiências se notam no art. 700.º-1:

- A al. b) pareceria, literalmente interpretada, conceder um inadmissível poder discricionário ao relator («quando o julgue necessário»), quando qualquer dos arts. 690.º-4, 701.º ou 703.º exprime bem, com o vocábulo «deve», que assim não é. A expressão «quando o julgue necessário», tão-pouco significando que o conhecimento dessas questões pode ter lugar a todo o tempo, melhor seria ser suprimida.
- A al. f) atribui ao relator competência para julgar os incidentes do recurso. Mas nem todos estão, afinal, sujeitos a esse regime: o art. 716.º-2, que é mantido, atribui, muito naturalmente, à conferência a competência para conhecer da rectificação, aclaração, reforma ou arguição da nulidade dos acórdãos.
- Na al. g) é autonomizado um poder («julgar findo o recurso, pelo não conhecimento do seu objecto») subsumível na al. e) («julgar extinta a instância por causa diversa do julgamento»).

Fundamentalmente, os arts. 700.º a 704.º limitam-se a duas inovações: são conferidas ao relator algumas das actuais incumbências da conferência, sem prejuízo da reclamação para esta; remete-se para o acórdão que julgue a final o recurso a decisão da reclamação dos despachos do relator. Para tanto, não se justifica uma regulamentação tão detalhada. A minúcia e a preocupação de tudo prever, que eram apanágio de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, continuam a abafar o Código. Veja-se, por exemplo, além do que já ficou dito, que o art. 700.º-3 podia limitar-se a dizer que «dos despachos do relator que não sejam de mero expediente cabe reclamação para a conferência, com vistos de 5 dias (10 dias são excessivos), sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 707.º»; e que os preceitos dos arts. 701.º, 702.º, 703.º e 704.º podiam ser condensados num só, mediante uma tramitação basicamente uniforme.

8. O aditamento introduzido no art. 524.º-1 (no caso de recurso são admitidos os documentos «cuja junção o tribunal de recurso considere *justificada* em face do conteúdo da decisão impugnada») impõe a alteração do art. 706.º-1 (admissibilidade dos documentos previstos no art. 524.º e «no caso de a junção apenas se tornar *necessária* em virtude do julgamento proferido na 1.ª instância»), que deverá limitar-se, quanto à admissibilidade dos documentos, a remeter para o art. 524.º

9. A preocupação de regulamentação minuciosa faz-se sentir também nos arts. 707.º e 709.º: depois de o art. 705.º admitir o julgamento pelo relator, estabelecem-se regimes diferenciados de tramitação interna consoante o caso seja simples (leitura do projecto de acórdão aos adjuntos na sessão anterior à do julgamento) mediano (entrega do projecto de acórdão aos adjuntos na sessão anterior à do julgamento) e complexo (elaboração prévia de memorando). Sem querer insistir num ponto em que a experiência judicial nos tribunais de recurso é fundamental, não seria preferível o recurso a uma cláusula geral?

10. O art. 712.º suscita várias observações.

Em primeiro lugar, a alínea a) distingue o caso em que do processo constem todos os elementos de prova que tiverem servido de

base à decisão daquele em que tenha ocorrido gravação de todos os depoimentos prestados. A razão de ser da dicotomia revela-a o art. 690.º-A-1-b), ao distinguir os meios probatórios *constantes do processo* e os *constantes de registo ou gravação nele realizada* (exteriores ao processo, considerado na materialidade das suas folhas). Dir-se-ia que registo e gravação, postos assim lado a lado, são modalidades diferentes de reprodução e conservação do depoimento, tal como também parece resultar dos arts. 304.º, 630.º-2 e 643.º-3 («depoimentos ... gravados ou registados»), 463.º-2 e 637.º-3 («registo ou gravação»). Mas já no art. 522.º-A o termo registo («dos depoimentos prestados antecipadamente ou por carta») abrange a gravação e a redução a escrito e no art. 522.º-B os dois termos surgem como sinónimos (também assim nos arts. 6.º e 7.º do D.L. 39/95). Ora, sendo que só a gravação é pensada ao auto ou guardada separadamente (art. 6.º-3 do D.L. 39/95), é de crer que o art. 712.º-a) tenha, tal como actualmente acontece, incluído o depoimento reduzido a escrito (registo em sentido estrito) entre os elementos de prova constantes do processo. Todo este esforço de distinção acaba, porém, por se revelar inglório quando se verifica que o longuíssimo n.º 4 do art. 712.º acaba por reunir as duas situações sob a égide da formulação (agora genérica) da primeira («quando não constarem do processo todos os elementos probatórios que, nos termos da alínea a) do n.º 1, sejam indispensáveis à reapreciação da matéria de facto») e que os n.ºs 2 e 3, embora explicitamente só refiram a segunda situação («a segunda parte da alínea a) do número anterior»), não podem deixar de se aplicar aos casos em que o depoimento tenha sido reduzido a escrito e não objecto de gravação.

Em segundo lugar, a al. a) do n.º 1 do artigo, ao prever a «gravação de todos os depoimentos prestados» como pressuposto de alteração da «decisão sobre a matéria de facto com base neles proferida», suscita a dúvida sobre se se refere a todos os depoimentos prestados no processo ou a todos os depoimentos prestados sobre o ponto ou pontos de facto de que se pretenda a alteração.

Em terceiro lugar, o n.º 3 do artigo, ao *admitir, sem impor*, que o relator determine a comparência pessoal dos depoentes quando seja ordenada a renovação de meios de prova produzidos em

1.^a instância, suscita a dúvida de saber como poderá ser renovada a produção dum meio de prova sem essa comparência.

Em quarto lugar, todo o art. 712.º, nascido da colagem da redacção vigente anteriormente ao D.L. 39/95 com as inovações deste diploma e do actual projecto, carece de ser sintetizado e aperfeiçoado na sua redacção. É, designadamente, pouco recomendável a utilização de expressões diversas para designar a mesma realidade, como, por exemplo, acontece com «decisão sobre pontos da matéria de facto», «decisão sobre a matéria de facto», «decisão sobre os pontos de facto», «decisão sobre pontos determinados da matéria de facto», «decisão sobre questões de facto».

11. As alterações de redacção introduzidas no art. 722.º-3 são um bom exemplo do tipo de alteração que, por ser meramente formal, não deve ter lugar.

Além de se terem substituído algumas palavras, acrescentou-se a expressão «que não possa invocar acessoriamente em recurso de revista», referida às nulidades dos arts. 668.º e 716.º. Ora, podendo sempre essas nulidades ser invocadas acessoriamente em revista (art. 722.º-1), a expressão acrescentada é redundante, visto que o «apenas» anterior (decisão impugnada *apenas* com fundamento nas nulidades) já exclui, com muito maior economia de palavras, o caso em que a violação da lei processual é acessoriamente invocada.

12. Sobre o regime do julgamento alargado do recurso de revista não há muito a dizer, a não ser que o termo «necessário» usado no art. 732.º-A-1 (tal como actualmente no art. 728.º-3) é demasiado restritivo. Deverá bastar a verificação da *conveniência* de assegurar a uniformidade da jurisprudência para que o presidente do STJ deva determinar o julgamento em plenário.

13. Apesar da inexplicável recusa de repensar os termos do recurso de agravo, o regime de subida dos agravos nos procedimentos cautelares resultará melhorado.

O recurso do despacho que ordene o levantamento da providência, designadamente por reparação de agravo ao requerido, continua a só ter efeito suspensivo, de acordo com os arts. 738.º-2

e 740.º, quando, a requerimento do agravante, ele seja atribuído com fundamento na susceptibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. O mesmo acontece com o recurso de agravo em 2.ª instância do acórdão revogatório do despacho que haja ordenado a providência (art. 758.º). É um regime aceitável, embora a natureza cautelar da providência deva normalmente implicar o deferimento do requerimento do agravante.

Mais criticável é hoje o regime de subida do recurso interposto da sentença que julgue procedentes os embargos à providência cautelar. Seguindo os embargos os termos do processo declarativo sumário (art. 406.º-3), o recurso da decisão que conheça do seu objecto, sendo de apelação (art. 691.º-1), tem efeito meramente devolutivo (art. 792.º), designadamente em casos em que o valor da providência pode ser elevado e pode até ter tido lugar a condenação do requerente em avultada indemnização (art. 406.º-4).

Com a proposta substituição dos embargos por uma oposição que segue os termos dos arts. 386.º e 387.º (art. 388.º-1-b), a respectiva decisão, sujeita a «recurso nos termos gerais» (art. 388.º-2), passará a ser passível de agravo, tal como a decisão que ordene ou negue a providência (art. 738.º-1), o que permitirá a sua sujeição ao regime do art. 740.º-3 (possibilidade de requerer o efeito suspensivo).

Tal decorre, um pouco ocasionalmente, duma mera alteração da qualificação do recurso. Mas a reflexão que o exemplo sugere vem fornecer uma achega à defesa da aproximação e, no limite, à fusão dos actuais recursos de apelação e de agravo, a substituir por uma dualidade de meios pensada em termos de rotura com esse esquema tradicional (cf. *supra*, I.2).

14. O art. 742.º-1 manda notificar às partes o despacho que admite o recurso de agravo em 1.ª instância. Contando daí o prazo para alegações (art. 743.º-1), seria simpático que a notificação expressamente o dissesse. O mesmo poderia ordenar o art. 698.º-1 para a alegação. O reforço da garantia dos direitos das partes, mesmo devendo os seus mandatários conhecer a lei, nada custa.

Aliás, esta observação tem um alcance mais geral: as notificações que marcam o início dum prazo das partes deveriam mencioná-lo sempre. Um novo artigo em sede de notificações em geral (art. 260.º-A) deveria impô-lo.

15. O art. 744.º-5 preceitua que, se o juiz omitir o despacho de sustentação ou reparação do agravo, o relator mande baixar o processo para que seja proferido.

A utilidade do despacho de reparação é evitar a subida do processo em recurso e assim economizar tempo. Não faz, por isso, sentido fazer baixar o processo para que seja proferido o despacho omitido, sabido que, na grande maioria dos casos, o juiz sustenta o despacho agravado. Em vez de economizar, acabará assim, quase sempre, por se gastar mais tempo.

16. É particularmente criticável que se tenha mantido o regime do recurso de revisão, fora a alteração de alguns prazos e a supressão do privilégio do Ministério Público de interpor o recurso num prazo alargado.

Mantém-se assim a necessidade da acção prévia exigida pelas alíneas a), b) e d) do art. 771.º. E nem sequer se toma posição sobre o prazo em que ela deve ser proposta, como se se tratasse duma questão pacífica.

Num diploma que faz da economia processual uma das suas bandeiras, a falta é grave.

17. *Last but not least*, o Projecto mantém as disposições introduzidas pelo D.L. 39/95, de 15 de Fevereiro, sobre o registo das audiências e da prova, designadamente os arts. 690.º-A, n.ºs 2 e 3 (ónus de *transcrição, em escrito dactilografado*, das passagens da gravação em que se funde o erro na apreciação das provas) e 712.º-2 (reapreciação das provas pela relação, «tendo em atenção o conteúdo das alegações, sem prejuízo de *oficiosamente* atender a quaisquer outros elementos probatórios que tenham servido de fundamento à decisão»).

Tive ocasião de publicamente criticar o projecto que veio a dar lugar ao D.L. 39/95. Embora todas as outras críticas que formulei tivessem sido atendidas no diploma final, a razão de ser da principal de todas elas, dirigida ao modo como se estatuiu sobre a transcrição do conteúdo das gravações, mantém-se inteiramente.

Transcritas as passagens da gravação nas alegações de recurso, os juízes da relação só a elas têm o *dever* de atender no acto de reapreciação da prova. Tendo o *poder* de atender a *outros*

elementos probatórios que hajam fundado a decisão, desde logo se afigura duvidoso que, entre estes elementos (outros meios de prova?), esteja a própria gravação, isto é, aquilo que, ainda que meramente sonora, poderá conter de útil para a apreciação do modo como a testemunha depôs e que pode ser tão importante como as *palavras* do seu depoimento. Mas, mesmo que assim seja, a não imposição do dever de ouvir (ou ouvir e ver) a própria gravação, sempre que as partes o requeiram, chamando a atenção do tribunal de recurso para o modo de produção do depoimento, constitui um atropelo de tal ordem ao direito das partes ao duplo grau de jurisdição em matéria de facto que pode, em certos casos concretos, revelar-se mais nocivo do que a própria ausência do recurso.

Está há muito assente a importância dos factos acessórios que rodeiam a produção do depoimento testemunhal (assim como o das próprias partes) para a sua apreciação pelo tribunal ⁽⁶⁾. A redução do papel dos juízes do tribunal da relação (ainda que só na parte em que ele lhes é imposto) ao de leitores dum escrito pode vir a representar, em vez dum progresso, um tristíssimo regresso a um tempo processual anterior ao da instauração do sistema da oralidade. Por isso, nenhuma indolência política em repensar as condições de trabalho oferecidas aos juízes desembargadores, nem nenhuma preguiça judicial em enfrentar os novos desafios processuais, pode justificar a tibieza dos textos legais referidos. As soluções de compromisso são, por vezes, piores do que as de pura negação dos direitos.

⁽⁶⁾ Particularmente interessante é a corrente doutrinária que tende a negar a distinção entre fonte de prova pessoal representativa e fonte de prova pessoal indiciária com a constatação de que a testemunha, tal como a parte, deve ser avaliada, não só no seu *acto informativo* (declaração), mas também como *facto*, estando sujeita ao exame de todos os elementos que possam constituir indício da sua credibilidade (personalidade, inteligência, memória, atendibilidade, etc.), aparecendo assim como um misto de prova representativa e indiciária, característico do sistema da oralidade (CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, pp. 180-181; POLYZOGOPOULOS, *Parteianhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis*, Berlin 1976, pp. 74-75 e 111-116). Entre nós, é mais adequado remeter os factos referidos para o campo dos factos acessórios que permitem a ilação a tirar da produção do meio de prova representativo.

V

PROCESSOS SUMÁRIO E SUMARÍSSIMO

1. Nas Linhas Orientadoras tinha sido proposto que, além do processo ordinário, houvesse apenas uma outra forma de processo comum, dita sumária, cujo valor se conteria dentro da alçada do tribunal de comarca.

Caracterizá-la-ia a dispensa do patrocínio judiciário obrigatório, a atenuação dos efeitos cominatórios, o privilegiar do contacto pessoal entre o julgador e as partes, a desformalização do rito processual e a prontidão da resposta judiciária, sem amputação das garantias das partes.

Muito pouco destas propostas passou para o Projecto.

Desde logo, nele é mantida a tripartição do processo comum, nos mesmos termos que actualmente.

Propõe-se a supressão do efeito cominatório pleno, o que representa um importante passo no sentido da conformação do processo civil com as imposições constitucionais democráticas. Cria-se, porém, uma outra inconstitucionalidade, ainda que de consequências menores do que a primeira, ao dispensar o juiz de fundamentar a sentença quando, não contestada a acção, entenda que os factos alegados pelo autor determinam a procedência da acção (art. 784.º).

Na legislação actual, a fundamentação da condenação no pedido está na norma processual que impõe o efeito cominatório pleno, da qual resulta a dispensa da explanação do *iter* do julgamento. Mas, introduzido o efeito cominatório semi-pleno, a falta da contestação deixa de fundar a decisão, a qual terá sempre de resultar duma operação de subsunção jurídica dos factos tidos como provados.

A observância do dever de fundamentação (art. 208.º-1 da Constituição da República) importa a explanação dessa operação. Pode ela ser feita em termos muito simples, se o caso concreto o justificar. Mas terá, no mínimo, que se invocar a norma jurídica aplicável e se proceder à qualificação sucinta dos factos de acordo com ela. Note-se que até para efeitos de arguição da nulidade (art. 668.º-1, als. b) e c)), de reforma (art. 669.º-2) e de recurso

(art. 690.º-1) interessará o conhecimento da fundamentação — não se podendo excluir liminarmente que o réu revel venha a lançar mão de qualquer destes meios.

Propõe-se, como regra, a dispensa da audiência preliminar, a realizar só quando, sendo a acção sumária, a causa seja especialmente complexa ou haja que actuar o princípio do contraditório (art. 787.º). Como em causas com valor abaixo da alçada do tribunal não se exige o patrocínio judiciário, esta dispensa, nomeadamente nos casos em que no despacho saneador — ou, no processo sumaríssimo, em despacho *ad hoc* posterior aos articulados (art. 795.º-1) ⁽¹⁾ — se conhece do pedido ou se absolve o réu da instância, constitui o inverso do proposto nas Linhas Orientadoras e a consagração duma perspectiva do processo civil como algo ao serviço das classes ricas e não daqueles para os quais uma pequena causa pode ser importante. A possibilidade de decidir sem audiência, introduzida, fora do despacho liminar, apenas em 1985, continua assim a resistir, nos processos comuns considerados menores, às críticas acerbas de que tem sido alvo.

2. Duas breves observações relativamente a outros pontos do regime do processo sumário:

- Mantém-se a oralidade das alegações de direito. Não será, porém, de admitir que as partes possam acordar em apresentar alegações escritas?
- A apelação continua a ter sempre efeito meramente devolutivo, o que vale quer para o processo sumário quer, em regra, para os processos especiais (art. 463.º-3), norma subsidiária esta, aliás, muito criticável (*supra*, II.15.1). Não se vê justificação para um regime diverso do do agravo, pelo menos no que se refere à possibilidade de atribuir efeito suspensivo quando a execução imediata possa causar ao recorrente prejuízo irreparável ou de difícil reparação (art. 740.º-3).

(¹) O art. 795.º-1 nem sequer ressalva, como o art. 787.º, a necessidade de actuar o princípio do contraditório. A indiferença perante a ofensa de princípios fundamentais nas formas de processo menos solenes é patente. Saliente-se ainda que o art. 787.º pode vir a aplicar-se em processos especiais de valor superior à alçada da relação: basta que subsidiariamente lhes sejam aplicáveis, por disposição específica, as normas do processo sumário.

3. Quanto ao processo sumaríssimo, suprimidas as cominações decorrentes da falta de autor ou réu, estabelece o art. 796.º-2 que tal falta não é motivo de adiamento quando não estiverem representados por advogado. A redacção do preceito suscitará a dúvida sobre se se quis significar que a falta duma das partes representada por advogado é motivo de adiamento: embora um argumento de maioria de razão conduza à resposta negativa, é preferível clarificar o texto.

VI

PROCESSO EXECUTIVO

1.1. A maior inovação proposta no campo da acção executiva consiste na reclassificação das formas do processo, reduzidas ao processo ordinário e ao processo sumário e determinadas pela natureza, extrajudicial ou judicial (em sentido próprio), do título executivo, sem prejuízo de, havendo lugar a liquidação não dependente de simples cálculo aritmético, ter sempre lugar a forma do processo ordinário (*supra*, II.15.2).

Esta nova orientação está certa, pois se baseia na ideia de que há que simplificar o processo executivo que surja na sequência duma definição jurisdicional do direito exequendo.

Mas o regime proposto para a acção executiva sumária (arts. 924.º a 926.º) acaba por não diferir daquele que já hoje vigora no caso de execução (ordinária) de sentença transitada há não mais de 1 ano, pelo que, exceptuando o alargamento deste regime aos casos em que a sentença tenha transitado há mais tempo e a supressão das minúsculas especialidades dos actuais processos sumário e sumaríssimo, a alteração proposta acaba por ser meramente formal.

Aliás, um dos pontos de divergência do futuro processo sumário relativamente ao ordinário (a cumulação da oposição do executado à execução e à penhora) suscita algumas dúvidas, se se tiver em conta que, sendo mais simples e célere a tramitação do incidente de oposição à penhora que ora se pretende — e bem — criar

(art. 863.º-B, comparado com os arts. 816.º-1 e 817.º) e não sendo a execução, em regra, suspensa com o recebimento dos embargos (art. 818.º), a sujeição da tramitação das oposições cumuladas ao regime destes (art. 926.º-2) terá como consequência que os actos executivos subsequentes à penhora fiquem aguardando a decisão conjunta por período normalmente superior ao que levaria a decidir a oposição à penhora, ainda que o executado não tenha prestado caução. A vantagem decorrente da criação do meio geral que, justificadamente, se pretende pôr à disposição do executado, em substituição do recurso, aliás em casos circunscritos, aos actuais embargos de terceiro, pode assim facilmente desaparecer em muitos casos de execução de sentença.

Quanto à manutenção da citação do executado previamente à penhora, sempre que não se trate de executar uma decisão judicial, está certa, em nome do direito de defesa, tanto mais que o nosso direito processual consagra um elenco de títulos executivos extrajudiciais muito mais amplo do que os dos outros países europeus, porém geralmente preocupados em assegurar que o executado tenha conhecimento prévio da intenção do exequente de mover contra ele a acção executiva ⁽¹⁾. Mas não é forçoso ligar em todos os casos a citação prévia do executado à atribuição a este da faculdade de, em primeira mão, nomear bens à penhora. *Maxime*, esta ligação não se justifica no caso de se executar sentença que condene em obrigação ilíquida. A nomeação pelo executado, nos casos, muito raros, em que se verifica, pode dar lugar a questões práticas que protelem o momento da penhora, com prejuízo do direito do exequente.

1.2. Ainda no plano duma apreciação global das inovações propostas para o processo executivo, o empenhamento do tribunal na descoberta de bens penhoráveis, a ampliação da legitimidade para os embargos de terceiro, a modificação do regime do protesto no acto da penhora, a supressão, em certos casos, da convocação

(1) Quer o direito alemão, quer o direito italiano, embora conferindo em todos os casos ao exequente a faculdade de, desde logo, nomear bens à penhora, preconizam a prévia notificação do devedor (Cf. *A acção executiva*, p. 27, nota 7 e o art. 479.º C.P.C. italiano).

dos credores e a extinção do regime da moratória forçada e da venda em hasta pública são medidas que revelam alguma preocupação de melhor garantir a realização da função da acção executiva.

Mas, para que esta efectivamente se realize, há que ir muito mais fundo, designadamente na criação de outras formas executivas simplificadas, que, a exemplo do que se passa em outros sistemas jurídicos ⁽²⁾, adequem os actos do processo à natureza dos bens que tenham sido objecto da penhora. E há que suprimir radicalmente privilégios creditórios, modificar o injusto sistema das custas judiciais e, em geral, acabar com todo o aproveitamento da actuação do exequente pelo Estado, em completa subversão da função da acção executiva.

Segue-se a abordagem de outros pontos de regime, propostos ou omitidos no Projecto.

2.1. A decisão de possibilitar a realização, em fase liminar do próprio processo executivo, das operações destinadas a tornar certa e exigível a obrigação que não o seja em face do título executivo está certa, em nome do princípio da economia processual ⁽³⁾.

Mas a alteração, nesse sentido, do preceito do art. 802.º do Projecto coaduna-se mal com a manutenção da redacção dos subsequentes arts. 803.º e 804.º-1, o primeiro determinando que o devedor de obrigação alternativa seja notificado para fazer a escolha que lhe compita no prazo fixado pelo tribunal e o segundo prevendo tão-só os casos em que a obrigação exequenda dependa de condição suspensiva ou de prestação a efectuar pelo exequente ou por terceiro. Importa também prever o caso da obrigação alternativa em que a escolha cabe a terceiro, no qual a inovação que se propõe implicará que o terceiro possa ser notificado para escolher no âmbito do próprio processo executivo ⁽⁴⁾ e ainda que o juiz da execução proceda à escolha se o terceiro a não fizer, nos termos do

⁽²⁾ Direitos alemão, italiano, francês, belga, holandês.

⁽³⁾ *A acção executiva*, p. 71 e p. 325, nota 30.

⁽⁴⁾ Tratando-se dum terceiro relativamente à execução, a admissibilidade desta notificação dificilmente se poderá retirar, pelo menos em termos inequívocos, da disposição do art. 802.º. E, no entanto, ela é desejável.

art. 1429.º, mas sem necessidade de lançar mão do processo especial aí previsto. Importa igualmente prever o caso em que o vencimento da obrigação dependa de prazo a fixar pelo tribunal, em que também se deverá admitir que possam ter lugar na fase liminar do processo executivo os termos processuais previstos no art. 939.º-1 para a acção executiva de obrigação de prestação de facto, sem necessidade de se lançar mão do processo especial dos arts. 1456.º e 1457.º ⁽⁵⁾. Por último, será razoável permitir que, no caso de obrigações sinalagmáticas, tal como quando o exequente deva efectuar uma prestação anteriormente à que ao executado compete, não apenas a prova da efectivação ou da oferta da prestação, mas também a própria efectivação (designadamente, por consignação em depósito) ou oferta possa ter lugar na fase liminar do processo executivo ⁽⁶⁾.

A alteração do art. 802.º implicará também a alteração do art. 811.º-2, que apenas no caso do incidente de liquidação estatui a substituição da citação do executado por notificação. Como também quando haja lugar a operações liminares destinadas a tornar certa ou exigível a obrigação o executado será citado para o efeito, o preceito precisa de ser adaptado. E talvez se possa aproveitar para clarificar que a dedução inicial de liquidação a que ele se refere é a prevista no art. 806.º, e não a do art. 805.º

2.2. Ao art. 803.º-2 foi acrescentada uma norma de direito substantivo (devolução *ao exequente* da faculdade de escolher quando, competindo ela a vários devedores, entre eles não se formar a necessária maioria) que está em discordância com o disposto no art. 400.º-2 C.C. (*ao tribunal* cabe a determinação da prestação quando ela não tenha podido ser ou não tenha sido feita no tempo devido) e com o preceito paralelo do art. 1427.º (suprimento judi-

⁽⁵⁾ O exequente certamente se servirá dessa possibilidade apenas quando haja lugar à fixação dum prazo curto, pois não terá interesse em fazê-lo quando deva ser longo o prazo de cumprimento da obrigação. No primeiro caso, incumprida a obrigação, a execução logo prosseguirá.

⁽⁶⁾ O credor só o fará se estiver convicto de que o devedor não irá pagar, seguindo-se a execução, pois de outro modo sair-lhe-ia escusadamente oneroso o recurso ao processo executivo.

cial da deliberação da maioria legal dos comproprietários). Este regime é razoável e nada justifica a cedência do interesse dos devedores perante o do credor, tanto mais quanto é certo que, contrariamente a este, o tribunal não deixará de atender, na determinação, às propostas apresentadas pelos devedores na reunião.

3. As alterações ao incidente de liquidação da obrigação na acção executiva (arts. 806.º a 810.º) não são felizes.

Em primeiro lugar, dever-se-á uniformizar a terminologia ora empregue no art. 46.º, alínea c) («obrigações pecuniárias cujo montante seja determinado ou *determinável em face do título*») e a que se mantém nos arts. 805.º e 806.º (liquidação que depende e liquidação que não depende «de simples cálculo aritmético») e, a preferir-se a primeira, haverá que deixar claro que a liquidação (determinação do montante) em face do título não impede a prova complementar deste por meio de documentos (cf. art. 805.º-2). De facto, a abertura do título executivo particular aos casos em que a obrigação carece de liquidação não deve ser sustida em face da necessidade de prova complementar, pelo menos documental.

Em segundo lugar, a manutenção da cominação plena no incidente de liquidação é criticável. Podem estar em causa montantes elevados e, mesmo no caso da execução de sentença, não se deve dar cobertura aos pedidos manifestamente exagerados do exequente. Estamos perante um incidente declarativo e há que seguir o regime geral do efeito cominatório (semi-pleno).

Em terceiro lugar, o princípio do contraditório pode ser ofendido com a limitação a 2 do número de articulados (arts. 807.º-2 e 808.º-2). Não há razão para que não se siga o regime geral e, designadamente, o do processo ordinário quando estejam em causa quantias superiores à alçada do tribunal da relação.

Em quarto lugar, parece não se exigir ao executado o oferecimento de prova na contestação quando ele simultaneamente embargue (arts. 802.º-2, 817.º-2 e 808.º-3). Embora o princípio da igualdade das partes, em nada limitado pelo da economia processual, imponha uma interpretação segundo a qual o exequente pode, nesse caso, vir a apresentar novo requerimento de prova no momento adequado do processo de embargos, julgo que é de o clarificar.

Em quinto lugar, ao substituir-se o regime de homologação judicial obrigatória por um regime de homologação eventual, descharacterizou-se a figura da arbitragem, reconduzindo a intervenção dos «árbitros» à função própria dos peritos. Porquê então continuar a falar de árbitros, mantendo a ideia de que nos encontramos perante uma terceira modalidade de liquidação, com as dificuldades inclusivamente que já hoje têm lugar quando se trata de saber se os arts. 806.º a 808.º lhe são aplicáveis (?). Note-se, por outro lado, que o art. 809.º-2, interpretado literalmente, resulta em que o juiz poderá homologar ou não o laudo, mas não poderá tomar uma decisão que não coincida inteiramente com ele (ou com um dos laudos, no caso de intervir mais do que um «árbitro»), o que, a valer essa interpretação, corresponderia a denegar a liquidação quando não concordasse totalmente com o laudo (ou um dos laudos) apresentados. Talvez mais correcto seja distinguir o caso em que, por convenção das partes ou por lei, se tenha determinado que deve ter lugar a arbitragem (em sentido próprio) e aquele em que as provas anteriormente produzidas sejam insuficientes (caso este em que o juiz ordenará a produção de prova pericial e seguidamente terá de decidir).

Em sexto lugar, é defeituosa a redacção dos arts. 809.º-1 (a locução «não só ... mas também» ficaria melhor do que um incorrecto «além dos casos») e 810.º-3 (as disposições para que remete aplicam-se, não «à obrigação», mas «quando se execute obrigação»), devendo também ser completado o art. 808.º-2 com explícita referência a que a instrução, a discussão e o julgamento da liquidação serão «conjuntos *com os do embargo*».

4. As alterações introduzidas em sede de indeferimento liminar suscitam algumas observações.

O art. 811.º-4 afasta a preclusão do conhecimento (não, como diz, do «*posterior* conhecimento», que sendo futuro, não pode precluir no presente) das questões que podiam ser motivo de indeferimento liminar. Dado o papel específico desempenhado pelo despacho liminar na acção executiva, a estatuição compreende-se para afastar a interpretação contrária, que de outro

(?) Cf. A acção executiva, pp. 81-82.

modo se imporia ⁽⁸⁾. Mas, se o que se pretende é estabelecer um regime paralelo ao do despacho saneador na acção declarativa (e mais não se justifica), então dever-se-á explicitar que a preclusão só não se verifica quanto às questões não concretamente apreciadas no despacho liminar (cf. art. 510.º-2).

O art. 811.º-A-1-c) contém uma insuficiência: também a inexistência de factos constitutivos (ex.: a falta de forma legal do negócio titulado) fundará o indeferimento liminar.

O art. 811.º-A-2 deve limitar-se a admitir o indeferimento liminar parcial. Se é certo que o caso do pedido que exceda os limites constantes do título é um dos que justificam o indeferimento parcial, outros podem ocorrer. O que interessa é, não tanto enunciar os casos possíveis, mas sim afastar a norma do art. 474.º-2, que é inaplicável à acção executiva ⁽⁹⁾. Tal como é proposto, o preceito irá dar seguramente lugar à questão de saber se pode ser interpretado *a contrario sensu*.

O disposto nos n.ºs 1 (irregularidades que não devem conduzir ao indeferimento liminar) e 2 (indeferimento liminar, se não houver aperfeiçoamento) do art. 811.º-B pode parecer contraditório. Apenas *imediatamente* é que as irregularidades de que se trata não conduzem ao indeferimento. Se não forem supridas, a petição é mesmo indeferida.

5. A supressão do agravo do despacho de citação ⁽¹⁰⁾ torna mais arriscada a manutenção da enumeração taxativa dos fundamentos dos embargos de executado. Atendendo, porém, a que a alínea c) do art. 813.º admite como fundamento de embargos a falta de qualquer pressuposto processual de que dependa a regularidade da instância executiva, a taxatividade tem a vantagem de fechar a porta a veleidades dilatórias do executado.

⁽⁸⁾ Ver *A acção executiva*, pp. 136-138.

⁽⁹⁾ Cf. *A acção executiva*, pp. 139-140.

⁽¹⁰⁾ Não questiono a bondade da medida, dada a duplicação de meios de oposição que a admissibilidade do agravo implicava. É certo que, em casos de erro manifesto do despacho liminar, o agravo, permitindo a sua reparação, poderá constituir actualmente um meio mais célere e económico de defesa. Mas, em casos desses, passará o executado a contar com o meio de reforma do art. 669.º-2, aplicável aos despachos interlocutórios por força do art. 666.º-3. Há que contar, além disso, com o art. 817.º-1-c).

Chamo, porém, a atenção para duas imprecisões de redacção da referida alínea c): não constituindo o erro na forma de processo a falta dum pressuposto processual, o termo «outro» está a mais; não sendo muito normal que a falta do pressuposto esteja suprida no termo do prazo para os embargos, é preferível utilizar a expressão «sem prejuízo do seu suprimento».

Não faz grande sentido (como nunca fez) a remissão do art. 815.º-1 para a totalidade do art. 813.º, não deixando de pôr problemas a inclusão da alínea h) nessa remissão, na medida em que restringe a invocabilidade dos factos extintivos e modificativos da obrigação àqueles que se possam provar documentalmente ⁽¹¹⁾. Apenas as alíneas a), b) e e) do art. 813.º, por respeitarem a pressupostos da acção executiva, não se referem a meios que podiam ter sido deduzidos em defesa no processo de declaração; e, desses, o da alínea b), tal como o das alíneas e) e f), não tem qualquer hipótese de aplicação nos casos de execução de título extrajudicial. Preferível é, pois, uma outra redacção do art. 815.º-1, que omita qualquer remissão.

5.1. Em sede de embargos de executado, o art. 816.º-1 continua a omitir a questão da prorrogação do prazo para os deduzir no caso de pluralidade de executados, isto é, o problema da aplicação do art. 486.º-2 à acção executiva.

Sobre esta questão há divergências interpretativas, que vão da aceitação pacífica desta aplicação à sua negação, com fundamento na diversa natureza da acção executiva e na distinção entre contestação e embargos ⁽¹²⁾. O Anteprojecto do C.P.C. da Comissão Varela propôs-se tomar posição na polémica, tendo consagrado, no seu art. 664.º-3, a solução da aplicação do art. 486.º-2. Tive ocasião de a criticar, juntamente com o Dr. Armindo Ribeiro Mendes ⁽¹³⁾, na sequência do que o Projecto Varela suprimiu o preceito em causa.

⁽¹¹⁾ Cf. *A acção executiva*, p. 155 (32).

⁽¹²⁾ Veja-se o meu *Aplicabilidade do art. 486.º-2 C.P.C. em sede de dedução de embargos de executado*, CJ 1989, III.

⁽¹³⁾ *Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil*, p. 661.

A ambiguidade não deve manter-se. Exige-o a garantia do direito de defesa, ao mesmo tempo que a satisfação em tempo útil do direito do exequente aconselha, atentas as razões invocáveis para a não equiparação, que esta se torne explícita. Propõe-se, pois, que expressamente se consagre a inaplicabilidade do art. 486.º-2 ao prazo para dedução dos embargos de executado (tal como ao prazo para pagar, nomear bens à penhora ou requerer a substituição dos nomeados pelo exequente).

5.2. Contrariamente ao meio de defesa por embargos, a contestação destes (e a sua falta) obedece, sem necessidade duma disposição explícita, ao regime geral da acção declarativa.

Não é, por isso, muito feliz a redacção do art. 817.º-3, quando determina que «à falta de contestação dos embargos é aplicável o disposto nos arts. 484.º e 485.º. Preferível será dizer que «sem prejuízo da aplicação à falta de contestação dos embargos do disposto nos artigos 484.º e 485.º...».

6. A suspensão da execução mediante a prestação de caução deverá, em meu entender, poder também ter lugar quando se executa sentença contra a qual tenha sido interposto recurso com efeito meramente devolutivo.

Note-se, designadamente, que a concessão desta possibilidade ao executado poderá evitar a dedução de embargos em que se repita defesa deduzida no processo declarativo (e objecto do recurso), designadamente com fundamento nas alíneas *b*), *d*) ou *f*) do art. 813.º, apenas para conseguir um efeito suspensivo que de outro modo não se conseguirá obter.

7.1. Entrando no regime da penhora, verifica-se que o elenco dos bens impenhoráveis foi submetido a actualização, de que carecia.

São, porém, de fazer duas observações:

A distinção entre os bens do domínio público (absolutamente impenhoráveis) e aqueles que, não o integrando, estejam especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública está certa. Menos certo é, porém, continuar a tratar como excepção à impenhorabilidade dos segundos o caso da execução para entrega de

coisa certa, em que o acto de apreensão (da própria coisa devida) não se confunde com a penhora.

Não sendo o Estado Português um Estado confessional, a isenção de penhora «dos objectos especialmente destinados ao exercício *do culto público*» não é justificável. Se se quiser isentar os objectos de culto, tal deverá ser feito relativamente a qualquer religião («objectos ... de culto religioso»).

7.2. O art. 828.º, ao concentrar e generalizar o regime dos actuais arts. 826.º (sociedade e sócio) e 828.º (credor e fiador), confunde os conceitos de excussão e de verificação da insuficiência dos bens penhorados.

A excussão implica a venda, enquanto a verificação da insuficiência se contenta com a previsão da obtenção dum preço insuficiente ⁽¹⁴⁾. O regime mais adequado ao tratamento dos casos de penhorabilidade subsidiária de bens dum garante pessoal é a excussão; mas, por uma razão de celeridade processual, a verificação da insuficiência dos bens penhorados em primeiro lugar deve bastar nos restantes casos de subsidiariedade. Por isso, o actual Código, que neste ponto não deve ser alterado, estatui o regime da excussão prévia em benefício do fiador ou do sócio da sociedade de responsabilidade ilimitada, mas não entre cônjuges ou no caso de dívida com garantia real. E fá-lo em consonância com o regime estabelecido na lei substantiva ⁽¹⁵⁾.

O n.º 1 do art. 828.º começa por determinar a excussão prévia em todos os casos de responsabilidade subsidiária, quando seguidamente se vê que apenas quer abranger os de invocação do benefício da excussão por um devedor subsidiário. Mas o n.º 3 admite a penhora de bens do devedor subsidiário logo que o exequente demonstre (prove) a insuficiência manifesta dos bens do devedor principal, revelando que, afinal, não se estava aplicando o conceito de excussão no seu sentido técnico.

⁽¹⁴⁾ ANSELMO DE CASTRO, *A acção executiva singular, comum e especial*, p. 110.

⁽¹⁵⁾ Arts. 638.º, 997.º-2, 1695.º-1 e 697.º C.C.

Creio que o regime actual deve ser mantido, sem prejuízo da possibilidade de recurso a uma providência cautelar para garantia do crédito exequendo. E julgo que o regime temporal estabelecido para a invocação do benefício da excussão (n.º 1 do artigo) só se justifica quando está em causa a verdadeira excussão prévia de *outro* património ⁽¹⁶⁾.

É, por outro lado, de questionar se, em nome da economia processual, não deverá admitir-se a subsequente direcção da execução concreta contra o devedor principal, quando o devedor subsidiário demandado tiver invocado o benefício da excussão prévia.

De observar é ainda o erro gramatical consistente em, por duas vezes, se escrever «excutado» por «excutado».

7.3. O art. 842.º-A (divisão do prédio penhorado) suscita algumas dúvidas.

Em primeiro lugar, cumpre determinar quando poderá o executado requerer a autorização para o fraccionamento. Se a nomeação for por ele efectuada, tal deverá ter lugar no acto da nomeação. Se for feita pelo exequente, deverá ser fixado um prazo para o efeito, a contar da notificação do despacho que ordene a penhora (art. 838.º-1).

Em segundo lugar, há que assegurar que o processamento da divisão requerida pelo executado não atrase a execução. Deve, por isso, explicitar-se que deverão prosseguir os actos executivos sobre todo o prédio até que a divisão se mostre realizada.

Em terceiro lugar, uma vez feita a divisão, o eventual levantamento da penhora relativamente a *algum* ou *alguns* dos prédios dela resultantes só deverá poder ter lugar se for verificada a manifesta suficiência *dos restantes* para a satisfação do crédito exequendo e *dos reclamados*, após audição *do exequente e dos credores reclamantes*. Por isso também, o requerimento do executado para o levantamento só deverá poder ter lugar depois de findo o prazo das reclamações, sem prejuízo de voltar a ser admissível

⁽¹⁶⁾ Cf. *A acção executiva*, p. 194, onde o defendo por integração da lei constituída, que quanto a ele é omissa.

após verificação e graduação dos créditos, se algum dos reclamados não for verificado.

Note-se, finalmente, a deselegância da frase «a penhora manter-se-á sobre todos os prédios»: ter-se-ia querido dizer «sobre todo o prédio»? ou «sobre todos os prédios resultantes da divisão»? Também no art. 886.º-B-3 melhor se diria «que a venda se inicie pelo prédio *resultante da divisão*».

8. Não se entende bem se a norma geral do art. 837.º-1 (atribuição a quem nomeie bens à penhora — exequente ou executado — da faculdade de indicar quem deve ser nomeado depositário) cede perante a do art. 848.º-2 (escolha do depositário de bens móveis pelo funcionário incumbido da penhora), se esta, sendo paralela à da 1.ª parte do art. 839.º-1 (nomeação do depositário de bens imóveis no despacho ordenatório da penhora), implica que o funcionário *escolha* o depositário mesmo quando a parte haja feito a sua *indicação* (não vinculativa) ou se, como parece mais racional, o funcionário só escolherá, tal como a secretaria no caso de bens imóveis (2.ª parte do art. 839.º-1), quando a indicação não tenha sido feita no acto da nomeação. Importa clarificar.

De qualquer modo, julgo incorrecta a solução de atribuir ao executado, quando nomeie os bens à penhora, a faculdade de indicar quem deve ser nomeado depositário.

Embora se mantenha a regra segundo a qual o executado e determinados familiares só podem ser nomeados com anuência expressa do exequente (art. 839.º-2), regra, aliás, que usa ser constantemente desrespeitada pelos tribunais quando são móveis os bens penhorados ⁽¹⁷⁾, não deve, por razões óbvias, ficar na disponibilidade exclusiva do executado a escolha do depositário. Atendendo, porém, a que o executado que nomeia bens à penhora não virá, em regra, a fugir com esses mesmos bens à execução, poderá estatuir-se que, na falta de declaração prévia do exequente em contrário, o executado poderá indicar um depositário no acto da nomeação, mas sempre com a possibilidade de o exequente, após

(17) O art. 839.º-2 é subsidiariamente aplicável à penhora de bens móveis (art. 855.º), em que por maioria de razão a regra se justifica.

a notificação da penhora, requerer a sua substituição — não apenas quando seja depositário o executado ou um seu familiar que com ele viva (e não «conviva») em economia comum (art. 848.º-4), mas em qualquer caso.

9. É matéria de oposição do executado à penhora a constante dos arts. 827.º-3 e 828.º, pelo que a sua não inclusão na subsecção VI da secção II (que cria o meio geral da oposição do executado à penhora) só se justificará pela preocupação de não alterar a colocação dos artigos, ainda que esta preocupação não tenha evitado em outras ocasiões a proposta de rearrumação de matérias mal ordenadas.

Posto isto, considerando que o art. 863.º-A apenas abrange a oposição do devedor principal, não haverá dúvida de que nele deverão caber os casos de penhorabilidade subsidiária de bens do seu património, por responderem em primeiro lugar outros dos seus bens (caso do art. 827.º-3 e do art. 835.º) ou bens comuns. Nele cabem, além disso, os casos de impenhorabilidade constantes dos arts. 822.º, 823.º, e 824.º e ainda os de impenhorabilidade por disposição da lei substantiva.

Ora a distribuição destes casos pelas duas alíneas do artigo não é clara: fora os casos de penhorabilidade subsidiária, está sempre em causa a admissibilidade da penhora dos bens concretamente apreendidos; com o desaparecimento do art. 828.º-3 (capelas particulares), todos os casos de penhorabilidade subsidiária têm assento na lei substantiva, mas a alínea *b*) aparentemente não os abrange; não constituindo tão-pouco casos em que esteja em causa a extensão com que a diligência é realizada (bens parcialmente penhoráveis, bens imprescindíveis à economia doméstica, instrumentos indispensáveis aos deficientes), fica a dúvida sobre se, afinal, se pretendeu sujeitá-los ao regime do art. 863.º-B ou (mal) ao do art. 828.º-1.

A clarificação e um maior rigor redaccional do preceito impõem-se.

10. A solução do art. 864.º-A (dispensa da convocação dos credores quando a penhora incida sobre vencimentos, abonos ou pensões ou quando, incidindo sobre bens móveis não sujeitos a

registro e de reduzido valor, não conste que sejam objecto de direitos reais de garantia) corresponde a uma visão do processo executivo mais maleável do que a actual.

Deve, porém, ficar claro que o credor com garantia real não citado não perde, por isso, o direito de reclamar o seu crédito na acção executiva, desde que o faça antes da transmissão dos bens penhorados.

Por outro lado, a restrição da dispensa da citação, *maxime* da edital, deve ser levada mais longe. Também, pelo menos, quando a penhora incida sobre direitos de crédito e não haja razão para suspeitar que sobre eles incidam direitos reais de garantia, deve ser dispensada a citação dos credores.

11. É questionável a opção de manter o título executivo como pressuposto específico da reclamação de créditos (art. 865.º-2) e o consequente ónus de obtenção de sentença condenatória em acção autónoma, imposto ao credor que não o tenha (art. 869.º).

Creio preferível dispensar, como acontece em outros sistemas processuais ⁽¹⁸⁾, a exigência de título ao credor reclamante: dispondo ele de garantia real sobre os bens penhorados, deverá ser imediatamente admitido a reclamar, sem prejuízo de a verificação da existência do crédito se fazer no próprio apenso de reclamação e verificação.

Para tanto, bastará que as garantias concedidas ao executado nesse apenso, quando nele reclame um credor não titulado, não sejam inferiores às que ele teria na acção declarativa autónoma. A sua notificação pessoal para contestar, a concessão dum prazo de impugnação igual ao da contestação da acção declarativa, a admissão dos mesmos articulados que as partes nesta teriam e, sobretudo, a estatuição da cominação semi-plena, em vez da cominação plena, são para o efeito indispensáveis.

Aliás, discordo de que, no apenso de reclamação e verificação, se mantenha a cominação plena. A substituição desta, nos meios comuns em que existia, pela cominação semi-plena, deve ser acompanhada de idêntica substituição nos processos especiais.

⁽¹⁸⁾ Assim em direito italiano (arts. 499.º, 526.º e 564.º C.P.C. italiano).

O caso em que a acção estivesse pendente à data da reclamação ofereceria alguma especialidade, pois haveria que aproveitar os actos que já nela tivessem sido praticados. Mas não me parece muito difícil estatuí-lo.

Em último caso, a manter-se a ideia da necessidade duma acção comum, ela deveria processar-se por apenso ao processo executivo.

O que, de todo em todo, é de afastar é o complicado esquema de fazer intervir numa acção autónoma as partes, principais e acessórias, do processo executivo (art. 869.º-2) e deixar a graduação de créditos a aguardar a conclusão desta acção.

12. O art. 889.º-2, na parte em que confere ao juiz a possibilidade de fazer considerar para venda um valor diverso do valor-base, é inexplicável, visto que o art. 886.º-A já lhe confere o poder de fixar, mesmo oficiosamente, um valor-base diverso do proposto pelos interessados ou constante do auto de penhora e, no caso de proceder a diligências para a determinação do valor do mercado do bem a penhorar, não fará sentido que possa vir a fixar um valor diferente (nem, diga-se, uma percentagem diversa).

Aliás, não podendo considerar-se discricionário o poder atribuído ao juiz pelo art. 886.º-A em matéria tão sensível como o da determinação do valor do bem a anunciar, mal se compreende também que o art. 886.º-A-4 não permita o recurso da decisão judicial proferida. O recurso deve, de facto, ser entendido como um contraponto à concessão de poderes judiciais e é uma garantia tão mais importante para as partes quanto maior seja o leque desses poderes. Uma legislação processual preocupada com a garantia das partes não pode nunca partir do princípio de que os juízes são infalíveis ou sempre incorruptos. A única alternativa aceitável à recorribilidade da decisão consistirá em balizar mais apertadamente a margem de actuação do juiz na fixação do valor-base da venda.

Ao art. 889.º-2 (e não 890.º-2) deve querer referir-se o art. 894.º-3.

13. O art. 838.º-4 mantém o exequente sujeito ao ónus de registar a penhora, o art. 864.º (conjugado com o art. 248.º-5)

mantém-no sujeito ao ónus de a publicitar (com as excepções do art. 864.º-A) e o art. 890.º mantém-no sujeito ao ónus de publicitar a venda.

O legislador, tão preocupado em outros locais com a celeridade processual, não se quer dar conta da série de actos que seriam poupados se ao tribunal passassem a competir estas actuações. Com o uso do FAX e a solicitação da imediata verificação da registabilidade da penhora, poderia, com base na informação da Conservatória, conjugada com certidão das inscrições em vigor que o exequente entretanto juntasse ao processo (no próprio acto de nomeação à penhora ou posteriormente), admitir-se o prosseguimento da execução, sem prejuízo do n.º 3 do art. 873.º Logo se poderia assim passar à citação dos credores e, ficando a cargo do tribunal a publicação dos anúncios, não seria sequer necessário efectuar previamente qualquer notificação para o efeito ao exequente. O mesmo aconteceria quanto à publicidade da venda se ao tribunal coubesse fazê-la: em lugar de ser enviado ao exequente o texto do anúncio, o tribunal enviá-lo-ia ao jornal (quando houvesse vários na localidade, rotativamente a cada um deles), poupando-se assim tempo e actos inúteis. Todos estes actos da secretaria teriam que ser praticados em prazo curto.

As simplificações que ora se propõem (ainda que em outras, mais profundas, não se quisesse pensar) contribuiriam seguramente para o melhor andamento do processo executivo. Se há que libertar os tribunais — e o juiz — do desempenho de tarefas inúteis, há também que lhes fazer assumir as tarefas que poderão representar economia processual.

14.1. Passando ao estatuto do adquirente dos bens penhorados, a primeira constatação a fazer é que a instabilidade do direito por ele adquirido na execução, que outros sistemas jurídicos radicalmente afastam ⁽¹⁹⁾, se mantém no Projecto, como se verifica nos arts. 909.º-1-d) e 892.º, n.ºs 2 e 4, este com a agravante de, deixando de se fazer a citação edital do titular do direito de preferência (medida com que concordo), o risco da acção de preferência resul-

⁽¹⁹⁾ Cf. *A acção executiva*, p. 275 (24).

tar ligeiramente acrescido. No mínimo, deverá, no art. 892.º-2, acrescentar-se algo como «sem prejuízo da responsabilidade a que haja lugar»: podendo, designadamente, a falta de notificação ser imputada ao tribunal, o comprador dos bens deve ter o direito a ser indemnizado por quem a tenha omitido.

14.2. É estranho o disposto no art. 901.º: reconhecimento ao adquirente dos bens penhorados do direito de requerer execução para entrega de coisa certa contra o detentor dos bens.

Por um lado, o art. 900.º-1 estatui que os bens sejam *entregues* ao proponente após o pagamento do preço e a satisfação das obrigações fiscais inerentes.

Por outro lado, consistindo a penhora na apreensão do bem (art. 838.º-2) e tendo o depositário o dever de conseguir a sua entrega efectiva (art. 840.º), o tribunal deve assegurar ao comprador a transferência da posse, sem que lhe seja lícito alijar a sua responsabilidade se não tiver procedido a uma apreensão efectiva, remetendo o adquirente para um novo meio processual executivo, a instaurar à sua custa.

Por fim, o adquirente não precisa para nada que o C.P.C. solicitamente lhe reconheça um direito que, nos termos gerais, já tem. Precisa, sim, que o tribunal exerça as suas funções e efective os direitos que lhe garantiu ao proceder à venda executiva.

14.3. Por uma razão de clareza, o art. 910.º (protesto pela reivindicação) deveria reportar-se expressamente aos efeitos civis decorrentes do art. 825.º-2 C.C.

15. Não se percebe por que é que, passando a poder requerer a renovação da execução um credor ainda não graduado (art. 920.º-2, com que concordo), se mantém que só os credores já graduados é que deverão ser notificados do requerimento que para tal seja feito (art. 920.º-4).

16. Não se tiraram todas as consequências possíveis do novo figurino proposto para a classificação das formas do processo executivo.

Uma manifestação da inércia do legislador constitui o art. 927.º, que continua a limitar a legitimidade do Ministério

Público para a execução aos casos em que, não pagando o réu as custas, se executem sentenças proferidas em processo sumaríssimo.

Mais racional será circunscrever a possibilidade de actuação do Ministério Público, sempre verificadas as restantes condições, às execuções de sentenças de valor não superior à alçada da relação, em que não é obrigatória a constituição de advogado, sem prejuízo de essa legitimidade dever cessar logo que, em execuções de valor superior à alçada dos tribunais de 1.^a instância, sejam opostos embargos ou tiver lugar outro procedimento que siga os termos do processo declarativo (art. 60.º-1), caso em que, constituído advogado pelo exequente, a actuação do Ministério Público apenas prosseguirá em nome do Estado.

O exequente deverá sempre poder colaborar com o Ministério Público, sugerindo a penhora de bens ou a modalidade da venda executiva, por exemplo.

17. Está certa a consagração da admissibilidade da cumulação da indemnização moratória com a prestação de facto por outrem (arts. 933.º-1 e 936.º).

Já a afirmação da cumulabilidade da sanção pecuniária compulsória com a indemnização compensatória aparece deslocada no art. 934.º-2, que disciplina a conversão da execução para prestação de facto em execução para pagamento de quantia certa. É que esta conversão só pode ter lugar quando se execute uma obrigação de prestação de facto fungível, pois que, sendo a prestação de facto infungível, o credor só pode, desde início, pedir a indemnização compensatória ⁽²⁰⁾. Como a sanção pecuniária compulsória só tem lugar no caso de obrigação de prestação de facto infungível (art. 829.º-A C.C.), é no art. 933.º e não no art. 934.º que a sua cumulabilidade com a indemnização deve ser prevista.

Do mesmo modo, a referência do art. 941.º-1 à sanção pecuniária compulsória é descabida, visto que a obrigação de demolição é uma obrigação de prestação de facto fungível.

Maio de 1995

(20) Cf. *A Acção executiva*, p. 317.