

I Jornadas de Direito Processual Civil

“Olhares transmontanos”



Nadir Afonso

Coordenação científica:

Dr. José António Alves Esteves
Juiz de Direito – Tribunal Judicial de Valpaços

Organização:

Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados

Apoio:

Delegação de Chaves da Ordem dos Advogados

Valpaços, 5 e 6 de Novembro de 2011
Pavilhão Multiusos de Valpaços

FICHA TÉCNICA

Propriedade e Edição:
CÂMARA MUNICIPAL DE VALPAÇOS

Composição e Impressão:
GRÁFICA SINAL, CHAVES

Abril de 2012

PREFÁCIO

Numa ocasião em que a Direção da Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados se ocupava com o agendamento de uma conferência, o Sr. Dr. José António Alves Esteves, Presidente do Tribunal Judicial desta comarca, manifestou-nos a disponibilidade de contribuir para a abordagem de novos temas, e de trazer ao evento que pretendíamos realizar as mais ilustres personalidades que pudessem abordar os assuntos mais prementes da atualidade.

Perante tão grande generosidade, agarrámos prontamente a ideia, e nesse preciso momento ficou constituída uma equipa que trabalhou incansavelmente, durante semanas e meses a fio, para que aquele sonho se tornasse realidade.

Projetámos e promovemos um amplo debate, na pequena cidade de Valpaços, charneira entre os distritos de Vila Real e de Bragança, no coração de Trás-os-Montes, em que todos os transmontanos profissionais da aplicação da justiça pudessem conversar sobre as dificuldades e constrangimentos que, no dia a dia, sentem nessa labuta. Para nos esclarecer muitas das dúvidas e ministrar conselhos e ensinamentos, entendemos por bem que os oradores fossem também residentes ou originários de Trás-os-Montes, de forma a melhor compreenderem os nossos sentimentos.

Seriam estes os “Olhares Transmontanos”

O Projeto tomou corpo, cresceu e engrandeceu-se, e ilustres Professores Doutores e outros Docentes aceitaram compartilhar o seu saber, e a generalidade dos profissionais forenses pretenderam ouvir tais ensinamentos.

Assim nasceram as I Jornadas de Direito Processual Civil de Valpaços.

Este evento foi a demonstração bem clara de como é proveitosa a união e trabalho em conjunto, entre profissionais de diferentes áreas. O fruto destes esforços desinteressados é tão grandioso que esta pequena cidade se tornou, por um fim-de-semana, não apenas a capital do “maravilhoso reino de Trás-os-Montes”, mas – perdoem-me a imodéstia - a verdadeira capital da justiça

de Portugal. Pensado inicialmente para juristas de Valpaços e Chaves, depressa cativou as atenções dos dois distritos de Vila Real e Bragança, e acabou por atrair profissionais de todo o Norte, e até da longínqua Lisboa.

Foi uma honra recebê-los a todos!.

Os sentimentos que nos fizeram reunir no auditório do Pavilhão Multiusos de Valpaços são afinal comuns a todos os que, no dia a dia, se esforçam por aplicar a lei e fazer justiça nas diversas comunidades do interior deste Portugal que também é nosso.

Confessámos a incerteza – motivada pela constante alteração legislativa que desmente o que no dia anterior tivemos como certo - que nos faz desconhecer quais as regras que amanhã seremos obrigados a respeitar.

Manifestámos o receio de que a aplicação, às pequenas comunidades do interior, do prometido mapa judiciário – em qualquer um dos anunciados modelos ou figurinos - afaste ainda mais a justiça dos cidadãos a quem ela se destina e que já tão sobrecarregados andam pelas custas judiciais.

Verificámos impotentes, a ineficácia da maioria das execuções, com procedimentos que desmotivam, e a que procuram fugir os que alguma vez tiveram que a eles recorrer.

Estes e quantos outros temas que nos preocupavam e preocupam justificaram o amplo debate a que se procedeu.

Sobre eles escutámos atentamente as opiniões e esclarecimentos dos ilustres senhores professores e mestres que tão gentilmente aceitaram o convite de nos transmitir um pouco do seu muito saber.

Foi uma grande honra e um privilégio.

Congratulámo-nos por ter connosco os mais distintos representantes das mais elevadas instituições nacionais, que nos acompanharam na reflexão sobre as questões da lei e da justiça.

Deixamos aqui uma palavra especial de profundo reconhecimento para

com o, tão fascinante quanto ilustre, pintor Nadir Afonso, transmontano como nós, mas de inigualável traço artístico. É da sua autoria o belo quadro que – também por intercessão do Sr. Dr. José António Alves Esteves - gentilmente cedeu para usarmos na divulgação, ilustração e promoção das I Jornadas de Direito Processual Civil de Valpaços, e que intitulámos de “Olhares Transmontanos”.

A Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados não pode deixar de salientar uma vez mais o empenho que o mencionado Sr. Juiz Presidente desta comarca colocou na coordenação científica destas Jornadas. Sem a sua dedicação nunca teria sido possível reunir tão ilustres mestres, e conseqüentemente uma tão grande e variada assistência. Incansável e persistente, cuidou ainda de promover a publicação das intervenções produzidas nas I Jornadas de Direito Processual Civil, a que nesta edição se procede, dos textos generosamente cedidos pelos seus autores.

Um último agradecimento vai para o Sr. Eng. Francisco Baptista Tavares, Presidente da Câmara Municipal de Valpaços, pelo grande apoio que nos concedeu. Desde o princípio reconheceu a valia do projecto e o acompanhou-o como se fosse uma iniciativa do Município. Continuando a reconhecer o seu relevo e impacto, assumiu agora os encargos com a publicação dos textos.

A todos, a cada um em particular, um sincero

MUITO OBRIGADO.

O Presidente da Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados

Joaquim Coelho Marques

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Um novo Mundo, uma nova Racionalidade, um novo Processo Civil	
Juiz de Direito Dr. José Esteves	11
Intervenção do Exm.º Sr. Presidente da Câmara de Valpaços,	
Eng.º Francisco Tavares	29
Intervenção do Exm.º Sr. Vice-Presidente da Assembleia da República,	
Dr. Guilherme Silva	33
Discurso da Exm.ª Sr.ª Ministra da Justiça,	
Dr.ª Paula Teixeira da Cruz	39
Haja nova esperança	
Juiz Conselheiro Dr. Jaime Octávio Cardona Ferreira	45
Revisão do mapa judiciário e suas implicações práticas	
Prof. Dr. António Montalvão Machado	63
Contencioso: Redução, Conversão e Inversão	
Mestre Dr.ª Lucinda Dias da Silva	71
A Acção Executiva – Alguns Problemas Práticos	
Mestre Dr. Armindo Ribeiro Mendes	103
A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista	
Professora Doutora Maria José Capelo	121
A audiência preliminar	
Mestre Dr. Paulo Pimenta	135
Do conteúdo da base instrutória	
Professor Doutor José Lebre de Freitas	151
Revisitando o Recurso de Revista Excepcional: desta vez, o previsto no Artigo 721.º-A do Cpc	
Professora Doutora Elizabeth Fernandez	157
Os Efeitos Processuais da Declaração de Insolvência	
Doutoranda Maria do Rosário Epifânio	175
Sobre a projectada reforma da Lei da Insolvência	
Professora Doutora Catarina Serra	193
O Processo Civil Português: diagnóstico e cura	
Professor Doutor Rui Pinto	211
A relevância do papel da Comissão para a Eficácia das Execuções no sistema português	
Mestre Paula Meira Lourenço	233

UM NOVO MUNDO, UMA NOVA RACIONALIDADE, UM NOVO PROCESSO CIVIL

O século XXI apresenta novos desafios para a justiça cível, no horizonte de uma crise económico-financeira, mas sobretudo de profunda crise social, constituindo-se os tempos de hoje num importante momento de reflexão sobre o que se pretende para o direito processual civil, enquanto ramo de natureza adjectiva, de direito público, instrumento de procura da verdade material e da realização da justiça, num Estado de Direito Democrático.

O Direito Processual Civil, *brevitatis causa*, corresponde ao ramo do Direito que cria e regula os meios destinados à tutela dos direitos consagrados pelo Direito Privado.

Aproveitando o ensejo, a comunidade jurídica coloca já no centro do debate público não apenas o processo, mas sobretudo o próprio Direito, numa época de crise da razão, a exigir uma reflexão metodológica.

Nesse debate metodológico, cumpre destacar duas racionalidades que correspondem a sistemas de aplicação do direito procedimentalmente diferentes.

Fortemente influenciado pela escola coimbrã, aprendi que se apresentam e oferecem: uma racionalidade teórica, correspondente ao finalismo procedimental, e uma racionalidade prática, axiológica e material dirigida ao *quid ius* e não *quid iuris*.

Ultrapassada a época moderna e os contributos jusracionalistas de **Grócio** e **Pufendorf**, no decurso do século XIX, a Escola Histórica do Direito e a Escola da Exegese francesa pretenderam, de uma forma ostensiva, proeminar o Direito, por forma a conferir-lhe um grau de cientificidade autónoma.

Ernst Forsthoff¹, dirimindo os limites do direito e da política, e **Hans Kelsen** foram, no âmbito do puro Positivismo, os impulsionadores de uma

1 Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

sagaz luta contra a sociologia do direito, disseminada pelo pensamento alemão, de cuja escola se destacava **Eugen Erlich**². Para este, a única garantia de justiça era a personalidade do juiz, mas este transformar-se-ia em servidor da sociedade, pois tudo acontecia para esta e por causa dela, relegando o direito para um múnus de manifestação da realidade social, da análise das forças sociais.

Duas correntes da mesma ideia que se pretende sublinhar: a de que se distinguiu o momento da génese do direito e o da sua realização prático-normativa ou prático-enunciativa.

O direito positivo era um repositório instrumental do aplicador do direito, limitando-se este a, mecanicamente, operar a sua subsunção lógica aos factos.

A única diferença assinalável residia no facto de a Escola da Exegese francesa ter como fonte desse repositório o legislador estadual e, portanto, situando-se mais próxima de um voluntarismo político mediato, enquanto que para a Escola Histórica, de raiz alemã, o direito positivo havia de buscar-se na história dos povos.

Ao juiz estaria vedada qualquer actividade de valoração de índole prático-social, no âmbito mais alargado de uma distribuição e divisão de poderes.

Não se ignora a evolução da Escola Histórica, de que cumpre destacar a intervenção de **Savigny**, para a Pandectística e desta para a Jurisprudência dos Conceitos (**Ihering**, **Puchta** e **Windscheid**), mas desta racionalidade puramente teórica, daremos um salto para enquadrarmos aquilo a que o resvalar da crise social poderá significar, designadamente a adopção de uma racionalidade jurídica emergente cuja aplicação poderá suscitar as maiores reservas num sistema como o nosso, de raiz romano-germânica.

Essa racionalidade tecnológica que se louva na *social engineering* e que podemos traduzi-la no exercício, axiologicamente neutro, de uma procura do finalismo e da estratégia, teve pontos de contacto com a Jurisprudência dos

2 Em 1913, publica os *Fundamentos da Sociologia do Direito*.

Interesses, mas pode reconduzir-se, *brevitatis causa*, à intitulada Jurisprudência Sociológica.

Visa esta, em síntese, contribuir para que a decisão judicial seja dotada de caracteres de eficácia e de utilidade.

Para **Richard Allen Posner**, economista e juiz norte-americano, (*Economic Analysis of Law*) na decisão judicial, o juiz é considerado “as rational maximizer”.³ Naturalmente que, num sistema como o anglo-saxónico, o papel da jurisprudência é sequaz de uma racionalidade jurídica que, em tese, poderá ter em vista a propugnada maximização da riqueza (*law should be made to conform as closely as possible to the dictates of wealth maximization*).⁴

Com efeito, se para **François Ost**, na sua concepção da função judicial, o modelo era o de um juiz tecnocrata⁵, para o norte-americano **Roscoe Pound** o juiz é um engenheiro social, pois não lhe cabe apenas aplicar regras a casos concretos, sendo sua função a de projectar soluções jurídicas capazes de promover “a melhoria da ordem económica e social por meio de um esforço consciente e inteligente”.⁶

No âmbito do teleologismo tecnológico, cumpre destacar a “Teoria da decisão prática” de **Hans Albert** (*Traktat über rationale Praxis, 1978*), precursor das ideias de Karl Popper, e a experimentação social da decisão, reconduz-nos para a síntese de que o direito deveria ser pensado como a objectivação de uma estratégia político-social finalisticamente programada e a decisão deveria ser racionalizada, por forma a obter a mais útil e a mais oportuna.

3 Linhares, Aroso, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a Law & Economics Scholarship”, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, pág. 65 e ss.

4 Posner, Richard, “How Judges Think”, Harvard University Press, Abril de 2008.

5 Ost, François. *O Tempo do Direito*, Lisboa: Piaget, 1999; *Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur – Trois modèles de justice*, Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire, Bruxelles, 1983.

6 Bodenheimer, George, *Teoría del Derecho*, p. 351.

7 Neves, Castanheira, *Apontamentos complementares de Teoria do direito (Sumários e textos)*, Coimbra, 1999, (versão policopiada) págs. 21-25.

A função judicial seria, assim, a de participante activa na criação das soluções socialmente mais adequadas aos fins propostos (*trilema de Münchhausen*).

Tal racionalidade compreende-se, como se referiu, no âmbito do sistema anglo-saxónico, no qual os juízes são nomeados com a cláusula “during good behaviour”, se cultiva uma aproximação entre os conceitos de *deontologia profissional* e *responsabilidade política*, prevendo-se, com relevo, que aqueles possam ser exonerados da sua função, através do voto das duas Câmaras ou da publicação de um acto legislativo.

No entanto, tal sistema é espécime, para muitos, dos receios do *gouvernement des juges* que tomaram a Revolução Francesa⁸ e que continuam a existir, em face de uma alegada transmutação do Estado de Direito em Estado de Justiça.⁹

No nosso sistema, é transversal a ideia de que o reforço do papel do juiz das liberdades é a única garantia de preservação dos direitos fundamentais, numa época, como a nossa, de forte restrição operada pelos operadores administrativos, e de supra-infra-ordenação das relações comerciais e sociais, numa expansão da contratualização em massa e, em síntese, no âmbito de um novo figurino do Estado Social.

No sistema continental, de raiz romano-germânica, é precisamente neste justo equilíbrio da função do juiz que, no século XXI, a sociedade tempera a distribuição e divisão de poderes, de uma forma aberta, mas situando perfeitamente a resposta do serviço de justiça, por si e nos “*checks and balances*”.

A função judicial não se funda já na aplicação automática do direito positivado, mas também não é ela, nem pode ser, o único bálsamo para um cataclismo social ou a última linha de uma crise profunda, de resposta altruísta a uma declaração de derrota dos demais sistemas sociais que deviam

8 Artigo 13.º da Lei 16-24 de Agosto de 1790, “os juízes não poderão perturbar, de qualquer maneira que seja, as operações dos corpos administrativos”.

9 Linhares, Aroso, “*Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?*”, 2008.

ter actuado e falharam ou substitutiva desta.

Através do sistema de justiça pretende-se não apenas o *sum cuique tribuere*, mas alcançar o verdadeiro sentido do dever-ser.

Vejamos as lições colhidas do Professor **Castanheira Neves**¹⁰ e do Professor **Pinto Bronze**.

Para estes eminentes Professores o direito tem de ser visto como um sistema de validades e a justiça tem de ser valorizada em detrimento da eficácia e da oportunidade. O fundamento da decisão judicativa há-de encontrar-se numa validade autónoma, pois, de outra forma, a racionalidade tecnológica conduz a uma ciência do direito sem direito.

Encimam a ideia de que essa validade só se cumpre, na prática, pela mediação de um concreto juízo normativo que tenha em conta as especificidades do caso concreto que o reclama e a realização do direito pressupõe um juízo decisório normativamente autónomo, a afirmação problematicamente em concreto de uma validade normativa vinculante.¹¹

Postergando-se o cânone “a prática é que decide”, a proposta de relação entre o *logos* e o método, enunciada também por **Esser, Müller e Kriele**, é o da reconstrução crítico-reflexiva, no qual o *logos* não pode ser qualificado como prescritivo, nem descritivo.¹²

10 Neves, Castanheira, “*Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*”, *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, pág. 60 e ss. e “*A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*”, Coimbra, 2003.

11 Cortês, António, “*Jurisprudência dos Princípios - Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*”, Universidade Católica Editora, 2010, propõe uma reflexão sobre o que considera a verdadeira fonte das decisões judiciais: os princípios do direito. Com especial interesse, o conceito de “autoprecedente” de Taruffo, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007, pág. 28.

12 Neves, Castanheira, *Revista Digesta*, Vol. II, pág. 215 e ss.; “*O Sentido Actual da Metodologia Jurídica*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2003, volume comemorativo; “*O funcionalismo jurídico -Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade*” – *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2006, n.º 3940 e 3941; Bronze, Pinto, “*Lições de Introdução ao Direito*”, 17.ª Lição. Para Regla, Josep Aguiló, a fundamentação pressupõe um exercício de universalização, “*Fuentes del Derecho y Normas de Origen Judicial*”, *Teoría general de las*

Por outras palavras, partindo do sentido último do direito, analisar-se-á a prática para aferir da consonância desta com aquele sentido, orientando-se reflexivamente no sentido da realização do dever ser que é o direito.

A concepção de que o caso concreto é o *prius* metodológico, sendo a norma mobilizada em função daquele, colocou-nos perante a tarefa de interpretação como problema prático e normativo, ressumando um novo perfil de juiz.

A noção material da função jurisdicional, de vinculação à Constituição e à Lei, está consagrada nos artigos 202.º a 204.º da Constituição da República Portuguesa e a racionalidade na fundamentação das decisões judiciais expressamente prevista no art.º 205.º, n.º 1, do Texto Fundamental.

Quando, em 3 de Setembro de 2009, o Exm.º Sr. Juiz Conselheiro Dr. **Noronha do Nascimento** me conferiu posse como juiz de direito, no Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça, tomei nota do seu marcante discurso, designadamente da advertência de que os tribunais se tornariam, a breve trecho, em “hospitais sociais” e que a figura do juiz poderia ter de abarcar territórios para os quais seria preciso, se bem entendi, uma especial sensibilidade e um apuro técnico tendentes a uma humanização da resposta dos Tribunais.¹³

A crise que também já se instalara, a económica, a da razão e dos valores, lançaria os tribunais para a resolução, em massa, de conflitos da jurisdição da família e menores, das relações laborais e de consumo, das insolvências e recuperação de empresas, e a resposta a um crescendo de criminalidade, num fervilhar de interesses diametralmente opostos e em que os intervenientes procuram o étimo último da justiça que lhes foi negado pelos demais sistemas de regulação da sociedade que faliram. O fim da linha com que diariamente somos confrontados nos Tribunais.

O mundo mudou radicalmente.

Mas também não se diga que a crise económica e financeira não logrou ser prevista, com verdadeira anterioridade e credibilidade.

fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ariel, Barcelona, 2000.

13 Igualmente, NORONHA DO NASCIMENTO, LUÍS, “JUSTIÇA 2009”, PÁG. 27-43, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

Paul De Grauwe, Economista e Professor da University of Leuven, com passagens pela então denominada Comunidade Económica Europeia, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Central Europeu, escreveu um artigo, publicado em 20 de Fevereiro de 1998, no Financial Times, intitulado “O Euro e as crises financeiras”. Neste perguntava-se se podia uma crise financeira semelhante à asiática irromper na Europa, para logo concluir que a mesma não deveria ser claramente posta de lado, em função da liberalização dos mercados financeiros, na Europa, e a grandeza dos fundos que seriam livremente deslocados no interior da zona euro num verdadeiro salto quântico. No mesmo, toma-se como exemplo-tipo Espanha, vindo o tempo a confirmar o que parecia ser uma profecia.

O problema de regulação dos mercados financeiros, a falência do conceito de Estado Providência, que nascera por volta de 1880/1990, se desenvolvera no dealbar do século XX e se refundara com a II Guerra Mundial, a descontextualização dos sistemas sociais e a desinserção das relações sociais - a que aludia **Anthony Giddens** -, e um novo conceito de cidadania europeia são fatores de um alargamento do conceito de sociedade do risco (*Risikogesellschaft, risk society*).

Exorcizada as concepção do fim da história do alemão **Friedrich Hegel** e a versão actualizada do norte americano, **Francis Fukuyama**, quanto à responsabilidade do capitalismo ocidental para o seu eclodir, o Mundo, em face do movimento (da primavera) árabe, que se alarga a África, ressuscita, ainda que em lume brando, o receio do “choque de civilizações”, de **Huntington**.

Paralelamente, em Nova Iorque, o “Movimento de Ocupação de Wall Street”, iniciado em 17 de Setembro de 2011, com uma centena de jovens, no Parque Zuccotti, próximo daquele centro financeiro, rapidamente se avolumou e expandiu à Praça Washington, sendo considerado a personalidade do ano de 2011 pela revista Time, ainda que sem rosto.

No século XXI, a sociedade portuguesa assiste a uma indelével transferência da sua soberania, esvaindo-se progressivamente a ideia de subsidiariedade e maximizando-se o conceito de supranacionalidade que, desde o Acórdão Costa/Enel do então TJCE de 15.07.1964, vem sendo depurado através

da interpretação dos tribunais nacionais dos Estados-membros da União Europeia e sobretudo pelo Tribunal de Justiça (Acórdão 92/78 Simenthal, Acórdão van Gend & Loos de 05.02.1963).

Os princípios da aplicabilidade directa, do efeito directo, da uniformidade e do primado do direito comunitário e da interpretação conforme modificaram o direito nacional e transformaram os tribunais judiciais nos tribunais comuns de aplicação daquele direito uniformizado e verdadeiros tribunais funcionalmente comunitários [Nota informativa relativa à instauração de processos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais (2011/C 160/01)].

Não obstante, a necessidade de regulação em domínios como o ambiente¹⁴, o consumo¹⁵ e a segurança alimentar¹⁶ tem vindo a ser suprida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para casos concretos que podem corresponder à heurística ponderação de valores que o mundo globalizado parece esquecer, não descurando a evolução jurisprudencial do Tribunal a promoção de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça¹⁷ e de preservação dos direitos fundamentais designadamente os Carta Europeia¹⁸ e que, igualmente,

14 Acórdão (Greenpeace Council) de 2.04.1998, Acórdão (Delena Wells) de 7.01.2004, Acórdão (PreussenElektra) de 13.03.2001, Acórdão (Lanelijke Vereniging) de 7.09.2004, Acórdão (Kraaijeveld) de 24.10.2006, Acórdão (Bund Naturschutz Bayern) de 9.08.1994, Acórdão (Pfizer Animal Health S.A.) de 11.09.2002. Especial realce para o Acórdão (Comissão contra o Conselho) de 13.09.2005 que redefiniu o papel da Comunidade no estabelecimento de sanções por prática de crimes ambientais. Mais recentemente, os Acórdãos de 17.12.2009 (Processo C-120/09), (Processo C-205/08) de 10.12.2009 (Processo C-187/09), de 19 de Novembro de 2009 (Processo C-288/08) e o Despacho do Presidente do Tribunal Geral de 17 de Dezembro de 2009 (Processo T-396/09 R).

15 Acórdão Cassis de Dijon de 20.02.1979, Acórdão Guimont de 5.12.2000, Acórdão Mathot de 18.02.1987, Acórdão de 11.09.2003, relativo a máquinas de jogo, num reenvio de um tribunal português.

16 O célebre Acórdão de 5.05.1998, relativo a medidas de urgência contra a encefalopatia espongiiforme bovina (Doença dita 'das vacas loucas').

17 Com mais recente relevo na evolução jurisprudencial, o Acórdão de 8.03.2011 (processo C-34/09), o Acórdão de 16.03.2010, (processo C-325/08) e o Acórdão de 23.02.2010 (processo C-480/08), relativo a uma cidadã de origem portuguesa, Maria Teixeira, quanto ao direito de residência no Estado-Membro de acolhimento do progenitor com um filho a estudar neste.

18 Entre outros, Acórdão (Eugen Schmidberger) de 12.06.2003, na ponderação entre o direito de manifestação e o de direito de livre circulação de mercadorias, no Acórdão (Grogan) de 4.10.1991, em matéria de aborto, o Acórdão (Omega) de 14.10.2002, relativo

na aplicação da Convenção Europeia, tem tido esse papel norteador o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

No âmbito da União Europeia e da afirmação do direito comunitário, trilhou-se, de igual forma, o caminho da responsabilidade dos Estados por violação da sua aplicação, tendo o Tribunal de Justiça, designadamente desde o Acórdão *Brasserie du Pêcheur* de 5.03.1996¹⁹, na interpretação do Tratado, imposto a introdução nas legislações nacionais de pressupostos mínimos de responsabilidade e impedindo os Estados de introduzir pressupostos acrescidos à violação do direito comunitário do que os existentes para a generalidade da violação das leis nacionais e da responsabilização do Estado.

Dizia o alemão **Eberlein** que o processo de regulação deveria limitar-se a uma simples correcção das deficiências do mercado, completamente alheio do problema da correcção dos resultados do mercado. Mais previa que a regulação pública, como forma de intervenção do Estado, acarretaria consequências estruturais negativas, a longo prazo, no quadro do processo político devido à judicialização da política. A necessidade de um complexo sistema de regras jurídicas detalhadas e o contínuo recurso aos tribunais para a resolução dos conflitos poderia gerar um alto grau de incerteza ao nível da tomada de decisões entre o Estado e grupos de interesses.²⁰

Não parece que assim seja, tendo, ao invés, o Tribunal de Justiça da União Europeia uma função eminentemente propulsora da realidade comunitária e de garantia dos direitos fundamentais, algo inaudito na teoria das relações internacionais, com uma jurisdição constitucional, que garante a inviolabilidade dos Tratados e garante a repartição institucional de

à segurança, o Acórdão (*Viking*) de 11.12.2007, na depuração do direito de liberdade de estabelecimento e o Acórdão (*Laval*) de 18.12.2007, no âmbito dos direitos dos trabalhadores e das organizações sindicais.

19 Desde os primitivos Acórdãos dos anos 60, *Humlet* e *Francovich*, decidiu-se que “A eficácia das normas comunitárias dependia da responsabilidade civil do Estado-Membro pela violação do direito comunitário.” A enorme evolução Jurisprudencial firmou-se, entre outros, no Acórdão (*Köbler*) de 30.09.2003, no Acórdão (*Katja Candolin*) de 30.06.2005, no Acórdão (*Traghetti del Mediterraneo*) de 13.06.2006, no Acórdão (*Elaine Farrel*) 19.4.2007 e no Acórdão (*Seda Küçükdeveci*) de 19.01.2010.

20 Eberlein, Burkard “*L’État régulateur en Europe*”, *Revue Française de Science Politique*, Paris, Volume 49, n.º 2, pág. 210-215.

competências entre a União Europeia e os Estados Membros, uma jurisdição administrativa, anulando actos ilegais, uma jurisdição internacional, dirimindo litígios entre Estados-Membros (344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)), uma jurisdição reguladora, de que é exemplo o art.º 267.º do TFUE, e uma jurisdição de natureza cível e de responsabilidade civil contratual e extracontratual da União Europeia (265.º e 340.º do TFUE), sublinhando-se a especial simbologia na dinâmica processual do mecanismo do reenvio prejudicial.

Para além da típica competência em matéria de concorrência, o Tribunal de Justiça da União Europeia, na sequência do conceito de empresa que firmou no Acórdão *Wouters*, já se pronunciou reflexamente sobre a necessidade de regulação do mercado de que é exemplo, para o caso português, o Acórdão (posição privilegiada na PT) de 8.07.2010²¹, que ponderou a função accionista do Estado e as “Golden Shares”, reconhecendo-se, de igual sorte, vasta jurisprudência em matéria de densificação do conceito de abuso de posição dominante, auxílios estatais e medidas restritivas.²²

É, pois, perante esta efervescência social crescente e uma amplitude de aplicação do direito, sem fronteiras, que os tribunais são votados a responder mais e melhor, numa ideia clara de tempestividade, de resolução de litígios em prazos curtos.

A força centrípeta do aumento exponencial da complexidade técnica dos processos, eivados de dramas sociais intensos (a crise trouxe aos tribunais pessoas de todas as classes sociais), lança-se sobre o *quid* decisório, aumentando a necessidade de um perfil de juiz conciliador, actualizado e preparado, coadjuvado, quando necessário, por equipas multidisciplinares: mediadores, psicólogos, assistentes sociais, ou outros técnicos de conhecimentos especializados.

Especialização essa que deve ser também o caminho paralelo dos tribunais

21 Acórdãos de 10.11.2011 (C-212/09), sobre ações privilegiadas (‘golden shares’) detidas pelo Estado Português na GALP Energia, SGPS SA, na EDP - Energias de Portugal (C-543/08).

22 Encontra-se pendente o processo C-244/11, Comissão/Grécia.

e da advocacia para cabal resposta a uma complexa tecnicidade das relações sociais inter-subjectivas e uma transnacionalidade das relações comerciais a exigir muito mais do que apenas o conhecimento do direito nacional.

Daí que o movimento de desjudicialização e de resolução alternativa de litígios²³ deva ser interpretado como o caminho de proximidade que as partes carecem de perseguir, sem que isso implique uma falta de autoridade da solução encontrada, mas antes um revulsivo estancar de uma litigiosidade pouco adaptável a uma rígida instância formal de controlo, e sem perda das garantias processuais que esta possa oferecer.

O reforço do *empowerment* da mediação, no absoluto domínio do processo pelas partes que o originaram e, finalmente, entre elas encontrarão a solução.

Nas palavras do Exm.º Sr. Juiz Conselheiro Dr. **Cardona Ferreira**, Presidente do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz, a chamada *Justiça de Proximidade* deve, desejavelmente, integrar uma vertente pessoal, uma vertente de conhecimento, uma vertente temporal, uma vertente localizadora e uma vertente geográfica, temperadas pelos princípios do acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva, equidade processual, prazo razoável, legalidade, equidade substantiva, verdade, dispositivo e inquisitório (ou oficiosidade), preclusão e auto-responsabilidade, cooperação, imediação, oralidade, concentração e valoração da prova e economia processual, sublinhando que a proximidade, antes de se consumir nas causas concretas tem de ser assumida nas atitudes.²⁴

Na confluência desta necessidade de encontrar aquela validade autónoma

23 Gouveia, Mariana França, “*Curso de Resolução Alternativa de Litígios*”, Almedina, 2011, define os meios de resolução alternativa de litígios, tradução livre da designação inglesa *alternative dispute resolution*, “como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais. A definição é vaga e pretende sê-lo, na medida em que não há qualquer tipologia fechada. Daí que a inserção de um método nos meios de resolução alternativa de litígios se faça pela negativa (não é judicial). Os meios mais conhecidos são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Há, porém, muitos mais, indicados pela doutrina, por vezes sem exacta correspondência terminológica ou conceptual.”

24 Ferreira, Cardona, “*Julgados de Paz*”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pág. 15 e 42-46.

- cada vez mais instrumentalizada - que é o direito²⁵, que nos alertava o Prof. **Castanheira Neves** e a necessidade da sua aplicação com garantias de eficácia, para ser a sentença, na verdade, esse étimo de justiça que os cidadãos esperam e as partes processuais almejam, existe o processo.

Relegadas a concepção *duelística* do processo, vigente no Código de 1876, e a relação processual *angular* - inspirada no Prof. **Alberto dos Reis** - do Código de 1959, resulta consensual a concepção *trilateral* do processo propugnada pelo Prof. **Antunes Varela**.

Nesta, sem embargo do natural dever de decidir acometido ao juiz, surge como imperiosa a necessidade de uma efectiva direcção do processo²⁶, sem prejuízo da natureza imperativa das normas de direito público correspondentes ao Direito Processual Civil.

Ao juiz deve ser dada, reconhecidamente, no âmbito dessa relação trilateral do processo e num quadro de cooperação com as partes, sem se perder de vista o princípio da auto-responsabilidade destas e o princípio do dispositivo, a efectiva decisão sobre os caminhos que o processo deve trilhar para se alcançar a decisão de mérito, sem que isso constitua a promoção de manifestações autoritárias do processo.

Pelo contrário, o reforço dos poderes do juiz é o fator de uma aproximação da abstracção da lei e do comando decisório, heteronomamente imposto, à infungibilidade e singularidade do caso concreto, naquela analogia que perpassa o juízo decisório entre o problema da norma e o problema do caso, enquanto recorte de vida.

Na realidade processual, o caso decidendo, seja para a obtenção de uma decisão de mérito do Tribunal, seja para a obtenção da decisão consensualizada, reclama, por diversas vezes, no encadeamento de actos do processo, uma

25 Na definição do Prof. Pinto Bronze do sentido do direito: “a intersubjectiva significatividade inucleada numa específica validade historicamente realizanda.” – “*Lições de Introdução ao Estudo do Direito*”, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2010.

26 Reconhecida na Exposição de Motivos do Anteprojecto de Reforma do Código de Processo Civil.

maleabilidade prática²⁷

E aqui, poderá enquadrar-se a questão de se a jurisdição contenciosa se deve aproximar à jurisdição voluntária, na mudança de um paradigma, se o reforço do princípio da adequação formal, nos limites já ancorados, com abertura de novos poderes processuais de margem discricionária e introdução de novos conceitos indeterminados (com o objectivo último de reconduzir o processo à justa composição do litígio) pode bastar-se, ou se uma e outra tese são o verso e reverso daquela ideia de primado da necessidade uma direcção efectiva do processo pelo juiz, que não se podendo codificar, por referência sempre a uma casuística situação problema ou questão decidenda, difícil de prever mas tão-só de balizar, sem que isso nos possa reconduzir a um Jurisprudencialismo, contribua para um atrofiar de um sistema que tem na lei a verdadeira fonte ou promova o *stare decisis*.

Não obstante, num paradigma institucionalizado de Justiça Pública (art.º 1.º 2.º do Código de Processo Civil), sem perda do direito fundamental de acesso (art.º 20.º e 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa), também parece existir um consenso no repensar do direito de acção, como verdadeiro pressuposto de um sistema eficaz que promova a realização em concreto da justiça.

A concepção moderna ou processualística conduz-nos a um direito de acção correspondente a um poder que não se integra no núcleo do direito subjectivo material, pois já não é considerado a vertente agressiva deste.²⁸

27 Gouveia, Mariana França, “Os poderes do juiz cível na acção declarativa - Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão”, Revista Julgar, n.º 1, 2007, pág. 47 e “O processo civil entre a justiça e a celeridade”, 1.º Seminário dos Cadernos de Direito Privado, Braga, CEJUR, 2010, pág. 24; Mendonça, Luís Correia de, “Vírus autoritário e processo civil”, Revista Julgar, n.º 1, 2007, pág. 71, Campos, Joana Paixão, “A conciliação judicial”, Tese de mestrado em Ciências Jurídico Forenses, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009.

28 Varela, Antunes, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 125.º, pág. 325-331; 357-361; Ano 126.º, pág. 12-16; 37-41. Menezes Cordeiro, António, “Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa «in agendo»”, Almedina, 2.ª Edição, 2011; Albuquerque, Pedro de, “Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo”, Almedina, 2006.

No vindo de expor, no actual quadro sociológico-factual, reconhece-se que o direito de acção se não pode confundir, necessariamente, com um direito a uma decisão favorável, mas que também não pode tolerar expedientes dilatatórios.²⁹

Uma especial nota para a importância do papel (e de um novo perfil) do juiz na âncora processual em que se revestirá a fase de saneamento e condensação e de realização da audiência preliminar, em particular, numa espécie de declaração de não resistência à frustração das expectativas colocadas pelo legislador de 1995.³⁰

Desde logo, para além do contributo activo e dinâmico de pré-saneamento, previsto no art.º 508.º, no despacho que designar a realização da audiência preliminar, o juiz deve, desde logo, em concreto, apresentar os objectivos da diligência (que não a mera enunciação das alíneas do artigo), devendo ter, nesta fase processual, um conhecimento profundo do objecto do litígio, até

29 Não obstante ser de parcimoniosa utilização o instituto de litigância de má fé e do âmbito cada vez mais amplo das custas de parte, pondera-se, na Doutrina, um alargamento da manifestação legal da responsabilização pelo uso indevido do sistema judicial, de que são afloramento já consagrado, a título de exemplo, entre outros, os arts.º 390.º, 402.º, 819.º e 830.º-E do Código de Processo Civil e o art.º 22.º do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas, embora, este último, com divergência doutrinal quanto ao elemento subjectivo. – Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 2011, pág. 54, Fernandes, Carvalho/Labareda, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2008, pág. 144 e ss., Silva, Paula Costa e, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008, pág. 510 e ss..

30 Tomando em consideração a proposta do Anteprojecto de alteração do Código de Processo Civil, embora já constando Preâmbulo do Decreto-Lei 329-A/95., de 12 de Dezembro: *“Mas onde verdadeiramente se inova de base é com a instituição da audiência preliminar que (...) é erigida em polo aglutinador de todas as medidas organizativas do mesmo processo e traduz a instituição de um amplo espaço de debate aberto e corresponsabilizante entre as partes, seus mandatários e o tribunal.”*

Vd. sobre a audiência preliminar, Geraldês, Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, II, Almedina, pág. 79 e ss., Freitas, Lebre de, *A acção Declarativa comum*, Coimbra Editora, pág. 155 e ss., Marques, Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2011, pág. 531 e ss., Montalvão Machado, António e Pimenta, Paulo, *O novo Processo Civil*, Almedina, 9.ª Edição, pág. 209 e ss., Pimenta, Paulo, *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*, Almedina, pág. 210 e ss. Sousa, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, pág. 304 e ss.

para, embora a realização seja a regra, bem decidir-se pela não realização da audiência preliminar (art.º 508.º-B, n.º 2 e 508.º-C, n.º 1).

Continua o juiz investido do dever de realização de uma tentativa de conciliação, nos termos em que o Prof. Alberto dos Reis defendia, no debate que se suscitou sobre a bondade da consagração legal deste objectivo da diligência, designadamente lembrando que o juiz é, por natureza e por via da sua função, o terceiro imparcial que poderia promover de forma desinteressada a conciliação das partes e sublinhando que estão estas representadas por advogados.³¹

Na frustração da conciliação, cabe ao juiz proferir o despacho saneador [art.º 508º-A, n.º 1, al. d)].

Para além disso, cumpre ao juiz:

- determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos do disposto nos n.ºs 1 dos artigos 265.º-A e 265.º-B [art.º 508-º-A, n.º 1, al. e)].

- proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 511.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes [art.º 508-º-A, n.º 1, al. f)].

- programar, após audição dos mandatários, os actos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respectivas datas [art.º 508-º-A, n.º 1, al. g)].

No caso de dispensa da audiência preliminar, nos termos do art.º 508.º - C, nos 20 dias subsequentes ao termo dos articulados, o juiz profere:

a) Despacho saneador, nos termos do artigo 510.º;

b) Despacho a determinar a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos do disposto nos n.ºs 1 dos artigos 265.º-A e 265.º-B;

c) Despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar as

31 “Código de Processo Civil anotado”, III, pág. 173.

questões essenciais de facto que constituem o tema da prova;

d) Despacho destinado a programar os actos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respectivas datas.

Acresce o papel do juiz no despacho a que se refere o novo art.º 511.º, n.º 1: “ quando a acção tiver sido contestada, o juiz profere despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar as questões essenciais de facto que constituem o tema da prova”³², sem embargo da discussão sobre estes conceitos e aperfeiçoamento da proposta apresentada no Anteprojecto, de que se destacam as propostas do Professor Doutor Lebre de Freitas realizadas nas I Jornadas de Direito Processual Civil e reflectidas, neste livro.

Tal despacho terá implicações futuras, como as previstas no art.º 549.º, n.º 2, 632.º, sobretudo na decisão sobre a matéria de facto, nos termos do art.º 653.º, e na sentença, conforme se prevê no art.º 659.º, n.º 3, devendo o juiz compatibilizar toda a matéria de facto adquirida, por forma proceder ao encadeamento lógico do “pedaço da vida” narrado.

É, portanto, na centralidade dos poderes do juiz, na relação triangular, de comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)³³, que o Direito Processual Civil caminhará, lado a lado com a uma diferente e complexa realidade social oferecida e a um alargamento dos domínios do direito nacional e europeu, que impõem novos desafios, exigências e responsabilidades a que naturalmente haverá que dar resposta.

O papel humano do juiz, no âmbito de uma racionalidade normativa, em face dos reconhecidos limites funcionais e normativos (objectivos, intencionais, temporais e de validade) da legislação, atinge uma dimensão crescente que nos sublinha a importância enunciada pelos Ilustres Professores Castanheira Neves e Pinto Bronze, do juízo decisório como o acto que converte a *lex* em decisão e que reconduz esta à fundamentação exigível.³⁴

32 Sem prejuízo da ampliação da base instrutória, nos termos do disposto no art.º 650.º, n.º 2, al. f).

33 Freitas, Lebre de, “*Introdução ao Processo Civil*”, Coimbra Editora, pág. 153.

34 “*O perfil do Juiz na tradição ocidental*”, Almedina, 2009.

Foi esse sentido do direito que se procurou estimular a encontrar na organização deste evento, numa procura da discussão dos melhores meios para conceder a cada juízo decisório a imanência daquele sentido, enquanto validade autónoma.

Quando idealizei estas Jornadas e as propus às Delegações da Ordem dos Advogados de Valpaços e de Chaves tinha em mente instigar o melhor pensamento académico, representativo de todas as Faculdades de Direito, a um debate sobre a reforma do direito processual civil.

Tal foi conseguido, pois não embora transmitido, em directo, no canal Justiça TV, num claro sinal de partilha deste debate profundo, participaram representantes de todas as profissões jurídicas e foram oradores os mais reputados Professores de Direito, Magistrados e Advogados.

Num tempo de crise e da natural maior demanda dos tribunais, havia que convocar também a melhor reflexão sobre a reforma da lei da insolvência, problematizar alguns aspectos do direito bancário e dos instrumentos financeiros.

Por outro lado, era imperioso reflectir com o Professor Carlos Magno, Presidente da Entidade Reguladora da Comunicação, transmontano, a mediatização da justiça, para a síntese daquilo que esperam os cidadãos deste sistema.

A última nota, a de que fiz ponto de honra, em conjugação com a Delegação da Ordem dos Advogados, de que este evento fosse realizado em Valpaços.

Agradeço, assim, à Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados e à Câmara Municipal de Valpaços todo o empenho logístico no evento, desde o primeiro momento, da edilidade, em especial, na edição em livro, e, bem assim, à Delegação de Chaves da Ordem dos Advogados, na divulgação.

Pelo forte estímulo, agradeço ao Exm.º Sr. Juiz Conselheiro Cardona Ferreira e, pelo exemplo, ao Exm.º Sr. Professor Doutor Miguel Mesquita, ao Exm.º Sr. Professor Doutor Calvão da Silva e à Exm.ª Sr.ª Juíza Desembargadora Maria do Carmo Silva Dias.

Finalmente, pela presença activa num evento realizado no coração de Trás-os-Montes, a todos os oradores e convidados e, em especial, ao Exm.º Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que nos honrou com a sua presença.

Pelo contributo pessoal, uma homenagem ao pintor flaviense, Mestre Nadir Afonso, que gentilmente cedeu a imagem que foi o rosto deste evento.

O presente livro, como repositório dos textos compilados, devidamente adaptados e ampliados pelos seus autores, correspondem às intervenções orais das I Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares Transmontanos”, realizadas em 5 e 6 de Novembro de 2011, em Valpaços, e será entregue formalmente à Exm.^a Sr.^a Presidente da Assembleia da República, valpacense ilustre, como contributo para o debate sobre as reformas em curso.

Ficou, assim, aberto o caminho para as II Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares Transmontanos”.

José António Alves Esteves

Novembro de 2011

DISCURSO DO PRESIDENTE DA
CÂMARA MUNICIPAL DE VALPAÇOS

FRANCISCO BAPTISTA TAVARES (ENG.º)

Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados Dr. Marinho Pinto

Senhor Representante Local da Ordem dos Advogados Dr. Coelho Marques

Senhores Conferencistas

Minhas Senhores e meus Senhores

Começo por dar as boas vindas a todas os participantes nestas jornadas sobre **Direito Processual Civil**, organizadas pela delegação local da ordem dos advogados.

Refira-se que a delegação local da ordem dos advogados, tem realizado várias conferências sobre direito e justiça, aproveitando a presença do Dr. Costa Andrade, Penalista conceituado, que no período de férias de Verão têm promovido debates sobre determinados temas sensíveis, que a sociedade portuguesa vive.

A Conferência que hoje aqui se promove, atendendo a vários temas que serão abordados e à qualidade dos conferencistas intervenientes, serão com certeza objecto de discussão profícua, na procura de soluções que promovam a justiça.

Aqui em Valpaços, as condições físicas concelhias para a prática da justiça, são aceitáveis. Temos boas instalações da comarca, o quadro dos funcionários judiciais satisfaz, tendo ultimamente com o reforço de mais um Juiz, permitindo a redução da pendência existente.

Como autarca e na defesa dos interesses do concelho, preocupa-me a im-

plementação do novo mapa judiciário.

Por mais justificação que queiram dar, que digam ser concebido para melhor e mais eficiente aplicação da justiça, que a concentração favorecerá uma maior rentabilização dos recursos humanos, o certo que o modelo proposto acarretará um detrimento na qualidade da aplicação da justiça junto dos cidadãos.

As condições e as facilidades de deslocação do litoral, são bem diferentes das regiões do interior, onde a frequência dos transportes é diminuta e a distância de muitas comarcas ainda existentes ficarão a mais de 100 Km dos novos tribunais de circunscrição que serão criados. Ora isto nunca será uma justiça de proximidade. Devido que o novo mapa judiciário traga mais equidade territorial.

As novas tecnologias, a adopção do processo electrónico, poderiam estar mais ao serviço de manutenção do actual sistema, não sendo necessário a concentração judiciária.

Existem actualmente 231 comarcas no país, que correspondem aos tribunais de 1.^a instância e que têm competência genérica.

Também evidente, que praticamente não há desfasamento territorial entre município e os tribunais de comarca. O novo mapa judiciária porá em causa essa simultaneidade territorial, deixando a área do município de corresponder à área da comarca, não permitindo a eficiente articulação com as entidades locais com quem os tribunais muito se relacionam, como sejam a PSP, GNR, Repartição de Finanças, e até as próprias Câmaras Municipais.

Ao concentrarem os meios, ficam naturalmente as actuais comarcas despidas de competência, implicando um completo afastamento entre os serviços de justiça e a população.

Teme-se que a criação dos tribunais de circunscrição, para substituir todos os tribunais de 1.^a instância, com dimensão territorial e competência, que fiquem os actuais tribunais de 1.^a instância como **casas de justiça**, que não será mais que uma secção administrativa de atendimento da população, dis-

ponibilizado para tratar de assuntos relacionados com os processos de justiça.

O retirar o Tribunal do Município é retirar um símbolo de soberania e a aplicação de justiça sobre os concelhos. É deixar de ser um serviço de proximidade que estava ao serviço do cidadão, que procura a prática da justiça.

Esta reforma promove a criação de 40 tribunais de circunscrição, extinguindo as actuais 231 comarcas, que correspondiam a cada concelho.

Compreende-se que haja necessidade de alterar formas e rentabilização de recursos existentes, modificando o funcionamento de alguns tribunais com poucos processos, mas não por em causa a aplicação da justiça por razões economicistas. Fechar por fechar, sem reparar à repercussão social que tal medida representa, sendo mais uma medida que favorece a desertificação humana do interior.

Retirar os tribunais junto das populações não faz sentido. O interior ficará mais pobre, não por vontade dos seus decisores políticos locais que sempre oporão a esta reforma. Reforma que não favorece as comunidades que necessitarão dos serviços judiciários, mas também não favorecem os agentes da justiça.

Sei que nesta conferência o novo mapa judiciário ou a revisão que se pretende irá ser debatida, esperando que seja clarificadora e que atenda à realidade do interior, despovoado, desprovido de serviços públicos, entregues um pouco à sua sorte.

Desejo que no final desta jornada seja enriquecedor o debate, que os temas naturalmente provocarão, e que saiam posições mais clarificadoras. Aproveito para desejar uma boa estadia no concelho de Valpaços e atendendo a que estamos próximos do dia de S. Martinho, possam visitar a feira que decorre neste fim-de-semana em Carrazedo de Montenegro deste concelho, dedicada à castanha que é uma riqueza concelhia, e que se afirma pela quantidade e pela qualidade, representando para a economia local cerca de 20 milhões de euros de venda directa deste produto.

A todos um bom trabalho e uma boa estadia em Valpaços.

INTERVENÇÃO DEPUTADO GUILHERME SILVA
VICE-PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Exmo. Senhor Presidente da Câmara Municipal de Valpaços,

Exmo. Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados,

Exmo. Senhor Doutor Juiz do Tribunal Judicial de Valpaços,

Exmo. Senhor Presidente da Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados,

Exmo. Senhor Presidente da Delegação de Chaves da Ordem dos Advogados,

Ilustres Conferencistas,

Minhas Senhoras e meus Senhores,

É frequente os Vice Presidentes da Assembleia da República, atentas as múltiplas solicitações e afazeres da Exma. Senhora Presidente, substituírem-na em actos públicos para que é convidada.

Tão comuns e tão normais são essas situações que alguma rotina se vai criando nessa circunstância, em que nos compete procurar não frustrar os auditórios que têm de ouvir o substituto, quando esperavam e tinham a justificada expectativa de ouvir a palavra acertada, a qualidade e a eloquência da substituída.

Acontece que, no presente caso, em que à titular do cargo de Presidente da Assembleia da República, não se deixou, por certo, de associar, os laços que a ligam a Valpaços, compreenderão V. Exas., que a substituição que me foi pedida e muito me honra, não constitui uma missão fácil.

Só me pode valer, apesar de tudo, as afinidades entre a insularidade e a interioridade que têm de comum as distâncias, as dificuldades impostas pelo isolamento e o histórico esquecimento de um Poder Central e centralizador.

Em qualquer caso, as vantagens serão, seguramente, para mim, que, não podendo trazer aqui um “olhar transmontano”, levarei, com certeza, enriquecendo-me, pessoal e politicamente, esse “olhar transmontano” que, com o maior interesse e a mais justificada atenção, aqui recolherei.

E esse “olhar” está, desde logo, patente nesta iniciativa, em si mesma, e nas preocupações que ela revela de que, aqui e a partir daqui, também se pensa o País, sem bairrismos redutores, mas, antes, com o propósito de dar um contributo sério para uma visão nacional dos problemas e das soluções.

Não posso, pois, deixar de vos felicitar, e de forma particular aos organizadores destas I Jornadas de Direito Processual Civil, em Valpaços, pela lição que esta iniciativa constitui, ao, nestas paragens longínquas de Trás-os-Montes, sem se deixarem abater pela crise, terem trazido até aqui uma “plêiade” de docentes de Direito, dos melhores das nossas Universidades.

Serão, por certo, dois dias proveitosos em que partilharão convosco as suas reflexões sobre uma área do Direito essencial à realização da Justiça e indissociável da sua eficácia e da sua desejada prontidão.

Vivemos todos, e ao fim ao cabo, ainda hoje, em grande parte, sob a vigência do Código do Prof. Alberto dos Reis, Mestre e Processualista, dos mais insignes de todos os tempos, que sobre cada artigo produzia, nos seus comentários, um verdadeiro tratado.

Acontece que, em plena era digital e de informatização crescente dos Tribunais, disponibilizando-se à Justiça os mais avançados e sofisticados meios tecnológicos, as novas respostas que, em matéria de processo civil, nos são exigidas, já não podem ser dadas pelo mesmo Código que Alberto dos Reis nos legou no século passado.

E menos ainda essas respostas serão dadas pelos incoerentes retalhos que se têm produzido, uns atrás dos outros e que se cruzam, com excessiva fre-

quência, com as diversas alterações sob a forma de Lei, de Decreto-Lei e até de Portarias que se contradizem e que tornam cada vez mais difícil a certeza quanto à Lei aplicável.

Neste momento, e em função das datas de instauração dos processos, temos várias versões da lei processual em aplicação.

Pior não podia ser e, naturalmente, que não deixo de assumir a minha parte de responsabilidade nesta caótica situação, enquanto membro de um órgão de soberania que detém poder legislativo.

Vivemos tempos de crise e muito embora haja quem adiante que esse é, há séculos, o estado quase continuado do País, a verdade é que a dimensão das dificuldades que atravessamos (e as que ainda vamos atravessar), não encontram muitos paralelos na nossa História.

A dimensão internacional da crise, agravada internamente, com as nossas fragilidades e acumulados erros de décadas, apela-nos, a todos, para um esforço colectivo, no mais amplo consenso e na mais alargada convergência quanto às soluções.

E, como sempre, nestas ocasiões, acentuando-se, crescentemente as conflitualidades de toda a natureza, mais ainda se exige e espera da Justiça.

Tenhamos todos a exacta noção de que, às reduções remuneratórias, aos cortes orçamentais, corresponderá, de forma paradoxal, mas inevitavelmente, uma maior exigência, quanto à eficácia e aos tempos da Justiça.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

O Governo em funções pretende, de harmonia com o seu Programa, levar a cabo “*uma reforma de todo o processo civil*” e teve o bom senso de aproveitar o trabalho já desenvolvido pela Comissão da Reforma do Processo Civil.

Parece pretender apostar na obrigatoriedade da “audiência preliminar” e simplificar a gestão e tramitação processual, evitando, designadamente, a repetida deslocação de testemunhas a Tribunal.

Igualmente, a acção executiva integra a prioridade das reformas processuais.

Um sistema que conduziu à pendência de dois milhões de processos que se arrastam indefinidamente, tem, necessariamente, de ser repensado e deveria ser objecto de uma solução urgente, para não dizer, imediata.

Mas não vale a pena pensar em reformas que não tenham a participação empenhada dos diferentes agentes judiciários.

Por isso, esta vossa iniciativa, envolvendo Magistrados, Advogados e Professores de Direito altamente qualificados, tem um mérito acrescido nesta conjugação de vontades, sem o que qualquer reforma está condenada ao fracasso.

Lembro-me de uma preocupação que acompanhava, com superior sentido de responsabilidade, o então Presidente da República, Jorge Sampaio, e que era realização de um grande Congresso de Justiça que envolvesse todos os profissionais forenses.

A verdade é que esse seu anseio concretizou-se, mas estou certo de que terá tido a frustração de dela não terem advindo os resultados que esperava.

Confesso que não me foi possível participar nos trabalhos do Congresso, mas assisti à sessão do seu encerramento.

Saí dessa sessão com um sentimento de frustração e apreensivo.

A intervenção que, então ouvi, a cada um dos representantes das diferentes profissões judiciárias – Juízes, Procuradores, Advogados e Funcionários Judiciais – foi decepcionante.

Cada um se mantinha no seu casulo e numa intransigente defesa do seu quintal, preocupados com a prevalência dos interesses corporativos, o que não augurava nada de bom.

Espero que estas Jornadas, atentas as suas raízes transmontanas, marquem – por imperativa exigência dos tempos que vivemos – um espírito novo, que possamos passar a referir como o “espírito de Valpaços” – o da convergência

nas soluções que melhor sirvam os cidadãos, assegurando-lhes o acesso à Justiça e ao Direito e a tutela efectiva dos seus interesses legítimos, sem o que não se cumpre a Constituição nem realiza o Estado de Direito.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Como lembra a Dra. Conceição Gomes, coordenadora executiva do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, não está em causa, no atraso dos Tribunais, apenas as consequências económicas.

Efectivamente, como refere aquela investigadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, no seu Trabalho “Os atrasos da Justiça, *“... esta incapacidade tem repercussões negativas nas expectativas sociais sobre o papel dos Tribunais como mecanismo de correcção das desigualdades sociais, acabando por se reflectir na intensidade democrática da cidadania e na confiança sócio-institucional dos cidadãos”*”.

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Não quero subverter o vosso “Programa” e a sua lógica, nem exceder o âmbito da substituição de Sua Exa. a Senhora Presidente da Assembleia da República, ocupando abusivamente o tempo dos conferencistas que são a razão de ser destas Jornadas.

É, pois, tempo de terminar, mas permitam-me que antes cite Paul Ricoeur, quando na sua obra, “Amor e Justiça”, depois de referir os trâmites e os rituais próprios da Justiça, conclui: *“Tomadas no seu conjunto, todas estas características da prática judicial permitem definir uma primeira vez o formalismo da Justiça, não como um defeito, mas pelo contrário como uma marca de força”*.

E faço-o propositadamente para lembrar que as regras processuais, sem prejuízo das preocupações crescentes de simplificação e celeridade, não podem esquecer o equilíbrio e a segurança que a “forma” deve, minimamente, garantir e a dignidade que à Justiça sempre se exigirá, e de que não se pode abdicar.

E cito ainda, a concluir, Amartya Sen no seu excelente livro, “A Ideia de Justiça”, quando refere, e passo a citar: *“Os requisitos que uma teoria da justiça*

deve preencher incluem chamar à cena a razão para que desempenhe o seu papel no diagnóstico acerca da justiça e da injustiça. Ao longo de centenas de anos, os autores que, em diferentes partes do mundo, foram escrevendo sobre a justiça têm tentado providenciar a base intelectual que permita passar de um sentido geral de injustiça para um seu diagnóstico particular e raciocinado, e, a parti daí, para análise dos meios para se fazer progredir a justiça.”

É nessa linha que, por certo, se inserem estas Jornadas e as reflexões que aqui serão feitas nestes dois dias.

A avaliar pelos temas e pela excelente qualidade dos oradores, estou convicto de que, como lembra Amartya Sem, na citação que acabei de fazer, também daqui sairá importante contributo para “fazer progredir a Justiça”.

A Justiça que cabe aos nossos Tribunais realizar, com a cooperação de todos os agentes judiciais e forenses, e que os nossos concidadãos legitimamente anseiam, em tempo útil e com a isenção e a independência que o Estado de Direito lhes deve assegurar, mas que, infelizmente, por responsabilidade partilhada de muitos, não tem assegurado!

Disse.

Valpaços, 5 de Novembro de 2011

DISCURSO DA MINISTRA DA JUSTIÇA
DR.^a PAULA TEIXEIRA DA CRUZ

Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (Juiz Conselheiro Noronha do Nascimento)

Sr. Vice-presidente da Assembleia da República (Dr. Guilherme Silva)

Sr. Presidente da Comissão de Acompanhamento dos Julgados de Paz (Juiz Conselheiro Cardona Ferreira)

Sr. Bastonário da Ordem dos Advogados (Dr. Marinho Pinto)

Sr. Presidente do Tribunal da Relação do Porto (Juiz Desembargador José António Sousa Lameira)

Sr. Presidente da Câmara Municipal de Valpaços (Eng.º Francisco Tavares)

Sr. Juiz Presidente do Tribunal Judicial de Valpaços (Dr. José António Alves Esteves)

Sr. Presidente do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados (Dr. Guilherme Figueiredo)

Srs. Professores

Minhas Senhoras e Meus Senhores

Começo por agradecer o convite que me foi dirigido para fazer parte das Primeiras Jornadas de Direito Processual Civil, apesar de, por motivos profissionais, de agenda, não poder estar presente nesta iniciativa cujas reflexões certamente contribuirão para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito adjectivo civil. Contudo, não poderia perder a oportunidade de contribuir para os trabalhos destas jornadas.

O actual momento que a sociedade portuguesa vive obriga a um esforço acrescido de compromisso e de concertação por parte de todas as estruturas e profissões do sistema judiciário.

A morosidade da justiça é um problema que há muito foi identificado, apesar de ainda não ter sido resolvido. Todos juntos deveremos criar as condições essenciais para a diminuição das pendências processuais, dando adequada resposta às expectativas sociais e económicas. Para o alcance de tal desiderato torna-se essencial, antes de tudo, olhar para os números da justiça, nomeadamente da justiça cível.

Em 2010 e face a 2009, verificou-se um aumento do número de processos pendentes na área processual cível, de um milhão, trezentos e setenta e oito mil para um milhão, quatrocentos e cinquenta e um mil, tendo contribuído para este facto o comportamento das acções executivas, que representam cerca de 82 % das acções cíveis pendentes. No âmbito das acções executivas, as dívidas civis e comerciais constituem o tipo de processo com maior peso, tendo subido de 56,2% em 2007 para 61,9% em 2010.

A reforma do Processo Civil de 1995/96, apesar da expressa consagração de princípios fundamentais como o princípio da igualdade substancial, o princípio da verdade material, o princípio da adequação formal, a proibição das decisões surpresa e, acima de tudo, a previsão do activismo judiciário de pendor substantivo, não conseguiu alcançar todos os seus objectivos, nomeadamente o da celeridade e simplicidade processual.

Tentou-se, naquela reforma, criar através da Audiência Preliminar a “comunidade de trabalho” entre magistrados e advogados que caracteriza a marcha processual dos tempos modernos, mas, ao atribuir-se-lhe natureza facultativa, abriu-se a porta para a sua desactivação. Tudo isto agravado pela subsistência de uma fase processual nuclear em Portugal (e só em Portugal) que impõe ao Juiz a elaboração de um Despacho onde fixa os factos provados (Assentes) e elenca os factos a provar em Audiência de Julgamento (Base Instrutória). Este Despacho arrasta consigo a paralisia na tramitação da acção declarativa, provocando articulados abundantes e prolixos.

Posteriormente, o processo civil experimental, do qual importa retirar

algumas soluções legais de óbvia utilidade como, por exemplo, o poder de gestão processual do Juiz, não atacou este vício gerador da morosidade processual. A natureza experimental do diploma exigiu que fosse aplicado apenas em algumas comarcas, o que originou uma maior perturbação nos intervenientes processuais, especialmente nos Advogados que litigam fora dessas comarcas.

Por outro lado, as reformas mais recentes da Acção Executiva, que visaram traduzir do regime francês os “huissier de justice”, adoptaram as regras de privatização da acção executiva sem a adequada preparação, nomeadamente sem os Estatutos Profissional e Deontológico imprescindíveis, ao mesmo tempo que se banalizaram os títulos executivos.

A ausência de um Estatuto com tutela Estadual e de um Código Deontológico adequado aos sensíveis actos a praticar pelos Agentes de Execução, dum lado, e as falsas pendências provocadas por alguns Agentes de Execução, por outro, provocaram, como vimos, o aumento das pendências na Acção Executiva.

Cumpra agora reverter toda esta situação.

Neste contexto, tomei a iniciativa de promover a continuidade dos trabalhos iniciados no anterior Governo pela Comissão de Reforma do Processo Civil, com vista à adopção de um novo paradigma para a acção declarativa e para a acção executiva.

No âmbito da gestão processual torna-se necessário reforçar o papel dirigente do juiz, pretendendo-se, desta forma, alcançar a substantivação das decisões judiciais, mediante o suprimento das deficiências formais.

Por sua vez, as partes processuais poderão alegar apenas os factos essenciais, devendo as provas ser apresentadas juntamente com os articulados.

Cumpra, por outro lado, consagrar a regra da realização da audiência preliminar, tendo as seguintes finalidades:

- Determinação da adequação formal, simplificação e agilização processual;

- Identificação do objecto do litígio e a enunciação das questões essenciais de facto carecidas de prova, segundo as várias soluções plausíveis de direito;
- Programação dos actos a realizar na audiência final, com a previsão do número de sessões e designação das respectivas datas.

A audiência final será realizada por juiz singular, prevendo-se o fim dos tribunais colectivos. Em nome da credibilização da justiça urge diminuir significativamente as situações de adiamento da audiência e, em nome da simplificação e celeridade processual, possibilitar a realização de debates simultaneamente sobre a matéria de facto e de direito.

Também a acção executiva está a ser reformada no âmbito da mesma Comissão, no sentido da sua extinção sempre que o título seja uma sentença, devendo a decisão judicial ser executada em liquidação de sentença ou tramitar como incidente da acção.

Pretende-se alcançar uma maior celeridade processual e segurança jurídica, clarificando a fase liminar do processo de execução. Prevê-se o reforço do papel do juiz no processo executivo, outorgando-lhe um poder geral de controlo do processo e fazendo depender de decisão judicial actos conexos com o princípio da reserva de juiz ou susceptíveis de afectar direitos fundamentais das partes ou de terceiros.

Complementarmente, proceder-se-á à regulação em diploma legal autónomo da entidade designada como Comissão para a Eficácia das Execuções, configurada como entidade administrativa independente, responsável em matéria de acesso e admissão a estágio, de avaliação dos agentes de execução estagiários e de disciplina dos agentes de execução, sem prejuízo da cooperação e das atribuições e competências próprias da Ordem dos Advogados e da Câmara dos Solicitadores.

Urge, ainda, simplificar os procedimentos tendentes a eliminar do sistema as execuções inviáveis quando não forem encontrados bens penhoráveis.

Por fim, torna-se essencial eliminar a suspensão automática das execuções,

sobretudo das baseadas em decisões judiciais, com o recebimento da oposição à execução. O recebimento da oposição só suspenderá a execução em casos concretos e mediante a prestação de caução.

Esta é a oportunidade para inverter este ciclo que provém de 1939. A substância terá que se sobrepor à forma. Todos os operadores judiciais são responsáveis pela marcha do processo, e todos devemos assumir as nossas responsabilidades profissionais e sociais sem qualquer tipo de receio ou desconfiança.

Se, por um lado, e em termos gerais, os poderes de gestão processual do Juiz serão alargados, provocando o aumento da sua responsabilidade, por outro, os Advogados deverão assumir esta nova cultura, focando-se na factualidade essencial e no mérito das causas.

Como já tive a oportunidade de referir na passada segunda-feira no 9º Congresso dos Juizes Portugueses, importa dotar o nosso sistema de uma boa 1ª Instância, assumindo-a como centro nevrálgico da administração da justiça. Pretende-se oferecer aos cidadãos e às empresas a possibilidade de requererem a renovação dos meios de prova.

É nossa intenção eliminar as 39 comarcas e criar unicamente 18 comarcas sediadas nas capitais de Distrito, onde se instalarão as Grandes Instâncias Cíveis e Criminais. A localização dos Tribunais deverá passar a fazer-se em função da procura dos serviços de justiça.

Estamos seguros do que pretendemos, mas só com a vontade de todos os operadores judiciais, nomeadamente Juizes, Magistrados do Ministério Público, Advogados, Agentes de Execução, Solicitadores e Oficiais de justiça, conseguiremos restituir à justiça a devida celeridade, segurança e credibilidade.

Muito obrigada e votos de um bom trabalho!

APONTAMENTOS DE JAIME OCTÁVIO CARDONA FERREIRA

«Parece-me Senhor que a Justiça tem duas partes: huma de dar a cada hum o que he seu e a outra darlho sem delonga; e ainda que eu cuido q. ambas em vossa terra igualmente falecem, da derradeira som bem certo e esto faz tão grande dano em vossa terra que a muitos feitos aquelles que tarde vencem ficam vencidos»¹

HAJA NOVA ESPERANÇA

1 – No princípio é uma saudação e uma nota explicativa.

Antigo combatente da Justiça, profundamente crente na magistratura judicial do meu País, na boa advocacia e no empenho de tantos em procurar que haja Justiça; mas já tão céptico quanto à probabilidade de um conveniente armamento normativo; e tão farto de ouvir que as novas gerações de magistrados já nascem descrentes e que – *tão injustamente* – a advocacia não quer uma verdadeira reforma processual; eis senão quando recebo um amabilíssimo convite de um jovem e dinâmico Juiz de Direito, convidando-me a participar, longe dos grandes centros urbanos, numa clara e positiva mensagem descentralizadora, para intervir nas **I Jornadas de Direito Processual Civil** de Valpaços, sob a coordenação do M.º Juiz de Direito Dr. José António Alves Esteves, organização da Delegação de Valpaços da Ordem dos Advogados, apoio da respectiva Delegação de Chaves, intervenção de excelsos representantes do Estado e do dinâmico Poder Local; e com um conjunto de palestrantes de verdadeiro luxo; onde se notam, além do mais, doutíssimas representações do saber universitário português! Não sei que mais admirar no elenco, se a craveira

1 Carta do Infante D. Pedro a seu irmão, que foi o Rei D. Duarte, escrita de Bruges entre 1424 e 1428, in Os Filhos de D. João I, 6ªed., pág. 396, de J.P. Oliveira Martins

intelectual dos palestrantes, se a dignidade e representatividade institucional, se o **dar as mãos entre os juristas da vida real (advogados e juízes), sem os quais nada se fará de concreto e de útil**, se – permita-se-me, ainda, esta nota pessoal relativamente a quem só conheço de ver na TV ou de ouvir no rádio, o Prof. Carlos Magno, acerca de quem peço licença para frisar a qualidade de **Jornalista** e de homem da comunicação social, até porque, para além de todo o respeito que certamente merece, sei que a Justiça precisa da Comunicação Social pelo menos tanto quanto a Comunicação Social precisa da Justiça e, mais importante do que, isso, **Portugal e os Portugueses precisam de uma grande compreensão mútua e coordenação entre Justiça e Comunicação Social**. Designadamente, tenho defendido – ao menos, eu “oiço-me” a mim próprio ... - dois pontos que foram minha especial preocupação quando exerci funções de Estado no Supremo Tribunal de Justiça, embora não tenha logrado tantos resultados como perspectivava para o futuro próximo;

- por um lado, que deveria estabelecer-se um relacionamento efectivamente actuante e até preventivo entre Tribunais e Comunicação Social, para esclarecimento público, até porque, se os Tribunais julgam em nome do Povo, devem explicações ao seu mandante e, isso, só pode ser feito através da Comunicação Social, na medida do possível;
- por outro lado, também pensei e penso que as questões da Justiça atingiram uma tão grande dimensão e tanto interesse cívico que, para serem entendidas, há que haver comunicação, mas não chega; impõe-se, também, que haja divulgação de princípios jurídicos fundamentais, como cultura comum, pelos cidadãos em geral e, isto, deve ser preocupação do Estado e da Comunicação Social.

Enfim, são os meus idealismos, mas poderiam contribuir para uma melhor compreensão do funcionamento dos caminhos da Justiça.

Qual seria, hoje, o meu papel entre tanta gente ilustre, em Valpaços?

E, todavia, gostaria de ter estado presente e estaria com certeza se não tivesse acontecido, na mesma altura, uma reunião, **há muito tempo agendada**, no estrangeiro, do Agrupamento Europeu de Magistrados pela Mediação, em que desempenho funções que não me desobrigam de comparecer.

Daí que tenha optado por escrever este modesto texto, como demonstração do meu apreço e, mais, do meu entusiasmo por iniciativa como esta, e do meu respeito para com todos os contributos de boa fé.

Aliás, este texto já começa longo. Mais vai terminar – ao menos, o texto –em prazo razoável ou será que não? ...

2 – Antes de pensarmos no prazo razoável, é justo e imperioso que consideremos o seguinte.

Para além de muito distintos profissionais em várias outras áreas forenses, Portugal dispõe de Magistrados e de Funcionários Judiciais com competência e diligência e, acima de tudo, com grande dignidade e dedicação. Naturalmente há, sempre, uns melhores que outros. Mas é preciso frisar que os problemas não radicam aí. Pelo contrário. O factor humano constitui um elemento **de que nos devemos orgulhar** e que merece ferramentas que lhe permita melhores resultados.

3 – Pensemos, então, na expressão prazo razoável, alguns instantes, **sem esquecer o que antecede.**

Como comecei por assinalar, há quase 6 séculos (!), o Infante D. Pedro já tinha percebido os atrasos da Justiça em Portugal, expressando, num saboroso Português daqueles tempos, que **“ganhar”, formalmente, tarde é perder.**

Passaram quase 6 séculos.

Mudaram os regimes políticos.

Fez-se, no século XIX, após a vitória do Liberalismo, graças a Homens excepcionais como o 1º Visconde de Seabra – que tanto foi na vida, inclusive Juiz do Supremo Tribunal de Justiça – **a única verdadeira refundação jurídico-judiciária da secular história de Portugal.**

Houve tantas e tantas ditas reformas judiciais que, à de 1841, esgotada a

terminologia, houve que chamar “Novíssima” (!) ¹

E, hoje, se D. Pedro voltasse à terra, voltaria a escrever o que escreveu a propósito da delonga e voltaria a morrer, já não em Alfarrobeira, mas de espanto.

E eu, magistrado judicial, digo isto? Decerto, e angustiado. É que eu, como tantos outros, vivemos ou estamos a viver, esta angústia de querer realizar Justiça e, em tantos casos, não poder. Mas **não basta reconhecer a situação inatingida do prazo razoável. É preciso saber porquê e urge resolver os problemas.**

A situação, tal como é vivida – não nas análises *a posteriori* ou em termos formais e teóricos, mas na vida real do dia – a – dia, perante as pessoas concretas e os casos concertos – evidencia-nos que o mal existe, está diagnosticado e é tratável! Não é qualquer doença sem retorno. É algo diagnosticado, a que só falta a adequada terapêutica, com coragem e determinação de a assumir. Frontalmente e até ao fim.

Eu sei porque vivi isto mais de quarenta anos e tenho continuado a estudar o assunto que, no Tribunais portugueses, se trabalha muitíssimo, naturalmente mais nuns do que noutros mas, genericamente, muitíssimo, com grande dedicação de muitos, magistrados, advogados, funcionários, solicitadores, etc.

E, todavia, a regra do **prazo razoável** que, hoje, brilha, designadamente, no art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art.º 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art.º 20º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, no art.º 2, n.º 1 do Código de Processo Civil, etc., tantas vezes não é possível respeitar. Aliás, aquele princípio já decorria da ideia de **equidade processual** realçada principalmente, pelo art.º 10º da Declaração Universal dos Direitos do Humanos das Nações Unidas (1948) e está, hoje, plasmada em legislação transfronteiriça e nacional. E, mais, tudo isto é tributário da ideia de Justiça e do normal bom senso, como, na aurora do século XV, foi explicitado pelo Infante D. Pedro.

1 Hoje, à falta de numeração normativa do Código de Processo Civil, já se entrou pela “alfabetização” dos artigos – A/B/C/D/E/F ... Veja-se o “exemplar” art.º 812.

Mas, se os princípios existem e se o trabalho é tamanho, como se explicam tantas queixas, **a começar dos próprios intervenientes nas jurisdições?**

É que, antes de se alterar o **quê**, é preciso, como reflectimos, percebermos os **porquês**.

Claro que o **para quê**, de algum modo está dito: do que se trata não é de fazer remendos técnicos ou doutrinários. É de fazer verdadeira Justiça, portanto muito mais genericamente em prazo razoável.

4 – Não posso, não devo e não quero gastar e fazer gastar demasiado tempo com tudo aquilo que tenho dito e redito há dezenas de anos.

A tramitação própria da jurisdição judicial portuguesa, no que concerne à temática processual civilística, está absolutamente fora do tempo e do espaço há imensos, imensos, anos. Tenho por seguro que, **em grande parte, a não realização mais frequente do princípio do prazo razoável deve-se à normalidade processual vigente.**

A situação é de tal ordem que levou o distinto Bastonário Doutor José Miguel Júdice a escrever um texto dito “Morra Alberto dos Reis!” (Bastonadas, 180 e segs). O título chocou-me, mas não quis ficar pelo título como, lamentavelmente, às vezes se fica pelo fim de uma sentença. E, afinal, o texto está certo, ainda que possamos concordar ou discordar de alguma observação concreta.

O que acontece, a meu ver, é que Alberto dos Reis foi único... ou é único. A obra de Alberto dos Reis deve ser comparada com o que havia, ou não havia, antes. E, naturalmente, inserido no seu tempo, anos 30 do século XX.

Houvesse um Alberto dos Reis de hoje, **inserido nos tempos actuais!**

Decerto o modelo processual civil vigente é, ainda, o modelo de Alberto dos Reis, com remendos e remendinhos, que não tiveram rasgo, nem audácia, de criar outro modelo, para os tempos actuais.

Diria mais.

Andou-se, sempre, “atrás do prejuízo”, como reacção perante situações complexas, agudas, em ruptura. Assim, por um lado legislou-se mais em função do passado e, **sem criar um novo paradigma**, inseriram-se normas desenraizadas do sistema, quantas vezes com orientação contraditória, no CPC.

Quando se legisla, a meu ver, tem de se legislar para hoje e, principalmente, para amanhã. Do que se precisa, em termos processuais civis, é de uma reforma **estrutural** que tenha em vista o século XXI. Com isto, não se coaduna o texto básico vigente.

Penso, efectivamente, que a legislação processual civil é uma das situações mais responsáveis pelas delongas processuais. Mas sem qualquer dúvida.

Aliás, tenho em atenção que, nisto da Justiça, não há passos de mágica, nem soluções milagreas, nem um só problema a enfrentar.

Haverá que enfrentar várias questões ao mesmo tempo.

Há o Direito Processual Civil e os outros Direitos Processuais. Há a orgânica, há as formações, há a cultura geral², há – com muitíssima maior importância do que possa parecer – a dignidade e a imagem jurisdicional face aos cidadãos.

Em sociedade, todos somos “julgadores” e “julgados”. Eu próprio senti isso quando fiz o meu primeiro julgamento, na saudosa ilha Graciosa, com os meus 29 anos que, **então**, constituíam uma idade “escandalosamente” nova para se ser Juiz ...

5 – Tem de se perceber para que serve Direito Processual Civil, o mais importante Direito Processual. Ele é **instrumental**. Isto significa, como todos sabem, que serve – deve servir! – de instrumento para a realização do Direito

2 Li, já não sei onde, que Atatürk (Mustapha Kemal), o revolucionário impulsor da Turquia moderna, terá dito que fazer uma revolução seria fácil, difícil seria mudar uma cultura ...

substantivo. E, todavia, com tantos “atalhos”, tantos “cruzamentos”, “entroncamentos” e “bloqueamentos”, incidentes, reclamações, recursos, efeitos suspensivos, etc., etc., é um milagre que os Tribunais ainda consigam acabar tantas acções! Longe, **muito longe**, de “acusar” a Advocacia portuguesa de utilizar os rodriguilhos que o Direito Processual Civil lhe permite, eu penso que a Advocacia deve cooperação ao Tribunal mas, identicamente (pelo menos), aos seus clientes e, a meu ver, porventura com algum exagero, mas para dar uma ideia, diria que, com as permissões legais vigentes, se ainda acabam tantas acções é porque a Advocacia acaba por deixar ... Não se censure a Advocacia, como já clamava o Bastonário António Pires de Lima numa cerimónia no Supremo Tribunal de Justiça, quando era eu presidente. E aplaudi.

Certamente, já houve, nestas Jornadas, brilhantes palestras e doudas ideias, cientificamente preconizadoras de correcta análise e reforma do Direito Processual Civil Português.

Só posso trazer um apontamento fruto de trabalho árduo nos Tribunais judiciais durante mais de 40 anos, aliás sempre conjugados com preocupações e trabalhos de natureza conexas, que têm continuado inclusive presentemente, porque trabalharei enquanto tiver um mínimo de capacidade! Teimosia.

Vou expressar algumas notas concretas, meros elementos explicativos ou indicativos do que já deixei reflectido.

6 – A primeira nota tem que ver com **aquilo que sou e voltaria a ser: magistrado judicial.**

Naturalmente, cada um tem as suas verdades, como diria **Pirandello**.

Mas, quando se pensa em reformar o Código de Processo Civil – que, de facto, continua a ser o de 1939, embora dito de 1961, e não obstante as múltiplas alterações que já foram feitas ao longo dos anos – **não se pode prescindir da ciência do Direito, mas também não se pode prescindir, por outro lado, de quem tem saber de experiência feita** – magistrados e advogados “do terreno”.

E, se houver clareza no **porquê**, no **para quê**, e no **quem**, será mais fácil e mais útil encontrar **o quê**.

Antes de saber se é preciso ou possível **reduzir os articulados, sanear a fase do saneamento, revalorizar o julgamento**, é preciso enquadrar tudo isso pela prévia resposta àquelas questões.

De todo o modo, devo frisar que, neste momento, não sei em que pontos se encontram os actuais trabalhos de reforma processual. Porventura, a douta assistência já o sabe. Perdoai, pois, o meu desconhecimento.

Antes de mais insisto no **porquê** de mais uma reforma processual civil.

Tenho para mim como seguro que não faria sentido dizer-se que o **porquê** está, só ou principalmente, no ponto 7.13 do Memorandum com a Troika. **A questão é ao contrário**. Está no Memorandum porque há uma eternidade que uma verdadeira reforma do Código de Processo Civil (e de conexas legislação extravagante) é indispensável. O que se tem feito, durante dezenas de anos, **salvo o devido respeito por outra opinião**, têm sido remendos, porventura doutos mas, quantas vezes, desconexos com a estrutura do Código de Processo Civil, criando uma manta de retalhos, às vezes sem linha coerente, sem atacar os problemas de fundo e, em certos casos, complicando ainda mais, **na realidade**, como se fez com a desgastante e desgastada fase de saneamento.

Na linha do que já disse, a minha segura convicção, fruto de longa experiência, está em que a normatividade processual civil está na primeira linha dos factores impeditivos do cumprimento da salutar regra do prazo razoável, hoje verdadeiro factor indicativo sobre realização de Justiça.

O Código de Processo Civil é o “mau da fita” da jurisdição portuguesa? Não é “o”, mas é “um” dos principais! E, todavia, nele foram inseridas algumas regras positivas, mas tão desgarradas do contexto e tão anómalas em relação à linha processual que existe, que precisam de outro “background”, de outro envolvimento, de outra estratégia global, que necessitam de **outro Código de Processo Civil**, para poderem, efectivamente, frutificar suficientemente. Refiro-me, **por exemplo**, aos artigos 265º-A (adequação formal) e 705º (decisão liminar unipessoal de recurso).

Claro que tudo isto tem que ver com uma certa cultura jurídica. E uma **nova cultura** não se decreta! **Não se decreta, mas pode e deve ser motivada por um novo enquadramento normativo** e por um novo tipo de formação de profissionais da Justiça. Isto vai levar tempo? Claro que vai. Mas eu gostaria, ao menos, de ver começar uma nova cultura, uma nova formação, um novo enquadramento, **uma nova esperança**.

7 – Esta temática do Direito Processual Civil e de questões conexas leva-me novamente a Pirandello e à sua célebre peça de teatro, *Sei personaggi in cerca di autore*. Em verdade, os males estão diagnosticados há muito tempo, agravando-se pela não ultrapassagem, apenas esperando quem refunde a cultura e actuação jurídico-processual, mormente civilística.

Todavia, nada que seja significativo será fácil. O DL n.º 303/2007, de 13.08, fez uma reforma recursória, naturalmente controversa no que inovou, mas, por exemplo, acabou, finalmente com o agravo³, embora de um modo aperfeiçoável e, todavia, motivou uma série de vozes críticas, expressas ou implícitas, muitas vezes com aparentes saudosismos pelo velho regime recursório ... Aperfeiçoar a inovação será uma coisa, voltar para trás seria outra. Há coisas que valem, em grande parte, pelo seu **simbolismo** e pela “**chave**” de **mudança** que podem constituir.

8 – Repito uma nota que tenho frisado em inúmeros textos.

O Direito Processual Civil é importante para Juízes, Advogados, Funcionários, Solicitadores, etc. **Mas é muito mais importante para o “justiciável”, para o cidadão com fome e sede de Justiça**. Este é a pessoa mais importante, é aquele que mais se deve ter em pensamento quando se produz uma reforma tão importante.

Depois, é preciso considerar o que é Justiça. **Justiça é um valor**, um objec-

3 Cuja consolidação vinha de uma velha frase medieval cujo sentido era indicar que o **agravado por uma decisão poderia apelar dela, e vá de justificar agravo e apelação...**

tivo, um desiderato essencial não só à Democracia mas, simplesmente, a qualquer sociedade humana. Jurisdição é o **caminho** fundamental para a Justiça. E o Direito Processual, mormente o civil, é uma **ferramenta** fundamental para o correcto exercício da jurisdição, cuja razão de ser é a Justiça – para a qual, como se disse e se frisou, o prazo razoável é essencial.

Definidos os **porquês** e os “**para quês**”, não será difícil encontrar os “**quês**”.

Aqui, não passarei de algumas grandes linhas.

9 – Penso que, **neste âmbito, do que Portugal e os Portugueses precisam é, radical e inteiramente, de um Código de Processo Civil novo. Mas, em verdade, novo, como já aflorei.**

Um Código de Processo Civil com **uma nova filosofia jurídico-judiciária**, que assente em algumas ideias força, conjugadas – repito – com outras efectivas reformas de fundo, quanto à **redignificação dos Tribunais, à formação, organização, gestão**. Algo que assente na **importância do “justiciável”** e em modernos conceitos de justiça e de caminhos da Justiça.

Quanto a Justiça – sendo o valor a que já aludi – tenho defendido que, hoje, na linha do que expressaram, há séculos, o Rei D. Dinis⁴ e, no nosso tempo, Paul Ricoeur⁵, é-lhe essencial a ideia de paz (justa). Ou seja, realizar Justiça é, não só e mais do que conferir segurança, **proporcionar paz individual e social**. E, isto, só se consegue com boas decisões em tempo oportuno.

10 – Daqui resulta que, **longe de simples aperfeiçoamentos técnicos**, do que precisamos é de uma orientação legislativa mais rectilínea, mais clara, mais segura e mais simples.

4 Justiça “pacífica a vida” – Rui de Pina, *ut Ruy de Albuquerque e Martin de Albuquerque, História do Direito Português*, I, 516.

5 “... o horizonte do acto de julgar é finalmente mais do que a segurança, a *paz social*”: *O Justo ou a Essência da Justiça*, 167.

Já há anos, exercia a presidência do Supremo Tribunal de Justiça, enunciei múltiplos factores estruturais exógenos, endógenos, estratégicos de que a jurisdição carecia⁶. E muitos outros juristas se têm pronunciado sobre isto.

Não vou procurar cometer, aqui, o impossível que seria referenciar todas as sugestões concretas possíveis.

Enuncio, apenas, uma orientação concretizadora que decorre do *porquê* e do *para quê*.

Penso que os Cidadãos portugueses precisam de **duas opções conjugadas e que uma não faça perder-se a outra.**

Por um lado e para dar resposta rápida a meia dúzia de questões que não podem esperar, como, por exemplo, a necessidade de *sanear a fase dita de saneamento*, os adiamentos, os julgamentos nos Tribunais superiores, os poderes directivos do Juiz, o processo executivo, **penso que urge uma reforma tipo intercalar, como em 1985⁷.**

Por outro lado, é indispensável amadurecer a realização integral de um novo Código de Processo Civil⁸.

11 – Sem querer esgotar o elenco de questões a abordar, ora num, ora noutro diploma, e só a título de exemplo e de sugestões, anoto o seguinte, ao correr da pena e assumidamente sem grande preocupação de ordenação.

a) Ponderando o alcance da Portaria n.º 265/2011, de 14.09, creio que deve ser extinto, como tal, o regime processual civil experimental,

6 Justiça em Crise? Crises da Justiça, organização de António Barreto, 211 e segs. O Debate da Justiça, Organização de António Barbas Homem e de Bacelar Gouveia, 45 e segs.

7 DL n.º 242/85, de 09.07

8 A mesma comissão que projectou o DL n.º 242/85, de 09.07 elaborou e apresentou, em 1990, ao Ministro da Justiça de então, um projecto completo de novo Código de Processo Civil, publicado, pelo Ministério da Justiça, em 1993, sob o título Anteprojecto de Código Processo Civil; mas não passou daqui, pese embora o facto de algumas ideias terem tido alguns reflexos em parciais reformas posteriores.

transferindo-se para o Código Processual Civil as medidas que se inseriram em novo paradigma como, designadamente, certa temática do DL n.º 108/2006, de 02.06: art.º 2º (gestão processual), mormente integrando e simplificando o art.º 265º-A do CPC; art.º 8º (articulados e indicação de prova); 10 (saneador), com a certeza, porém de que a audiência preliminar **nunca** deve ser obrigatório, **tal como** a chamada “selecção da matéria de facto” (aliás, esta temática vai autonomizada adiante); art.º 11º (instrução), devendo o pedido de notificação de testemunha ser, sempre, justificado; art.º 14º (audiência final), principalmente quanto à redução de adiamentos, de que falarei adiante, e à discussão da causa que, aliás, deve ter um tempo limitado; art.º 15º (sentença); 16 (processo cautelar).

b) O art.º 265º-A do CPC já prevê a salutar regra da adequação formal.

Mas esta regra, oriunda do DL n.º 180/96, de 25.09, está totalmente desinserida do espírito geral do CPC e, até, da cultura jurídico-judiciária.

Deve insistir-se nessa regra, nos termos semelhantes aos que decorrem do processo dito experimental, mas é das tais que implica adequada formação e divulgação de nova cultura judiciária.

c) Na mesma linha de pensamento, sobre julgamento unipessoal nos Tribunais superiores, está o art.º 705º do CPC, no seguimento do respectivo art.º 700º, n.º 1 c).

A meu ver, num regime em que, na 1ª instância, o julgamento é quase sempre unipessoal, só se admitindo julgamento colectivo se a causa for, tecnicamente, passível de colectivo (basicamente, valor superior à alçada da Relação) e, mesmo assim, **salvo** os casos do n.º 3 do art.º 646º do CPC e, para além disso, se o Colectivo for **requerido por ambas as partes** [art.ºs 646º, n.º 1 e 508º-A, n.º 2 c)], é contraditório e sem sentido que, nos Tribunais superiores, onde os Juízes se presumem mais experientes e sabedores, a regra seja a inversa. Também aqui, há que criar uma nova cultura e uma nova lógica. **Do que Desembargadores e Conselheiros necessitam é de Assessores que colaborem com pes-**

quisas e informações.

- d) Onde gostaria de ver uma nova abertura a favor dos “justiciáveis” seria no n.º 1 do art.º 678º do CPC porque, como tenho dito, não tem sentido humanista uma norma que “qualifique” as acções apenas pelo seu valor material, quando é certo que três mil euros podem ter muito mais valor para umas pessoas do que três milhões para outras. Os recursos das acções de valor não ultrapassante do valor da alçada da instância “a quo” bem poderiam beneficiar de uma nova regra de julgamento unipessoal no Tribunal “ad quem”. O mesmo se poderia pensar quanto à regra do valor do decaimento.
- e) Como flui do que já se disse, em verdade, **a fase dita do saneamento deve ser saneada. A audiência preliminar nunca deve ser obrigatória. A chamada declaração de factos assentes, idem. A base instrutória, idem.** Aliás, tenho alguma responsabilidade quanto á expressão “base instrutória”, mas tal expressão, na sua origem, não procurava ser idêntica, facticamente, ao questionário, como resulta do art.º 511º do CPC. Na ideia original, “base instrutória” seria um conjunto de **questões**, não de factos, por exemplo, onde ocorreu o acidente, porquê aconteceu, a que velocidades iam os carros, etc. E, para isto, até servia o início da audiência final, como se previa no art.º 507º do Projecto de 1990 (dito Anteprojecto de 1993).
- f) Nunca deve ser admitido mais do que um adiamento da audiência final, sejam quais forem os motivos.
- g) Deve incentivar-se uma cultura de respeito pelos horários das diligências, competindo ao Juiz abreviar as diligências, sem prejuízo do essencial.
- f) Devem ser reduzidos os processos comuns ao máximo de duas formas e, desejavelmente, uma.
- i) Os processos especiais e de jurisdição voluntária devem ser fundidos e reduzidos.

- j) Os processos cautelares devem limitar-se ao chamado procedimento comum.
- l) Os incidentes nominados devem ser reduzidos, eliminando-se alguns, designadamente o da liquidação, a seguir ao julgamento onde tal não foi possível.
- m) O recurso dito extraordinário para uniformização de Jurisprudência, que é a reprimenda do defuncto recurso ordinário para o Pleno, deve voltar a ser eliminado, com activação da revista ampliada.
- n) Deve ser assumida, com rigor, a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos, com revisão, designadamente, do art.º 692º, n.º 3 do CPC
- o) Deve manter-se a regra geral da subida de recursos a final, porventura com algumas excepções.
- p) Como no início dos anos 80 do século XX, ainda jovem Juiz de Direito, disse na ordem dos Advogados, sou adepto do registo da prova de que carecia o Direito Processual Civil. Mas o sistema que imaginei e teve reflexos no projecto de 1990, era diferente do que vigora. Pressupunha estenografia ou taquigrafia ou, pelo menos, texto “dactilografado” **posterior** à gravação. Tem de se ser realista nesta matéria. O registo da prova é indispensável. Mas tem de ser mais funcionável do que o actual. Ou então – como dizia um amigo meu, então Bastonário da Ordem dos Advogados – ainda vamos ver os Desembargadores a andarem nas ruas das grandes cidades com os fones nos ouvidos, a ouvirem gravações de julgamentos ...

A matéria deve ser reponderada.

- q) E que dizer das acções executivas? Seguramente, como estão não podem continuar, desde logo com o agente de execução sob controlo de uma das partes (?!), com uma fase inicial que constitui um *labirinto* e com uma complexidade tramitacional “exemplar” do que conviria que não fosse.

Penso que pode ser conveniente o prolongamento da acção declarativa

com uma subsequente tramitação incidental da execução, no estilo da *antiga* acção de despejo; adaptando-se o processado quando o título executivo não é judicial. Sobre isto, tenho ouvido promissoras expectativas.

Conviria que a tramitação meramente executiva estivesse, **realmente, fora** dos Tribunais judiciais, entregues, por exemplo, a Câmaras de Execução, não dependentes de quaisquer das partes, só indo a Tribunal em caso de necessidade de decisão jurisdicional.

Deveriam **eliminar-se apensos dispensáveis** como a oposição à execução, embargos de terceiro ou, mesmo, reclamações de créditos que deveriam ser **reduzidos** ao indispensável, inaceitáveis quando a penhora incidisse sobre quaisquer depósitos bancários ou salários.

Isto são simples linhas orientadoras muito genéricas de algo carente de profunda reforma.

12 – Já não em termos de processado mas, sim, de orgânica **jurisdicional (extrajudicial)**, devem ser assumidos, de uma vez por todas, os méritos de **Tribunais incomuns** como são os Tribunais Arbitrais e os Julgados de Paz, à luz do art.º 109º da Constituição da República Portuguesa.

Com todo o respeito por qualquer outra opinião, a meu ver, é irrealista e inaceitável pensar-se que todas as causas devem ser resolvidas por um mesmo modelo de sistema.

Perante a diversidade dos actuais ilícitos, todos os Estados, designadamente dos dois lados do Atlântico, têm vários sistemas, vários caminhos para resolver diferentes situações.

O que é necessário é, obviamente, que se garantam os direitos fundamentais, como é dever, principalmente, do Estado.

Em concreto, para além da vantagem dos Tribunais Arbitrais, os Julgados de Paz têm uma tramitação muito simplificada, que é um dos factores da ra-

pidez com que os processos podem ser resolvidos, passando-se de uma fase inicial muito simples para uma também simplificada audiência final. Obviamente, esta tramitação – que **nem é** a do processo sumaríssimo – não serve para todas as acções. Mas, se estes Tribunais **incomuns** continuarem a ser como são e tiverem maior abrangência no País e mais competências, podem ser um factor de desaforo da jurisdição judicial.

13 – Em síntese, diria, acerca de uma verdadeira reforma processual civil:

- **quem** – deve ser estudada tanto por pessoas com saber científico como por juristas com saber de experiência feito⁹;
- **porquê** – a normatividade processual civil é, hoje, um dos grandes males da Jurisdição;
- **para quê** – para realização de Justiça pacificante, em prazo razoável;
- **quê** – ficam breves pormenores, na certeza de que há muitos outros;
- **estratégia** – como disse, deve haver uma urgente reforma **intercalar**, com objectivos de desbloqueamento processual, passando pela ponderação de questões como as reflectidas no n.º 11 deste texto; e deve haver a feitura **de um ponderado Código do processo Civil inteiramente novo**, fruto de um **novo paradigma** assente no respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, designadamente o **direito à Justiça por meios equitativos e em prazo razoável**, aproximando o **tempo da Justiça** do tempo social e da economia e assumindo a **dignidade dos Tribunais**, o **respeito** que merecem e a **função actuante e directiva do Juiz**.

Naturalmente, falo do que, para mim, são as verdades. Com todo o respei-

9 Permitam-me que recorde, aqui, o meu muito saudoso Professor de Direito Processual Civil, que me ensinou as respectivas primeiras letras e me criou o “bichinho” de me interessar por tudo isto. O Bastonário Adelino da Palma Carlos que, antes de ser doutorado pela Academia, foi-o pela Vida, na sua brilhantíssima função de Advogado.

to pelas verdades alheias. Espero que, dos diálogos, nasça **uma nova aurora para o Direito Processual Civil.**

14 – E, na recta final das minhas palavras, “volto” a Valpaços.

Confio que os “Olhares Transmontanos” cheguem onde se decide. Que se veja que, “para lá do Marão, mandam os que lá estão”.

Que a sociedade civil está viva e não desiste de intervir.

Que daí ecoe o espírito do saber e da experiência.

Que se atenda, acima de tudo, ao que é a essência de tudo isto: *há que fazer uma reforma útil e compreensível pelo cidadão comum.* Parafraseando a célebre frase de Jorge Orwell, diria que *todos os cidadãos são comuns, mas alguns são mais comuns do que outros.*

Penso que o *feriado municipal de Valpaços* é em 6 de Novembro, data em que, nos idos de 1836, foi elevada a sede de concelho.

Aproveito o ensejo para felicitar Valpaços pela data festiva e, mais, pela *iniciativa dos juristas* que, em Valpaços, exercem o seu trabalho em prol dos cidadãos e do Estado de Direito.

Parabéns a todos os que colaboraram na organização destas Jornadas.

Oxalá, ao contrário de uma conhecida frase, se possa dizer que “mais vale uma *boa demanda* (um processo judicial *justo*) do que uma *má transacção*”¹⁰.

De Lisboa, um grande

Bem hajam!

Jaime Octávio Cardona Ferreira

21 de Outubro de 2011

10 Pessoa Vaz, Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial, 209

INTERVENÇÃO DE
ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO

Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Sr. Bastonário da Ordem dos Advogados

Sr. Presidente da Câmara Municipal de Valpaços

Sr. Dr. Juiz José Esteves

Srs. Magistrados e Srs. Advogados

Srs. Convidados

Excelências

Uma primeira palavra de muita honra para o Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Há 35 anos, começava eu o estágio de advocacia e pude assistir, com honra e orgulho, à forma superior com que V^a Ex^a dirigia as audiências de julgamento nas comarcas do Porto e de Vila Nova de Gaia.

Guardo com saudade esses tempos e guardo, com a mesma saudade, a categoria do juiz que V^a Ex^a era (e é) e com quem muito aprendi.

Uma segunda palavra para o Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados. O meu Bastonário.

Consideradíssimo colega e meu amigo

V^a Ex^a habituou-me, a mim e aos portugueses, a ser um exemplo de luta por uma causa em que acredita: -defender, com todas as suas forças e segundo o seu critério, os advogados portugueses. E disso ninguém o pode criticar...

Teve, recentemente, um gesto para comigo e para com a minha família (que não é a altura própria para o referir) que jamais esquecerei.

Polémico e arrebatador que chegue..., mas há uma coisa que ninguém lhe pode negar: a coragem e a frontalidade.

Bem haja pela sua presença

*

As 2 individualidades que destaquei tiveram uma coisa em comum: -foram as 2 amigas de meu pai, esse transmuntano de antes quebrar do que torcer e isso, naturalmente, cai no meu coração.

*

Srs. Drs.

O Dr. José Esteves, juiz desta comarca de Valpaços, convidou-me para intervir nesta sessão e, com tantos temas já escolhidos, lembrámo-nos de um que interessa ao processo civil e que interessa à administração (à boa administração) da justiça: - a hipotética revisão do mapa judiciário.

E bem pode ser que os meus 35 anos de advogado ajudem...

O que sucede é que ao bom desempenho funcional dos nossos tribunais na década de 60, a situação degradou-se nas décadas seguintes de tal forma que, próximo do final do século passado, já todos falávamos no “caos dos tribunais”.

O “boom” da década de 90, com a melhoria da situação económica dos portugueses, implicou que todos eles quisessem ter um nível de vida semelhante ao dos outros países europeus e, por isso, foram comprando e comprando e, afinal, foram-se endividando e endividando.

Só que o ressurgimento do desemprego, o mau cálculo de dívidas e tantas outras situações que conhecemos geraram a pendência de um milhão de execuções em Portugal.

E eu não tenho dúvidas de que aquilo que se passou com a acção executiva (...não foi propriamente a acção executiva, mas foi aquilo que se passou com a acção executiva...) Foi a grande causa do caos nos tribunais portugueses.

A pressão dos juízes era grande e justificável, em certa medida.

Na maioria das vezes, esses operadores judiciários sentiam-se, no mínimo, inúteis, proferindo as mais das vezes, ao longo de uma acção executiva, despachos tão importantes..., como “Cite-se”, “Penhore-se”, “Venda-se” e “Pague-se”.

E foi nesse contexto que a reforma da acção executiva entrou em vigor, apontando para uma manifesta desjudicialização e desjurisdicionalização do processo executivo, com o aparecimento dessa nova personagem no “drama judiciário”, qual tenha sido o Solicitador de Execução.

Só que essa reforma redundou num verdadeiro fracasso, pois que ela foi manifestamente prematura. Não estavam instalados os juízos de execução, não havia tribunais com competência especializada (ou específica) executiva, não existiam ainda os próprios solicitadores de execução e, portanto, o resultado só podia ser um: - a situação, em vez de melhorar, piorou.

Sobretudo, nas grandes comarcas (Lisboa e Porto, pelo menos), os tribunais cíveis afundaram-se e afogaram-se de processos executivos.

Havia também uma razão para isso, qual fosse o texto (em vigor, nessa altura) do art. 94º/1 do CPC, o qual impunha que as execuções de títulos extrajudiciais devessem ser instauradas no tribunal do lugar onde a obrigação devia ter sido cumprida.

E como, à luz do art. 774º do CC, as obrigações pecuniárias deviam (e devem) ser cumpridas no domicílio do credor, todas as execuções eram tentadas em Lisboa e no Porto (mais em Lisboa, como se sabe), pois que era (e é) nessas cidades que os chamados grandes litigantes (executivos) tinham (e têm) as suas sedes.

Foi exactamente por isso que, anos depois, em 2006, se procedeu a uma alteração cirúrgica, mas de grande relevo, nesse art. 94º/1 do CPC, o qual pas-

sou a prescrever que as execuções de títulos extrajudiciais devessem ser instauradas, por regra, no tribunal do domicílio do executado.

A ideia, como bem se percebe, não era acabar com o mal. Era “distribuí-lo pelas aldeias”, como sói dizer-se, na medida em que havendo, como havia e há, devedores espalhados por todo o país, logo as respectivas acções executivas passariam a estar mais distribuídas..., mais diluídas por todas as comarcas do país.

Só que, na Assembleia da República, iam-se esquecendo de um não pequeno pormenor.

Alguém se lembrou a tempo, felizmente.

É que, alterar o art. 94º.1 do CPC sem alterar também o art. 110º do mesmo diploma equivaleria a zero.

Tornava-se absolutamente necessário (para que a medida tivesse algum sucesso) que no art. 110º.1.a) constasse que a violação da competência territorial prevista no art. 94º.1 passava a ser de conhecimento oficioso. Caso contrário, os ilustres advogados dos ditos grandes litigantes continuariam a intentar as execuções em Lisboa e no Porto, por razões que parecem óbvias.

Alterados, então, os arts. 94º.1 e 110º.1.a) do CPC, se as execuções continuassem a ser propostas em Lisboa e no Porto, os respectivos juízes, porque essa incompetência relativa tivesse passado a ser de conhecimento oficioso, não deixariam de ordenar a *translatio iudicii* para os tribunais territorialmente competente e, ainda por cima, a condenar os exequentes em custas pelo incidente.

Foi um passo e, suponho, positivo, este que se deu em 2006.

Um passo apenas, porque o grande objectivo continuava a ser o de tirar definitivamente das mãos do juiz a condução das chamadas “execuções pacíficas” (i.é, sem oposições, reacções contra a penhora, reclamações, etc.).

Por isso, em 2008, consumou-se a reforma da reforma da acção executiva, com uma ainda maior desjudicialização e desjurisdicionalização do processo executivo.

É lamentável dizer-se que, passados que são 3 anos, a situação está igual ou pior, justamente porque, politicamente, não se quis concretizar a revisão do mapa judiciário, combinado na Assembleia da República, no âmbito do célebre “Pacto de Justiça”.

Com efeito, em 2006, os dois maiores partidos políticos portugueses, no maior dos segredos dos *media* haviam logrado alcançar (após árduas conversações) um acordo sobre sete grandes temas da justiça nacional. Todos esses temas se cumpriram. Todos (inclusive, a reforma da reforma da acção executiva...), excepto um: - a revisão do mapa judiciário, que previa a substituição do actual parque de 230 para 39 comarcas...

É bom lembrar que, em 2007, foram sendo publicados os diplomas relativos aos outros *items* do pacto e que, em meados de 2008, a revisão do mapa judiciário, pura e simplesmente, abortou.

E a razão foi única: pondo o nome às coisas, porque não houve vontade política e porque no ano seguinte teriam lugar eleições, incluindo as autárquicas.

É bom de ver que a enorme maioria dos autarcas (pouco importa de que partido político) –mas também os juízes, pelo menos– se insurgiu contra a revisão do mapa judiciário, o qual, embora sem fazer desaparecer propriamente tribunais, reduzia substancialmente a competência de cada um deles.

Em vez de tribunais de competência genérica (como há na maioria dos municípios, embora se saiba que a divisão judicial do território não é igual à divisão administrativa), a julgar questões de reais, partilhas, dívidas, divórcios, processo crime, despejos, etc., tais tribunais existentes nos municípios teriam uma competência residual (v.g., juízo de média instância criminal..., juízo de pequena instância cível..., juízo de execução, etc.).

Já agora, vejamos o nosso exemplo do distrito de Vila Real:

Os municípios do distrito seriam assim agrupados:

a) Mondim de Basto pertenceria à comarca do “Ave” (com Vila Nova de Famalicão, Vizela, Vieira do Minho, etc.);

b) Alijó, Mesão Frio, Murça, Régua, Sabrosa, St^a Marta de Penaguião e Vila Real (com Sernancelhe, Tabuaço, Lamego, etc.) pertenceriam a uma comarca chamada “Médio Douro”;

c) Boticas, Chaves, Montalegre, Ribeiro de Pena, Valpaços e Vila Pouca de Aguiar englobar-se-iam na chamada comarca do “Alto Tâmega”.

Perante a ruidosa reacção pública que se instalou, o governo optou por uma decisão (que se costuma utilizar em casos semelhantes): aplicou a lei apenas a título experimental em 3 comarcas piloto (Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste) a partir de 14.09.2009, mais se anunciando, na própria lei, que ela entraria em vigor em todo o território nacional em 01.09.2010.

É claro que isso não se verificou...

*

Hoje, chegados a 2011 e controladamente governados pela Europa, vemos que a denominada TROIKA, aproveitando o que havia sido planeado e acordado, fez constar no Memorando o seguinte:

-Acelerar a implementação da Reforma do Mapa Judiciário, criando 39 unidades judiciais.. (cfr. ponto 7.3. do documento), mais se prevendo para o 4º trimestre de 2012 a consumação prática e efectiva desta medida).

Cá está: as mesmas 39 unidades (comarcas) previstas no Pacto de Justiça.

Porém, muito recentemente, a Sr^a Ministra da Justiça referiu que “há um problema de aderência entre a realidade e o mapa judiciário” (eu não percebi muito bem o que é que isto quer dizer, mas o problema é meu.

Mas, do mais que ela disse eu percebi muito bem que vai suceder (ou pode vir a suceder) o seguinte:

a) Congelamento imediato da prevista instalação das comarcas de Lisboa e Cova da Beira (instalação essa que estava prevista para Dezembro próximo). Não pode estar mais de acordo, justamente porque o modelo de divisão judicial do território vai mudar, como resulta já do que vai expor-se na próxima alínea;

b) Criação, por cada distrito, de uma grande comarca (à imagem, porventura, do sistema francês, com o tribunal de grand instance), com diversas secções especializadas. À partida, a medida também não me parece mal, porque, ao menos, passa a haver um critério (o geográfico) e aproxima, embora noutro contexto, a divisão judicial do território à divisão administrativa, passando a haver, no continente, 18 comarcas e não 39, menos ainda as 230.

c) Assim, é bem possível que se consiga uma mais eficaz e racional utilização de meios, uma melhor redistribuição dos recursos subjectivos e objectivos, eliminando sobrecargas... e eliminando subaproveitamentos;

d) Tendencialmente, deverá haver todos os (ou melhor, todas as espécies de juízos de competência especializada) em cada uma destas 18 comarcas (*isto ficou por dizer mas creio que tem que ser*). Note que, hoje, nas comarcas-piloto, não é assim, o que é bem grave.

E, para já, a Sr^a Ministra bem podia ter-se ficado por aqui.

O problema é que, em democracia, os responsáveis têm que falar muitas vezes (mais vezes, porventura, do que gostariam) e a mesma Sr^a Ministra já foi acrescentando que se irão eliminar as 39 comarcas (*...percebe-se o que ela quis dizer, mas a verdade é que não se pode eliminar o que ainda não existe...*) e se vão criar unicamente 18 comarcas (creio que terão que ser 20 por causa das Regiões Autónomas), sediadas nas capitais de distrito, onde se instalarão as grandes instâncias cíveis e criminais.

Ora, nesta parte final das declarações é que pode residir o verdadeiro problema, porque se houver grandes instâncias nas sedes dos distritos e onde

mais for preciso, tanto melhor.

Porém, se apenas forem instaladas grandes instâncias nas sedes dos distritos, estaremos mal, muito mal mesmo (*imagine-se o exemplo do Porto, com uma grande instância criminal, a julgar os processos do Porto, Matosinhos, Maia, Valongo, Gondomar, Vila Nova de Gaia, Stº Tirso, Trofa, Amarante, etc*). –creio que seria preciso um tribunal com 30 salas de audiência e 200 juízes....

Portanto, concordando com a ideia –como concordo– o trabalho e as dificuldades vão residir no “tricotar da malha judiciária”, a fim de se saber onde ficam estes e aqueles juízos de competência especializada, em que município (e tribunal existente) fica este ou aquele juízo especializado, etc.

Creio hoje estar convencido de que os critérios para o novo Mapa Judiciário deveriam ser, cumulativamente, dois: -a área geográfica que cada um deles abranja e o número de cidadãos e de empresas que cada um deles sirva. E creio que este duplo critério não é, à partida, inconciliável com a proposta (para agora, apenas anunciada) do Governo.

Mas não tenhamos dúvidas de que vai ser precisa muita determinação e muita coragem. Coragem para enfrentar movimentações corporativas (normais, afinal), e coragem para enfrentar reacções locais e autárquicas (normais também, afinal).

A questão é que governar é, justamente, um acto de coragem.

É isso que se espera do governo de Portugal.

Muito obrigado.

CONTENCIOSO:
*REDUÇÃO, CONVERSÃO E INVERSÃO*¹

Permita-se-me que ao cumprimento institucional agregue um cumprimento particular, dirigido à comissão organizadora das presentes Jornadas (I Jornadas de Direito Processual Civil “Olhares Transmontanos”), na pessoa do Senhor Dr. José Esteves, Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Valpaços, a quem agradeço o convite que me dirigiu e que aceitei, com acrescido gosto, dado o facto de ser transmontana.

Cumprimentos extensivos aos elementos da mesa que tenho a honra de integrar.

Aquando da definição do objecto da presente intervenção, foi-me concedida liberdade para tratar o tema do Procedimento Cautelar Comum, sob a perspectiva que entendesse.

Optei por fazê-lo partindo de um especial ângulo: o do enquadramento deste meio de reacção processual no actual contexto de elevada pendência processual e dos meios a que se tem recorrido para minorar as consequências negativas dela decorrentes.

Trata-se de um tema com várias faces e que suscita múltiplas questões, pelo que, mais que categoricamente afirmar, venho expor problemas e partilhar reflexões.

1 O texto corresponde, no essencial, à intervenção que teve lugar, no dia 5 de Novembro de 2011, nas I Jornadas de Direito Processual Civil, em Valpaços. Acresce o conteúdo que, dadas as limitações de tempo, não foi possível então expor oralmente, bem como as precisões que a posterior publicação do projecto de Reforma do Processo Civil veio permitir. Foram retiradas algumas observações que a divulgação do referido projecto esclareceu ou tornou laterais para a reflexão sobre o problema em causa.

Introdução

Tal como, em Schopenhauer, o pêndulo oscila entre a acção e a inércia, o fiel da balança da Justiça oscila (sempre oscilou) entre a validade e a eficácia, entre a decisão justa e a decisão útil, entre a garantia e a celeridade.

Entre tais valores, a relação não é de alternativa, mas de compatibilização. Não se trata de optar por uma decisão materialmente adequada *ou* por uma decisão eficaz. O repto é seleccionar a melhor via para obtenção de uma decisão que seja, simultaneamente, materialmente adequada (i.e., cujo conteúdo represente a justa solução para o litígio) e eficaz.

A harmonização entre ambas as dimensões, com que se faz o equilíbrio do sistema, pode, contudo, tornar-se uma missão especialmente difícil em épocas, como a actual, em que o recurso a tribunal ultrapassou em muito os níveis expectáveis há alguns anos.

Têm-se revelado, por isso, novas (nalguns casos recuperadas) tendências no que diz respeito aos métodos de conciliação entre a adequação e a eficácia das decisões judiciais.

Algumas dessas linhas orientadoras são permeadas pela conjugação entre três conceitos: *redução*, *conversão* e *inversão* do contencioso.

1. Cabe, a este propósito, distinguir dois planos: um plano abstracto e um plano concreto.

O plano abstracto corresponde ao nível do pensamento do legislador que, ciente das necessidades de regulação impostas pela prática, procura criar formas e soluções processuais adaptáveis às diferentes tipologias de litigância (conflitualidade).

O plano concreto corresponde ao diário actuar dos tribunais onde, em

face se pode verificar que o que foi concebido em abstracto, não responde (ante a sempre surpreendente riqueza da prática) às exigências de eficácia que, numa singular relação jurídica processual, se impõem.

Ao nível do plano abstracto, o legislador distingue, por exemplo, no âmbito do processo comum, três modelos – o modelo do processo ordinário, pensado para os litígios de maior valor e, presumiu-se, de maior complexidade; o figurino do processo sumário, moldado para propiciar adequado tratamento aos litígios de média complexidade e o processo sumaríssimo, concebido para os conflitos de menor valor e maior simplicidade².

Quando, porém, a estrutura abstracta, assim idealizada, não se ajuste à específica anatomia do caso, importa descer ao plano do concreto e adaptar o corte *standard* às particularidades que a realidade evidencia.

2. Porque o legislador antevê que o real sempre surpreende a mais prudente imaginação, estabelece cláusulas de salvaguarda que permitam prover a essa novidade.

Adaptação que, por regra, opera por uma de duas vias: *mantendo intacto* o modelo processual prefigurado, mas acoplando-lhe um recurso de emergência (adaptável ao caso), destinado a suprir as carências que aquele modelo abstracto venha a revelar, *ou alterando*, em concreto, o modelo tal como fora idealmente pensado.

Um exemplo da *primeira via* traduz-se na previsão legal da possibilidade de recurso à tutela cautelar.

2 Nos termos da reforma que se projecta, as formas de processo declarativo comum reduzir-se-ão aos processos ordinário e sumário (art. 461.º). No âmbito do processo executivo comum, a anterior tramitação unitária passará a desdobrar-se também em duas formas processuais - processos ordinário e sumário (art. 465.º).

Verificando-se, ante um caso concreto, que o *iter* processual a que obedece a acção principal revela, pela sua natural morosidade, incapacidade para assegurar que a decisão final conservará, no termo do processo, a plenitude do seu efeito útil, concede-se que se lhe associe, por forma a suprir tal insuficiência, uma outra forma processual³. Assim se obtém a quadratura do círculo – conserva-se, por um lado, intacta a tramitação da acção principal (onde se cumprem a cadência e o tempo necessários ao labor da melhor solução); por outro lado, em procedimento-satélite⁴ e ritmo mais acelerado, adoptam-se as medidas necessárias a permitir que, quando proferida, a decisão da acção principal se virá a implantar em terreno de vida que se conserva fértil (apto a permitir a realização de todas as virtualidades que aquela decisão encerra).

Agindo em guarda avançada, o procedimento cautelar assegura o “entretanto”, sendo o seu escopo último garantir que os efeitos potenciais de uma decisão hipoteticamente favorável se possam converter em acto.

Consideraremos agora duas hipóteses⁵ da *segunda via*.

É a este nível (o do plano em que, ao invés de se conservar intocado o modelo processual prefigurado, se lhe introduzem alterações em concreto) que convocaremos os três conceitos que referimos em título: redução, inversão e conversão do contencioso.

Redução, conversão e inversão do contencioso

1. Importa, em primeiro passo, esclarecer o que se entende, para este efeito, por cada um desses conceitos.

3 Para uma reflexão sobre a salvaguarda do efeito útil do processo enquanto função da tutela cautelar, vd. Rui Pinto, *A questão de mérito na tutela cautelar A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, 2009, pp. 32 e ss.

4 A correr paralelamente (como incidente) ou em momento anterior (como preliminar) à acção principal.

5 Ambas no contexto da tutela cautelar.

Por *redução* do contencioso entender-se-á a diminuição do tempo que, no modelo abstractamente pensado, medeia entre o pedido (formulado, aquando do exercício do direito de acção, na petição ou no requerimento iniciais) e a decisão (material ou formal) proferida na sequência de tal pedido.

Por *conversão* do contencioso tomar-se-á a alteração dos efeitos do processo, por modificação do “padrão genético” (i.e., das características essenciais) que traçam a identidade das suas consequências.

A *inversão* do contencioso poderá consubstanciar-se na inversão das posições processuais típicas (assumindo o réu/requerido a posição de autor e o autor/requerente a posição de réu) *ou* na inversão da ordem normal das fases processuais.⁶

Em qualquer uma das hipóteses, à circunstância de não haver reacção processual, por parte do requerido, posterior à inversão do contencioso, associa-se, por regra, a estabilidade da decisão entretanto proferida.⁷

2. Exemplo de inversão do contencioso, por inversão da ordem das fases processuais, acontece quando, na tutela cautelar, há lugar ao diferimento da fase de oposição.

6 Não é unânime, porém, o âmbito da figura. Hakim Boularbah exclui da noção os casos em que não há diferimento do contraditório (mesmo quando se faça impender sobre o requerido o ónus do impulso processual), *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Larcier, 2010, pp. 215 e ss.. Nessa perspectiva, excluir-se-ia da noção o *référé* (medida próxima da hipótese de conversão do contencioso a que *infra* nos reportaremos), mesmo se antecipatório. À noção (inversão do contraditório) é, contudo, no contexto do presente projecto de reforma, atribuído um sentido mais amplo, em que a tónica é colocada não no momento de exercício do contraditório, mas na alteração da parte sobre quem passa a impender a iniciativa processual.

7 Embora a inversão do contencioso seja uma forma de modulação processual a que se tem vindo a recorrer com acrescida frequência, no período mais recente, no espectro geográfico europeu (embora com *nuanças* diversas nos sistemas jurídicos latinos e nos sistemas jurídicos germânicos), ela não representa uma novidade na história do processo. A injunção constitui uma manifestação paradigmática desta técnica, na medida em que comporta uma ordem estadual de pagamento, não precedida do reconhecimento jurisdicional do direito de crédito, que se consolida (dando origem a título executivo) se não contestada pelo requerido. J. Paul Correa Delcasso relaciona as origens deste procedimento (sobretudo na sua forma pura) com o *mandatum de solvendo cum clausula justificativa*, vigente em Itália no séc. XIII, “Le titre exécutoire européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1, 2001, pp. 63 e ss..

Sendo o princípio do contraditório conatural ao processo, a natureza nuclear desta garantia mantém-se em todos os contextos processuais e, portanto, também no âmbito da tutela cautelar.

As especificidades deste tipo de garantia processual (cautelar) reflectem-se, porém, no especial regime a observar quanto ao modo como o contraditório aí é exercido.

Especificidades ditadas, quer pela natureza urgente dessa tutela (que determina que não haja lugar a citação edital – art. 385.º, n.º 4, 1.ª parte- e que se reduzam tanto os prazos peremptórios, como o limite máximo dos prazos dilatatórios – arts. 385.º, n.º 3 e 252.º-A), quer pela relação de dependência existente entre os dois níveis de tutela – cautelar e principal (o que permite compreender que, quando tenha havido citação na acção principal, o primeiro acto de comunicação ao requerido tome a designação de notificação – art. 385.º, n.º 2.º- e que, quando a citação no procedimento cautelar antecede a citação na acção principal, a propositura da acção produza efeitos contra o réu desde a apresentação da petição inicial – art. 385.º, n.º 7).

O conteúdo essencial do princípio do contraditório conserva-se, assim, intocado (mesmo quando o seu exercício é diferido), pelo que a máxima alteração de regime admissível é a possibilidade de o exercício do contraditório ser protraído.

Observemos, de forma mais detida, três dos principais aspectos em que se analisa o regime de diferimento do contraditório.

2.1. Hipóteses em que se aplica

A hipótese de audiência diferida do requerido encontra-se prevista no n.º 1 do art. 385.º do C.P.C., nos termos do qual: “O tribunal ouvirá o requerido, excepto quando a audiência puser em perigo sério o fim ou a eficácia da providência.”

O conteúdo da parte final da norma conduz a duas observações.

Por um lado, o legislador exige que, para que tal alteração da tramitação processual possa ocorrer, se encontre processualmente demonstrado que existe uma situação de risco efectivo (objectivamente determinável) e grave para o fim ou eficácia da providência. Ou seja, não sendo necessário que já tenha ocorrido algum dano, a intervenção preventiva não pode, contudo, remontar à mera constatação de um qualquer grau de perigo, muito menos de um simples temor.

Por outro lado, esse perigo pode advir de dois diferentes tipos de fontes. Pode ter na sua origem uma situação de especialíssima urgência, que imponha que a decisão seja proferida em tempo ainda mais contido do que aquele que já se observa na normal tramitação cautelar. Nestes casos, o objectivo imediato é o de reduzir o período que medeia entre a entrada do requerimento e a prolação de decisão. A deslocação da fase de exercício do contraditório para momento posterior é, nesta hipótese, uma consequência (directamente pretendida) da necessidade de encurtamento da tramitação.⁸

8 A urgência própria dos procedimentos cautelares determina ainda que possa haver diferimento do contraditório quando não se revele viável a realização de citação pessoal (não havendo, portanto, lugar a citação edital). Neste caso, diferentemente daquele que se refere em texto, o que se pretende não é dar resposta a uma *especial* situação de urgência, mas evitar que a morosidade que a citação edital traria comprometa a tramitação célere que, *por natureza*, caracteriza a tutela cautelar. O objectivo pretendido é, portanto, o de preservar o carácter urgente do procedimento cautelar, de modo a assegurar que a tutela eficaz da posição do requerente não seja posta em causa. Sendo esta a razão de ser da norma, compreender-se-á que se pondere se se justifica a manutenção dessa regra (não realização de citação edital) quando o acto de citação diga respeito à citação do requerido na fase bilateral (subsequente à decisão e citação do requerido). Uma vez proferida e executada a decisão cautelar (e, portanto, satisfeita a pretensão do requerente), poderá afigurar-se pouco congruente manter, nesta segunda fase (destinada a assegurar o exercício, pelo *requerido*, do direito ao contraditório e, portanto, *já não* permeada pelas

O segundo grupo de casos que pode dar origem a esta inversão da ordem dos actos processuais diz respeito a situações em que (não havendo necessariamente uma acrescida urgência - relativamente à que é intrínseca à tramitação cautelar) no decretamento da providência cautelar, importa que o requerido seja surpreendido pela decisão e que, portanto, a medida cautelar seja concedida e executada sem o seu conhecimento prévio. Neste caso, o abreviar do processo, decorrente do diferimento do contraditório, não é um objectivo em si, antes um efeito lateral do objectivo directamente almejado – o pretendido efeito surpresa.⁹

O diferimento do contraditório constitui, assim, medida que, participando embora de finalidade cautelar, não se identifica com os procedimentos cautelares, quer porque não gera a relação entre processos distintos¹⁰ (é antes uma medida endoprocessual – a que há lugar no seio do procedimento cautelar), quer porque conduz a uma autêntica composição provisória da lide cautelar¹¹.

2.2. Formas de reacção do requerido

Verificado o diferimento do contraditório, o requerido poderá reagir, depois de proferida a decisão, em conformidade com o disposto nos n.ºs 1 e

anteriormente referidas razões de urgência determinadas pela necessidade de tutela do requerente) uma medida que se destina a assegurar a preservação dessa urgência e, portanto, a tutela (entretanto já substancialmente lograda) do *requerente*.

- 9 É, *nestes casos*, fundamental que o procedimento cautelar tenha carácter secreto. As limitações legais à publicidade do processo, porém, abrangem *todos os casos* de diferimento do contraditório, independentemente das razões que o justifiquem (art. 168.º, n.º 2, b)).
- 10 Como *infra* se referirá nos pontos 4 e ss., passa a ser possível, de acordo com o novo regime previsto no projecto de reforma, que um procedimento cautelar dê origem a uma decisão que ponha termo definitivo ao litígio. Quando assim aconteça, porém, embora a tramitação observada corresponda à do procedimento cautelar, a decisão neste proferida perde (na ausência de propositura da acção principal), justamente, a sua natureza cautelar.
- 11 Diferentemente, o procedimento cautelar, gerando embora, no seu figurino tradicional, uma decisão com carácter transitório, dá lugar a uma decisão que não se confunde com a decisão proferida na acção principal, construída, desde logo, segundo diferentes critérios decisórios.

2 do art. 388.^{o12}.

A ausência de reacção do requerido determina a imodificabilidade (no plano da tutela cautelar) da decisão proferida.

A reacção pode ter lugar por uma de duas vias: mediante dedução de oposição ou mediante interposição de recurso. Se ambas constituem formas de pronúncia quanto à decisão cautelar anteriormente proferida, não são, contudo, confundíveis.

Como se explicita nas duas alíneas do n.º 1 do art. 388.º, a oposição constitui o meio próprio de, exercendo o contraditório, o requerido introduzir no processo elementos novos no que respeita à informação que serve de base à decisão, influenciando, portanto, o processo de construção desta.¹³

Já o recurso será o meio adequado para impugnação da decisão. Ou seja, se mediante a dedução de **oposição** não se pretende criticar a actividade jurisdicional que foi desenvolvida, antes trazer ao conhecimento do tribunal

12 “1- Quando o requerido não tiver sido ouvido antes do decretamento da providência, é-lhe lícito, em alternativa, na sequência da notificação prevista no n.º 6 do art. 385.º: a) Recorrer, nos termos gerais, do despacho que a decretou, quando entenda que, face aos elementos apurados, ela não devia ter sido deferida; b) Deduzir oposição, quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinar a sua redução, aplicando-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 386.º e 387.º.”

13 Para assegurar a efectividade do posterior contraditório, pelo requerido, relativamente à prova produzida antes da sua intervenção no processo, prevê-se, no art. 386.º, n.º 4, que haja gravação obrigatória de todos os depoimentos prestados. Quando assim, o requerido encontra-se numa situação próxima daquela em que se encontram as partes em recurso, quando este tenha por objecto a apreciação de prova gravada. Nesta hipótese, as partes dispõem de um prazo acrescido de 10 dias (que corresponde a um terço do prazo regra de interposição e alegação - 30 dias) para adequada reflexão e análise da prova (art. 685.º, n.ºs 1 e 7 C.P.C.). A equivalência, para este efeito, das posições do requerido e das partes em recurso permite ponderar se o adequado exercício do contraditório aconselharia a concessão ao requerido de um prazo suplementar relativamente ao prazo geral de oposição (de 10 dias), o que, respeitando a proporção de um terço, corresponderia a 3 dias. Acresça-se que as razões de tutela do requerente que justificam a *urgência* do procedimento cautelar, na primeira fase (prévia ao contraditório), e que poderiam constituir argumento contrário a esta previsão, se encontram já substancialmente cumpridas com a concessão da providência cautelar, destinando-se esta segunda fase a, sobretudo, garantir o exercício, pelo requerido, dos respectivos direitos, ónus e faculdades processuais.

elementos novos (só não carreados em momento anterior para o processo porque diferido o contraditório)¹⁴ e solicitar, em consequência, a reformulação da decisão, atenta a nova informação disponível, mediante a interposição de **recurso** assume-se uma postura crítica relativamente à actividade jurisdicional subjacente à decisão cautelar, sustentando o recorrente que, ante os elementos disponíveis, a decisão proferida deveria ter sido outra e solicitando alteração do teor desta em conformidade com as razões que invoca.¹⁵

2.3. Decisão final

Se o requerido optar por exercer o contraditório, deduzindo oposição, o tribunal pronunciar-se-á, nos termos do art. 388.º, n.º 2 C.P.C., mediante decisão que constitui “complemento e parte integrante da inicialmente proferida”.¹⁶

14 Sendo esta a garantia que se pretende assegurar com a dedução de oposição, o requerido deve poder invocar, quando exerce diferidamente o contraditório, todos os elementos novos que poderia carrear ou produzir no processo se deduzisse oposição no momento por regra próprio (antes de proferida a decisão). Deverá, portanto, não só poder alegar novos factos e produzir novos meios de prova (como literalmente resulta do art. 388.º, n.º 1, b)), *como ainda*, em conformidade com o espírito da norma, impugnar os factos e o direito invocados pelo requerente, pronunciar-se quanto aos factos oficiosamente conhecidos pelo tribunal e quanto às questões de direito por este relevadas, suscitar novas questões de direito, contraditar a prova anteriormente produzida ou ordenada e invocar excepções dilatórias. Talvez a mera previsão de que o requerido pode, uma vez notificado nos termos do art. 385.º, n.º 6, deduzir oposição ou interpor recurso (sem explicitação – que dificilmente será esgotante – dos fundamentos possíveis de cada uma das formas de reacção) permitisse a concordância entre a letra e o espírito do preceito.

15 Na expressão usada na epígrafe da norma - “Contraditório subsequente ao decretamento da providência” – faz-se, portanto, uma referência ao contraditório como sinónimo de pronúncia, abrangendo quer o contraditório em sentido estrito, quer a impugnação.

16 Prevê-se, na referida norma, que o juiz decidirá da “manutenção, redução ou revogação da providência anteriormente decretada”. O contraditório exercido poderá, contudo, determinar a necessidade de proferir decisão com outro conteúdo, como a concessão de uma providência diferente da requerida (art. 392.º, n.º 3), a subordinação da manutenção da providência requerida à prestação de caução pelo requerente (art. 390.º, n.º 2), a substituição da providência concedida por prestação de caução pelo requerido (art. 387.º, n.º 3), a absolvição do requerido da instância ou o agravamento (dentro dos limites do pedido formulado) da medida antes concedida. Talvez a mera alusão a que o tribunal se “pronunciará em decisão que constituirá complemento e parte integrante da inicialmente proferida” ou (querendo concretizar o conteúdo possível dessa decisão) a menção de que o tribunal poderá decidir, “*designadamente*, acerca da manutenção, redução ou revogação

¹⁷Assim se sublinha que está em causa uma única decisão, conquanto faseadamente construída em dois momentos distintos de pronúncia jurisdicional. A primeira decisão, apenas potencialmente transitória¹⁸, tornou-se, com a dedução de oposição pelo requerido, plástica e, portanto, *in fieri*, para o tribunal que a proferiu, que, assim, a pode reformular.

A unidade intrínseca do juízo decisório não é, portanto, prejudicada pela duplicidade de actos em que esse juízo se vai construindo.

3. O diferimento do contraditório gera, como acima se referiu, a *inversão* do contencioso, na medida em que, não havendo audição prévia do requerido, se inverte a ordem de fases processuais.

Por outro lado, embora requerente e requerido conservem as correspondentes posições processuais activa e passiva, o exercício do contraditório pelo requerido não deixa de o colocar em posição que assume alguma proximidade com a do requerente quando exerce o direito de acção (cautelar), já que é de acto por si (requerido) praticado (dedução de oposição) que decorre o (re) nascimento do poder jurisdicional do tribunal, renovando-se a possibilidade de continuar a exercer a actividade decisória (de outra forma esgotada).

Há, ainda, nesta hipótese, *redução* do contencioso quando aquela inversão proporcione o encurtamento do período que medeia entre o requerimento inicial e a concessão da providência cautelar. Numa perspectiva global, porém, em que se considerem as duas fases (anterior e posterior ao exercício do contraditório) a redução do período de pendência processual será relevante se o requerido não deduzir oposição, mas menos notória ou mesmo inexistente na hipótese inversa.

da providência anteriormente decretada” pudesse afastar dúvidas interpretativas.

17 Na redacção que, no projecto de reforma, se dá ao art. 388.º, n.º 4 (correspondente ao actual art. 388.º, n.º 2) deixou de se explicitar que esta decisão é passível de recurso.

18 Porque passível de se cristalizar como definitiva se não exercido o contraditório ou interposto recurso.

4. É contemplável, porém, ir mais longe e caminhar para a *conversão e inversão* do contencioso (agora inversão por alteração da posição dos sujeitos processuais).

Assim o pondera a Comissão Revisora do C.P.C. quando prevê, no art. 387.º-A do projecto, a possibilidade de, quando o tribunal entenda ser de conceder a medida requerida, atribuir, em simultâneo, à decisão, a virtualidade de dirimir definitivamente o litígio, ficando, nesse caso, o requerente dispensado de propor a acção principal¹⁹ (ónus que passa a impender sobre o requerido).^{20 21}

19 Embora se adopte, nas normas transitórias, como regra geral, o princípio da aplicabilidade imediata do novo regime processual aos processos pendentes, ressalva-se que a vigência das normas relativas aos procedimentos cautelares só abrangerá os procedimentos que tenham início após a entrada em vigor do diploma (arts. 3.º e 4.º).

20 O facto de, nesta previsão, se permitir que o tribunal atribua natureza definitiva à decisão com que culmina o procedimento cautelar constitui um elemento de contacto com os regimes previstos nos arts. 16.º do Regime processual experimental (D.L. n.º 108/2006, de 8 de Junho) [“Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal.”] e 121.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos- [“1 - Quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal. 2 - A decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é passível de impugnação nos termos gerais. “]. Se nas três hipóteses há lugar a conversão do contencioso, só na primeira se contempla a possibilidade da sua inversão. Nas duas últimas não se explicita assistir ao requerido a faculdade de neutralizar os efeitos da conversão mediante propositura de acção principal.

21 A definitividade decisória não se confunde, neste caso, com o trânsito em julgado da decisão cautelar. Trata-se de algo mais: não só o conteúdo da decisão deixa de poder ser alterado (uma vez esgotada a possibilidade, ao nível cautelar, de interposição de recurso ordinário ou de dedução de reclamação), como ainda tal decisão passa a (potencialmente – caso o requerido não proponha a acção principal) constituir a forma última de resolução do litígio, deixando este de poder vir a ser objecto de reapreciação jurisdicional a qualquer título (mesmo no plano não cautelar).

Quando o tribunal conceda a referida qualidade à decisão proferida, esta adquire aptidão para substituir (dispensando-a) a decisão que teria lugar na acção principal, pelo que há lugar a *conversão* do contencioso. A definitividade de tal conversão pode, contudo, ser obviada por iniciativa do requerido, quando este, em *contencioso subjectivamente invertido*, proponha a acção principal.

5. Detenhamo-nos, sumariamente, na consideração dos pressupostos que constituem condição de aplicação da norma e que condensaremos em dois tópicos: a) requerimento e b) fundamentos.

a) *Requerimento*

Como expressamente resulta do previsto no n.º 1 do art. 387.º-A²², a *conversão* da decisão proferida no procedimento cautelar em decisão final do litígio pressupõe que o requerente formule pedido nesse sentido, pelo que não pode decorrer de iniciativa oficiosa do tribunal.

A expressão dessa vontade pode ter lugar no início²³ do procedimento ou posteriormente – no limite, até ao encerramento da audiência final (art. 387.º-

22 “*Mediante requerimento*, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.” (itálico nosso). A redacção do artigo acabado de transcrever, bem como de todos aqueles que de ora em diante se mencionem, corresponde, salvo indicação em contrário, à versão constante do projecto de reforma do Código de Processo Civil.

23 A extensão e forma de exposição do conteúdo das peças processuais oferecidas em procedimentos cautelares passam, nos termos do presente projecto de reforma, a assumir acrescido relevo, na medida em que se prevê que, para efeitos de condenação no pagamento de taxa de justiça, se consideram de especial complexidade os procedimentos cautelares que contenham articulados ou alegações prolixas (art. 447.º-A, n.º 7, a)). Por outro lado, ampliou-se o âmbito aplicativo da actual al. c) (correspondente à anterior al. b)), dado que para que a acção se considere de especial complexidade deixou de ser necessário que implique a análise de meios de prova *extremamente* complexos, bastando que estes assumam natureza complexa.

A, n.º 2, 1.ª parte)^{24,25} - e é, nos termos gerais, objecto passível de contraditório pelo requerido²⁶.

Quando decide do momento adequado para requerer a inversão do contencioso, porém, o requerente deverá ter em consideração ainda um outro aspecto – o da caducidade (se for esse o caso) do direito de (ele, requerente) propor a acção principal.

No que diz respeito ao período de tempo a observar para propor a acção principal, relevam (para além do prazo geral de 30 dias de que o requerente dispõe para, uma vez concedida a providência cautelar, intentar a acção²⁷) os prazos de caducidade. Assim, por exemplo, a acção de impugnação de deliberações sociais deverá ser proposta no prazo de 30 dias²⁸, no caso de sociedade comercial (art. 59.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais),

24 Assim se permite que o requerente possa reservar a formulação do pedido para o momento em que entenda dispor dos elementos necessários para poder avaliar, com mais segurança, da probabilidade de concessão da providência cautelar que requereu.

25 A concessão deste dilatado período de tempo para adequada ponderação e formulação do pedido de inversão do contencioso permite questionar se ele está ou não numa relação de dependência com a total procedência do pedido de concessão de providência cautelar [ou seja, se, formulado o pedido de inversão (sem que o requerido tenha estabelecido uma relação de dependência desse pedido de inversão com a integral procedência do pedido de decretamento de medida cautelar), tanto importa que a decisão proferida se convole em definitiva mesmo quando o tribunal (concedendo embora a medida cautelar) decida em sentido menos favorável ou distinto daquele que fora pedido pelo requerente].

26 Contraditório a exercer na oposição, quando o pedido seja deduzido no requerimento inicial, ou posteriormente (em conformidade com o previsto no art. 3.º, n.ºs 3 e 4), quando a petição de inversão do contencioso seja formulada depois. Se houver lugar a diferimento do contraditório, o requerido poderá, optando por não interpor recurso de imediato, exercer o contraditório, também quanto à decisão de inversão do contencioso, na oposição que deduza. Que a decisão de inversão pode ser objecto quer de contraditório, quer de impugnação, decorre do disposto no art. 388.º, n.º 3.

27 De acordo com a redacção ainda em vigor, esse prazo conta-se da notificação ao requerente da decisão de concessão da providência cautelar (art. 389.º, n.º 1, a)). Quando o contraditório é diferido o prazo é de apenas 10 dias e tem início com a notificação, ao requerente, de que foi efectuada ao requerido a notificação constante do art. 385.º, n.º 6 (art. 389.º, n.º 2). Na redacção projectada, o n.º 2 do art. 389.º é revogado.

28 Contados a partir da data em que foi encerrada a assembleia geral, do 3.º dia subsequente à data do envio da acta da deliberação por voto escrito ou da data em que o sócio teve conhecimento da deliberação, se esta incidir sobre assunto que não constava da convocatória (art. 59.º, n.º 2, als. a), b) e c) C.S.C.).

ou de 6 meses, no caso de associação (art. 178.º do Código Civil). E dado que o pedido de inversão do contencioso (e de associada dispensa de propositura da acção principal pelo requerente) provoca a interrupção dos prazos de caducidade²⁹, tal requerimento deverá ser formulado antes do esgotamento destes, por forma a evitar que, se não for concedida a inversão do contencioso, haja preclusão da possibilidade de fazer valer o direito substantivo na acção principal.

b)- Fundamentos

Para que o tribunal conceda a requerida inversão (e pressuposta conversão) do contencioso é necessário que se verifiquem dois tipos de condições: *uma* relativa à convertibilidade da decisão e *outra* relativa ao grau de convicção do tribunal.

b.1) convertibilidade da decisão

Quando o tribunal decide nos termos do art. 387.º-A, n.º 1, realiza dois tipos de alterações processuais. Ordena, por um lado, a inversão do contencioso, passando a impender sobre o requerido o ónus de propor a acção principal. Contudo, esta *inversão* só tem lugar porque, previamente, o tribunal *converteu* o contencioso ou seja, alterou a natureza da decisão com que pôs termo ao procedimento cautelar, atribuindo-lhe vocação para, com carácter definitivo, extinguir judicialmente o litígio.

29 Art. 387.º-A, n.º 3 C.P.C.: “Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso...”. Trata-se de uma concretização da hipótese de previsão legal de casos de interrupção da caducidade prevista no art. 328.º C.C.. A formulação do pedido de inversão traduz, em concreto, o acto a que se alude no art. 331.º C.C.. A contagem do prazo de caducidade reinicia-se com o trânsito em julgado da decisão sobre o pedido de inversão do contencioso (art. 387.º-A, n.º 3, parte final, na redacção do projecto de reforma do C.P.C.).

Para que tanto aconteça é necessário que a decisão com que culmina o procedimento cautelar revele aptidão para ser a decisão com que terminaria a acção principal. Ou seja, tem de produzir um efeito que possa ser concebido como o efeito que decorreria da procedência do pedido da acção principal.

Deve, em suma, revelar-se *convertível* nesse tipo de decisão, o que pressupõe que o efeito resultante da decisão do pedido cautelar seja uma antecipação do efeito que viria a decorrer da procedência do pedido formulado na acção principal e, correspondentemente, que os efeitos da medida cautelar representem uma antecipação dos efeitos resultantes da decisão de procedência da hipotética acção principal.³⁰

Compreende-se, assim, a circunscrição do âmbito de aplicação objectivo da inversão do contencioso às providências cautelares de carácter antecipatório³¹, pelo que, como *a contrario* resulta do previsto no art. 392.º, n.º 4, desse âmbito se excluem, designadamente, o arresto, o arrolamento e o arbitramento de reparação provisória. Não que estas providências cautelares não proporcionem antecipação de efeitos decorrentes das associadas acções principais. Essa antecipação, contudo, não é total, não se revelando por isso tais decisões aptas a assumir todas as consequências que são corolário daquelas acções. E, não se lhes equiparando nessa medida, deixam de ser susceptíveis de assumir essa outra identidade. Assim, e a título de exemplo, se o arresto, antecipa os efeitos da penhora, não proporciona, ainda que transitoriamente, os efeitos (realização coerciva do direito do credor, mediante, designadamente, a venda de bens) da acção (executiva) de que a penhora é mera fase.

30 O confronto estabelece-se entre efeitos e não entre pedidos porque estes podem não ser exactamente coincidentes. Assim, por exemplo, se no procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais o que se requer é a *suspensão* de efeitos da deliberação, na acção principal requer-se que esta seja declarada inválida e a *cessação* de produção dos seus efeitos. Em ambas, contudo, o que se pretende é a *não produção de efeitos* – na primeira hipótese a título transitório, na segunda hipótese a título definitivo. Com a conversão do contencioso, o tipo de efeito pretendido com a providência cautelar mantém-se intacto, vendo apenas alterada a sua perenidade (que passa a coincidir com a que decorreria da acção principal).

31 Previstas no C.P.C. ou em legislação avulsa.

Importa, portanto, que “a natureza da providência decretada” seja “adequada a realizar a composição definitiva do litígio.”³² ou seja, que a decisão com que o procedimento cautelar culmina seja susceptível de ser convertida na decisão com que terminaria a acção principal.

b.2)- grau de convicção

Para além da convertibilidade da decisão, necessário será que se verifiquem os pressupostos justificativos da conversão.

Constituindo o procedimento cautelar uma estrutura processual concebida para fazer nascer decisões com carácter transitório, mister será demonstrar, para inversão do contencioso, que, não obstante a integral manutenção dessa estrutura, esta se revela, excepcionalmente, apta a dar origem a decisões que, normalmente, estão para além da sua “capacidade gestacional”.

Inverter o contencioso *não* significa, na verdade, *converter* o procedimento cautelar no processo principal que lhe sucederia³³. Trata-se antes de, mantendo inalteradas a estrutura e tramitação próprias do procedimento cautelar, constatar que essa forma se revelou susceptível de superar, num caso particular, o nível potencial de efeitos que, por regra, pode produzir.

É a verificação de que aquele modelo de tramitação permitiu que se formasse uma convicção jurisdicional qualificada (superior à que é própria da tutela meramente cautelar) que permite *converter* a natureza da *decisão* com que essa tramitação termina.

A identidade própria do procedimento cautelar resulta da conjugação de duas dimensões: da natureza urgente da sua tramitação com a perfunctoriedade de análise que subjaz à decisão. É esta última que justifica a transitoriedade da providência cautelar. Já a acção principal de que o procedimento cautelar depende obedece, por norma, a uma tramitação mais morosa, concessora de

32 Art. 387.º-A, n.º 1, parte final.

33 Não há lugar a qualquer alteração da tramitação do procedimento cautelar.

mais tempo para ponderada, reflectida e fundada análise judicial, pelo que as suas decisões assumem, uma vez transitadas em julgado, carácter definitivo.³⁴

A normalidade do acontecer judiciário conduz, portanto, a presumir que (salva expressa determinação em contrário³⁵) a urgência cautelar proporciona apenas um nível superficial de análise.

É esta ilação que o art. 387.º-A, n.º 1 permite, *em concreto*, afastar, quando o tribunal conclua que a estrutura (especialmente célere) em que se traduz o procedimento cautelar proporcionou, não obstante, os elementos e o tempo necessários para que o tribunal formulasse uma convicção segura relativamente à titularidade do direito que o requerente invoca. Convicção que, portanto, supera o mero *fumus boni iuris*³⁶ - o tribunal apura que, naquele caso, a tramitação que formalmente corresponde ao procedimento cautelar encerrou, no que respeita ao nível de formação do seu grau de convicção, virtualidades particulares.³⁷

Ou seja, conservam-se intactas a estrutura e a tramitação do procedimento cautelar, mas retiram-se ilações do acrescido grau de solidez de convicção que aquelas proporcionaram³⁸. O corolário dessa constatação traduz-se em, por

34 No sentido de não dependentes de reanálise numa estrutura processual mais garantística. Tanto não obsta, contudo, a que, em determinadas circunstâncias, possam ser alteradas. Assim acontece, por exemplo, nos processos de jurisdição voluntária (art. 1411.º, n.º 1 C.P.C.).

35 Como aquela em que se consubstancia a previsão de processos autónomos urgentes.

36 À semelhança do que já se previa nos arts. 427.º, n.º 3 (arrolamentos especiais), 411.º, n.º 1 (arresto especial contra tesoueiros) e 393.º (restituição provisória da posse), em que se prescinde da demonstração de existência de *periculum in mora* como requisito de concessão da providência cautelar, contempla-se agora, no art. 411.º, n.º 3, uma hipótese de arresto (para apreensão de bem transmitido mediante negócio jurídico, se estiver em causa a dívida, total ou parcial, do preço da respectiva aquisição) cujo decretamento não pressupõe a prova do justo receio de perda da garantia patrimonial.

37 Na ausência de previsão de uma acção principal urgente geral, esta poderá constituir a resposta mais próxima para as hipóteses em que é requerida uma medida qualificada como providência cautelar mas que, na verdade, o não é, dado que, uma vez decretada, imediatamente se esgotam os efeitos pretendidos, tornando dispensável, para esse efeito, a propositura da acção principal pelo requerente.

38 A preocupação de imprimir maior celeridade processual a processos autónomos revela-se também no regime a que passarão a obedecer as providências de tutela da personalidade (vd. arts. 1474.º, 1475.º e sobretudo, 1475.º-A). Essa intencionalidade é, de resto,

razões de economia processual, conceder a conversão pedida pelo requerente. Assim se concentra numa só decisão a resolução definitiva do litígio, evitando a prática de actos processuais (futura proposição da acção principal pelo requerente) que, deste modo, se revelam desnecessários.

Não se pretendeu, portanto, permitir que o requerente pudesse, na prática, converter o procedimento cautelar numa acção principal, alegando factos e produzindo prova com carácter esgotante, como se de um processo autónomo na sua essência se tratasse. Esse é, de resto, um risco cuja não verificação importará acautelar na prática jurisprudencial, sob pena de, a pretexto de recurso à faculdade de inversão do contencioso na tutela cautelar, passar a haver a propositura em massa de procedimentos cautelares que, na verdade, configurarão verdadeiras acções principais. Tanto representaria a subversão das razões que subjazem ao regime (pretende-se com este poder retirar consequências das especiais conclusões decisórias que a normal tramitação de um procedimento cautelar possa proporcionar; não transformar este procedimento numa acção).

A base de decisão de que o tribunal parte quando decide na acção principal tende, na maioria das hipóteses, a ser mais ampla que a base em que assenta a decisão cautelar convertida em definitiva. Diferença que resulta do menor tempo e das maiores limitações legais com que as partes se confrontam, nos procedimentos cautelares, para alegação de factos e produção de prova. Se estes elementos circunscritos proporcionarem, porém, a formulação de uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado, permite-se que o tribunal qualifique tal decisão como apta a resolver definitivamente o conflito.

Mas, não se olvida a (acima referida) fragilidade das bases em que esta decisão cautelar assenta e o risco de erro que tal debilidade pode encerrar.

expressamente assumida no ponto 3.1 da Exposição de Motivos. Sobre a tutela processual dos direitos de personalidade, *vd.* Teixeira de Sousa, Miguel, *A tutela judicial civil e os direitos de personalidade: os meios processuais comuns e o processo especial (Guião para a intervenção realizada em 14/1/2011 no âmbito da Acção de Formação Contínua 2010/2011 sobre Responsabilidade Civil por Violação de Direitos de Personalidade)*, publicado em http://www.cej.mj.pt/cej/formaingresso/fich.pdf/arquivodocumentos/FC_ATutela_JudCivil_e_Drtos_Pers.pdf.

Razão por que se concede ao requerido a possibilidade de, em contencioso invertido, propor acção principal. Só a omissão desta reacção pelo requerido (como que em anuência, pelo silêncio, ao conteúdo da decisão proferida) permitirá que a decisão cautelar se consolide definitivamente na ordem jurídica.

Caso a inversão do contencioso se verifique, porém, o sentido da decisão a que o tribunal atribuiu carácter definitivo pode vir a ser diferente da decisão com que culmine a acção principal. Nesta hipótese, haverá *diversidade*, mas não *contradição*, de sentidos decisórios, dado que são diferentes os pressupostos de que cada ente decisor parte.³⁹

As razões de economia processual (e, portanto, de celeridade) não superam as que se prendem com a justeza decisória. O legislador não foi, por isso, ao ponto de tornar absolutamente irreversíveis, quer os efeitos desta conversão, quer a própria conversão. Essa mutabilidade dependerá da postura a adoptar pelo requerido.

Este pode, em primeiro lugar, pugnar pela reversibilidade da própria decisão de conversão.

39 Se bem interpretamos a lógica do regime, afigura-se que a opção por um regime em que o tribunal pudesse converter a decisão cautelar (uma vez transitada em julgado) em decisão absolutamente definitiva (i.e., sem que ao requerido assistisse a possibilidade de propor a acção principal) implicaria a verificação de outros requisitos. Pressuporia que, quando decide, o tribunal pudesse concluir que, a ser proposta uma acção principal. Novos factos, prova ou argumentos jurídicos que nesta pudessem ser invocados não se revelariam susceptíveis de alterar o seu sentido de decisão. Na hipótese que ora se considera, diferentemente, o tribunal conclui tão só que, *atendendo aos elementos de que dispõe*, a convicção que formou quanto à titularidade, pelo requerente, do direito acautelado, é *segura*, superando, portanto, a mera convicção de que *é provável* a existência do direito (*“fumus boni iuris”*). Nada invalida, contudo, que a consideração de novos elementos, trazidos à apreciação do tribunal no contexto de uma acção principal, possam conduzir a decisão diversa. O regime por que se optou [atribuição (reversível mediante propositura de acção principal pelo requerido) à decisão cautelar, de aptidão para, uma vez transitada em julgado, se consolidar como solução definitiva do litígio] corresponde, assim, a um meio termo entre o regime normal da tutela cautelar (necessária transitoriedade da medida cautelar) e o regime próprio de uma acção principal urgente (imodificabilidade da decisão, uma vez transitada em julgado).

Reconhece-se-lhe, para tanto, o direito de interpor recurso⁴⁰ do juízo decisório com esse duplo objecto (concessão da providência cautelar e inversão do contencioso), recurso em que procurará demonstrar que, não só não se encontravam reunidas todas as condições para se decidir com carácter definitivo e, portanto, para a conversão e inversão do contencioso (porque, por exemplo, não constavam do processo todos os elementos necessários para tanto ou porque o tribunal não dispôs do tempo necessário para devidamente os analisar e deles retirar consequências), como ainda que não se encontravam sequer reunidos os pressupostos para concessão da providência.⁴¹

Não querendo interpor recurso (ou não lhe tendo sido neste reconhecida razão), mas discordando da concessão da medida cautelar, o requerido pode, nessa linha de inversão, eleger a acção principal como via própria para fazer valer as suas razões.

Não lhe cumprirá, portanto, tão só manifestar discordância relativamente à decisão de conversão do contencioso⁴². Necessário será que o requerido dê início à acção principal mediante entrega da petição inicial, pelo que se verifica uma inversão das posições que cada uma das partes subjectivamente ocupava

40 Impugnação que, à semelhança do que acontece com os demais recursos interpostos nos procedimentos cautelares, só é admissível até aos Tribunais da Relação, sem prejuízo dos casos em que é sempre admissível a impugnação para o Supremo Tribunal de Justiça (art. 387.º-B, n.º 2).

41 A interposição de recurso da decisão que inverte o contencioso pressupõe a simultânea impugnação da decisão que concede a providência (art. 387.º-B, n.º 1).

42 Na acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento (arts. 98.º - B e ss. do Código de Processo do Trabalho) optou-se por inverter tão só a iniciativa do acto que precede a fase contenciosa da acção. Nos termos do art. 98.º-C C.P.T., uma vez comunicada a decisão de despedimento individual ao trabalhador, este pode declarar opor-se ao despedimento, em formulário próprio, que entregará na secretaria judicial do tribunal competente. Será, então, designada audiência de partes. Caso nesta audiência não se logre a conciliação, suceder-se-ão a entrega de articulado pelo empregador (onde invoca os factos e os fundamentos constantes da decisão de despedimento comunicada ao trabalhador), bem como a possibilidade de exercício do contraditório pelo trabalhador, em contestação por este oferecida (arts. 98.º-I a 98.º-L C.P.T.).

no procedimento cautelar, passando o requerido (no procedimento cautelar) a figurar como autor (na acção principal) e o requerente (no procedimento cautelar) a figurar como réu (na acção principal).

A acção proposta pelo requerido revela, no que respeita à sua estrutura, pontos de contacto com a acção de simples apreciação negativa.⁴³ A qualificação, numa análise global, se venha a atribuir à acção em causa não assume, porém, relevo decisivo para a resolução de um outro problema – aquele que se prende com a gestão do risco de dúvida insanável ao nível probatório (ou seja, com o ónus da prova).

7. A possibilidade de inversão do contencioso vem, como decorre do exposto, alterar o tipo de relações que tradicionalmente se estabelecem entre o procedimento cautelar e a acção principal.

Se até aqui o procedimento cautelar era (no contexto do Código de Processo Civil) concebido como forma processual sempre *dependente* (no que respeita à sua existência) de uma acção principal⁴³, passa agora, nos termos do presente projecto de reforma, a ser concebível que ao procedimento cautelar possa *não se associar* qualquer acção (sem que tanto determine a caducidade da decisão que àquele põe termo).

Em suma, se não for proferida decisão de inversão do contencioso, mantém-se a relação de dependência entre procedimento cautelar e acção principal.

Se houver decisão de inversão do contencioso, cessa a tradicional relação de dependência, passando a existir uma relação de dependência invertida - a manutenção, como decisão que definitivamente compõe o litígio, da decisão

43 Art. 383.º, n.º 1. Na redacção constante do projecto de reforma, reserva-se a alusão da natureza dependente (do procedimento cautelar relativamente à acção principal) para as hipóteses em que não há inversão do contencioso: “*Excepto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado...*” (itálico nosso).

com que termina o procedimento cautelar, depende da não propositura da acção principal pelo requerido.

Caso, assim, o requerido não proponha a acção principal, consolida-se a existência independente da decisão com que terminou o procedimento cautelar.

Se o requerido optar por propor a acção principal, a paralela manutenção da providência cautelar (até decisão final da acção) verifica-se *não porque* exista a acção principal (cuja garantia não é assegurada pela decisão proferida no procedimento cautelar), *mas, ao invés, não obstante* (ou seja, *apesar da*) a sua existência.

8. Resta indagar se se mantém inalterada a tradicional relação de autonomia decisória entre os dois meios de tutela judiciária (cautelar e principal) ⁴⁴.

Indiscutível será que tal autonomia se mantém quando não haja inversão do contencioso. Seguro será também que, mesmo quando haja inversão, o julgamento da matéria de facto e a decisão final da acção principal não terão de coincidir com as correspondentes decisões proferidas no procedimento cautelar.

Mas, manter-se-á a ausência de *qualquer* influência?

Duas concepções se podem, em abstracto, admitir.

Numa *primeira perspectiva*, entender-se-ia que, com a inversão do contencioso, o legislador pretendeu *tão só* fazer impender sobre o requerido o ónus de dar início à acção principal. A tanto presidiria o seguinte raciocínio: tendo havido já o reconhecimento judicial de que assiste razão ao requerente; tratando-se de um reconhecimento judicial que, proferido embora no contexto de um procedimento cautelar, assume natureza qualificada (dada a convicção segura em que assenta a decisão do tribunal); tendo o requerente

⁴⁴ Correspondente ao princípio de que o julgamento da matéria de facto e a decisão final a que haja lugar no procedimento cautelar não influenciarão o julgamento do processo principal.

sido já prejudicado pela prática (pelo requerido) dos factos que o obrigaram a dar início à tutela cautelar e tendo sido onerado com os custos que tal impulso processual implicou, excessivo seria que tivesse ainda de suportar todas as implicações associadas ao ónus de propor a acção principal. Por outro lado, a adopção da técnica de inversão do contencioso proporcionaria uma vantagem sistémica: passando a impender sobre o requerido o ónus de propor a acção principal, tanto representaria um contra-estímulo a propor a acção quando esteja ciente de que não lhe assiste razão. Esta medida contribuiria, portanto, para reduzir a pendência de causas em que uma das partes litiga com intuito meramente dilatatório.

Nesta senda, cumprido o ónus do impulso processual pelo requerido, manter-se-iam as regras de distribuição do ónus da prova, continuando o requerente (réu na acção principal) a ter de provar os factos constitutivos do seu direito e o requerido (autor na acção principal) a ter de provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele. Tudo se passaria, portanto, ao nível da distribuição do ónus da prova, como se fosse o requerente a propor a acção, só se alterando a posição processual assumida pelas partes.⁴⁵

No sentido de ter sido *tão só* este (não onerar o requerente com a propositura da acção principal e reduzir a pendência processual) o propósito do legislador, abonaria o facto de a redacção do art. 383.º, n.º 4 C.P.C.⁴⁶ não ter sofrido qualquer alteração.

Uma *segunda perspectiva* é, contudo, hipotizável.

Nesta interpretação, o legislador teria querido algo mais: não apenas transferir para o requerido o ónus de propor a acção principal, como ainda permitir que o facto de ter havido, a nível cautelar, uma decisão favorável ao requerente, poder beneficiar este último no esquema de decisão da acção principal.

45 A regra constante do n.º 1 do art. 343.º do C.C. representa uma adaptação de tal regra geral à inversão de posições que ocorre nas acções de simples apreciação negativa. Dado que, nestas acções, é o réu que invoca o direito, caber-lhe-á, por princípio, demonstrar os factos constitutivos do mesmo.

46 “Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm *qualquer* influência no julgamento da acção principal.” (itálico nosso).

Tanto decorreria da circunstância de (nesta hipótese de inversão do contencioso) a titularidade do direito pelo réu se encontrar corroborada por prévia decisão judicial a que fora reconhecida aptência de definitividade (não decorrendo, portanto, de uma mera declaração daquele). Coberta, a posição do requerente, pela especial força concedida pela decisão com que culminou o procedimento cautelar, excessivo seria, nesta óptica, continuar a fazer impender sobre o requerente o ónus de alegar e provar os factos constitutivos da titularidade do direito que diz assistir-lhe. Antes passaria a impender sobre o requerido (ora autor) a demonstração do inverso. Caberia ao requerido, nesta medida, ilidir a presunção de existência do direito decorrente da prévia declaração judicial nesse sentido.⁴⁷ O sentido da anterior decisão repercutir-se-ia, nesta visão, com carácter ilidível, no processo decisório da acção principal.

A ser assim, o teor da decisão cautelar *não seria indiferente* para o critério decisório adoptado na acção principal [ou seja, relevaria, naquela acção, a presunção (de titularidade do direito pelo requerente) que decorreria da decisão com que termina o procedimento cautelar].

No sentido da prevalência desta segunda interpretação abonaria a redacção do n.º 1 do art. 387.º-C⁴⁸, bem como a invocação de que só assim seria possível retirar consequências expressivas da decisão de inversão do contencioso. É, contudo, invocável, em seu desfavor, o facto de assim se colocar o requerido na difícil posição de ter de fazer prova de factos negativos (demonstração de que *não* assiste razão ao requerente/réu).

A inversão do contencioso alteraria, nesta hipótese, não só a anteriormente

47 Nada parece obstar, contudo, a que a esta dimensão negatória seja associada outra feição (condenatória, por exemplo), se o requerido formular um pedido dessa natureza – pedido que, não fosse a inversão do contencioso, deduziria na contestação. Sobre os requisitos materiais da reconvenção, vd. Mesquita, Miguel, *Reconvenção e Excepção no Processo Civil*, Almedina, 2009, pp. 146 e ss..

48 “Logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a admonição de que, querendo, deverá intentar a acção destinada a *impugnar* a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio” (itálico nosso).

necessária relação de dependência existencial^{49 50}, como ainda a relação de autonomia decisória entre procedimento cautelar e acção principal.

A decisão do procedimento cautelar perderia, em caso de propositura da acção principal pelo requerido (em inversão do contencioso), a especial força (de resolução definitiva do litígio) que lhe tinha sido atribuída, mas não só se conservaria (durante o lapso de tempo em que perdure) independente, quanto à sua existência, como ainda assumiria relevo (ilidível) quanto ao teor da decisão a proferir na acção principal.

Tratando-se de um aspecto com importante relevo prático, a expressão legal da opção por uma ou outra das interpretações permitiria dissipar as dúvidas que poderão surgir.

9. Consideremos, agora, brevemente, três hipóteses de decisão judicial ante os pedidos (inicial ou sucessivamente cumulados) de concessão da providência cautelar e de inversão do contencioso:

a) *O tribunal não concede providência cautelar* – nesta hipótese o

49 Assim o explicita a Comissão Revisora: “Quanto à disciplina dos procedimentos cautelares, quebra-se o princípio segundo o qual estes são sempre dependência de uma causa principal, proposta pelo requerente para evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício, evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da acção principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar – obstando aos custos e demoras decorrentes desta *duplicação de procedimentos*, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efectivamente opunha as partes.” Exposição de motivos, ponto 3.2, §1, sublinhado nosso.

50 Alterou-se, em sintonia com a nova concepção, a redacção do art. 383.º, n.º 1, onde se passou a ler: “*Excepto se for decretada a inversão do contencioso*, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado, e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva.” (itálico nosso). Tanto justifica também a nova redacção do art. 399.º: “O titular de direito a alimentos pode requerer a fixação da quantia mensal que deva receber, a título de alimentos provisórios, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva.”, quando antes se previa: “*Como dependência da acção em que, principal ou acessoriamente, se peça a prestação de alimentos*, pode o interessado requerer a fixação da quantia mensal que deva receber, a título de alimentos provisórios, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva.” (itálico nosso).

problema da inversão do contencioso não se põe, dado que não é reconhecida procedência ao pedido do requerente. Para obtenção de tutela judiciária, resta ao requerente propor acção principal, sendo esta completamente autónoma relativamente ao procedimento cautelar (entretanto extinto).

- b) *O tribunal concede providência cautelar e inverte o contencioso* – neste caso, o requerido pode interpor recurso da decisão de concessão da providência cautelar (isoladamente) ou desta e da decisão de inversão do contencioso.⁵¹

b.1 – se o requerido não interpuser recurso de qualquer das decisões (nem deduzir oposição, em caso de contraditório diferido), estas transitam de imediato em julgado, convertendo-se a decisão proferida sobre o mérito em decisão *potencialmente* definitiva a título principal.

O requerido será, nesta hipótese, notificado do trânsito em julgado da decisão para, querendo, propor, no prazo de 30 dias⁵², acção principal

51 Como acima se referiu, decorre dos termos do previsto no artigo 387.º-B, n.º 1 que “A decisão que decreta a inversão do contencioso só é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida”, pelo que a liberdade de conformação do objecto do recurso se circunscreve às duas hipóteses mencionadas em texto.

52 O momento do início da contagem do prazo é diferente quando esteja em causa uma decisão de suspensão de deliberações sociais, como decorre do previsto no art. 397.º-A: “Inversão do contencioso I – Se tiver sido decretada a inversão do contencioso, o prazo para propositura da acção a que alude o n.º 1 do art. 387.º-C só se inicia: a) Com a notificação da decisão judicial que haja suspenso a deliberação; b) Com o registo, quando obrigatório, da decisão judicial.” No que respeita a este procedimento cautelar, houve também a preocupação de assegurar que a inversão do contencioso não tem implicações restritivas no que diz respeito à legitimidade das partes (art. 397.º-A, n.º 2: “Para propor ou intervir na acção referida no número anterior têm legitimidade, além do requerido, aqueles que teriam legitimidade para a acção de nulidade ou anulação das deliberações sociais.”). Salvaguardada fica, assim, a legitimidade de todos os que, nos termos do art. 61.º do C.S.C., estão abrangidos pela força do caso julgado. Para uma reflexão sobre os

no sentido de o tribunal vir a declarar não existir o direito judicialmente reconhecido.⁵³

A mera propositura da acção não proporciona, contudo, por si só, garantia de que a decisão com que terminou o procedimento cautelar perca a natureza definitiva que lhe tinha sido atribuída. Necessário será que o requerido (no procedimento cautelar) se revele diligente enquanto autor (na acção principal), a dois títulos: impedindo que a acção esteja parada (por negligência sua) por período superior a 30 dias e propondo nova acção [caso haja absolvição do réu (requerente no procedimento cautelar) da instância], por forma a aproveitar os efeitos da propositura da acção anterior.^{54 55}

Que, a não ser assim, a decisão se converta em definitiva, constitui consequência simétrica à que prejudica o requerente (caducidade da providência cautelar) quando, não havendo inversão do contencioso, este adopte o mesmo tipo de comportamento negligente.⁵⁶

Assim se evita que a acção principal seja injustificadamente protelada e, portanto, *que* (no primeiro caso – quando há decisão de inversão do contencioso) a dúvida quanto à manutenção, a título definitivo,

reflexos da ilicitude da decisão ao nível do caso julgado, vd. Silva, Paula Costa, “Injustiça intolerável e ruptura do caso julgado”, *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, Coimbra Editora, 2011, pp. 741 e ss.. Quanto à delimitação do conceito de caso julgado por contraposição a figuras que lhe são próximas, Capelo, Maria José, “A sentença entre a autoridade e a prova. Em busca de traços distintivos do caso julgado civil”, policopiado, Coimbra, 2010.

53 Artigo 387.º, n.º 1 – “Logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a admoção de que, querendo, deverá intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.”

54 Art. 387.º-C, n.º 2 – “O efeito previsto na parte final do número anterior verifica-se igualmente quando, proposta a acção, o processo estiver parado mais de 30 dias por negligência do requerente ou o réu for absolvido da instância e o autor não propuser nova acção em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior.”

55 Art. 289.º, n.º 2.

56 Art. 389.º, n.º 1, b). Vd., a este propósito, as observações desenvolvidas por Montalvão Machado, Lebre de Freitas e Rui Pinto em *Código de Processo Civil anotado*, 2.º Volume, pp. 51 e 52, Coimbra Editora.

da solução favorável ao requerente no procedimento cautelar injustificadamente se protele, *bem como que* (no segundo caso – quando não há decisão de inversão do contencioso) o risco de erro, inerente à concessão da providência cautelar com base em análise sumária, indevidamente se prolongue.

Se a acção principal proceder, há lugar à caducidade da decisão com que culminou o procedimento cautelar.⁵⁷

A posição do requerente (ora réu) consolida-se, em suma, quando o pedido do requerido na acção principal improceda totalmente, quando a acção esteja parada (por negligência deste) por período superior a 30 dias e quando, havendo absolvição do réu da instância, não seja proposta, em tempo, nova acção.

b.2- se o requerido interpuser recurso das duas decisões e o tribunal superior as mantiver, verificam-se as consequências explicitadas no ponto anterior. Se o recurso proceder quanto a ambas, ocorre o referido em a). Se, em segunda instância, se mantiver a providência, mas não a inversão do contencioso, sobre o requerente passa a impender o ónus de propor a acção principal, sob pena de caducidade da providência. Retoma-se, neste caso, a relação de instrumentalidade (dependência existencial) e de autonomia decisória entre o procedimento cautelar e a acção principal. O prazo para propositura da acção tem início com a notificação do trânsito em julgado da decisão⁵⁸ e o prazo de caducidade (interrompido com o requerimento de inversão do contencioso) vê o seu curso retomado com o trânsito em julgado da decisão que infirma a inversão do contencioso.⁵⁹

b.3) - se o requerido só interpuser recurso da decisão com que terminou o

57 Art. 387.º-C, n.º 3.

58 Art. 389.º, n.º 1, a).

59 Art. 387.º-A, n.º 3, parte final.

procedimento cautelar e o tribunal superior a mantiver, incumbe ao requerido propor a acção principal, nos termos indicados em b.1), sob pena de consolidação, como definitiva, da decisão proferida. Se o tribunal superior considerar integralmente procedente o pedido do requerido (recorrente), verifica-se o analisado em a).

- c) - finalmente, se o tribunal, no procedimento cautelar, *conceder a providência cautelar, mas não ordenar a requerida inversão do contencioso*, esta última decisão, porque irrecorrível, transita de imediato em julgado.⁶⁰ Se o requerido não impugnar a decisão de concessão da providência cautelar⁶¹ (ou se a impugnação não proceder) a decisão de concessão da medida transita em julgado, cabendo ao requerente, como na terceira hipótese de b.2), propor a acção principal. Se o requerido impugnar a concessão da providência cautelar, a procedência da impugnação conduz ao referido em a).

A decisão de inversão do contencioso (prevista no art. 387.º-A C.P.C.) pressupõe, assim, também a sua conversão⁶² e potencial redução⁶³.

60 Artigo 387.º-B, n.º 1, parte final: "... a decisão que indefira a inversão é irrecorrível."

61 Nem deduzir oposição, em caso de diferimento do contraditório.

62 Ainda que eventualmente transitória, se o requerido lograr, na acção principal, ilidir a presunção (favorável ao requerente) que decorre da primeira decisão.

63 Se o requerido não propuser a acção principal. A inversão do contencioso constitui, frequentemente, como supra se observou, uma forma de contra-estímulo à propositura de acções que, de outra forma, seriam intentadas e se conservariam pendentes mesmo quando o requerido está ciente de que não lhe assiste razão. A circunstância de os efeitos da primeira decisão (fruto do procedimento cautelar) se manterem, não obstante a propositura da acção principal, e os custos que a esta se encontram associados, tenderão a inibir o requerido (que não esteja convicto da bondade ou verdade da posição que sustenta) de exercer o direito de acção. O efeito inibidor de reacção puramente dilatária verifica-se também quando (como na injunção, em que há inversão mas não conversão do contencioso), a inversão do contencioso se circunscreve ao diferimento do contraditório. Nesse caso, o contra-estímulo reporta-se à dedução de oposição. Assim, embora a técnica de inversão do contencioso possa ser aplicável em diversos contextos, dando origem a diferentes consequências (designadamente à criação de um título executivo, no caso da injunção), subjaz-lhe frequentemente a intenção de evitar que a máquina da justiça

Ponderando, numa perspectiva global, o regime que acaba de se considerar, verifica-se que o eco dado aos apelos ingentes de celeridade se enquadra na consciência da incontornável importância que os espaços de pausa, reflexão e maturação têm em processo.

A qualidade decisória só floresce quando respeitado o estrito, mas necessário, tempo de silêncio.

Também a Justiça, parafraseando Pessoa, tem por condição a inteireza (adequação do conteúdo e eficácia das consequências).

Lucinda D. Dias da Silva

se prenda com a resolução de litígios cujos contornos de solução se revelam, logo num primeiro momento, de forma (ilidivelmente) nítida. Constitui, por isso, nestas hipóteses, requisito da sua mobilização, a existência de fundamentos (de natureza variável) que permitam formular esse primeiro juízo de quase evidência da razão do requerente. Sobre as razões de ser da inversão do contencioso, Georges de Leval, “Les ressources de l’inversion du contentieux”, *L’efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 85 e ss..

A ACÇÃO EXECUTIVA – ALGUNS PROBLEMAS PRÁTICOS

ARMINDO RIBEIRO MENDES *
ADVOGADO

I

A REFORMA DE 2003, A ALTERAÇÃO DE 2008 E A MOROSIDADE DA ACÇÃO EXECUTIVA CÍVEL

1. Como é do conhecimento de todos, a Reforma da Acção Executiva de 2003 – começada a preparar a partir do início de 2000 – pretendeu mudar o paradigma vigente desde o Século XIX, pelo menos, em que a acção executiva era totalmente pública, decorria perante os tribunais do Estado e sob a égide do Juiz de Comarca.

Não é altura de nos debruçarmos sobre as ideias-forças que estiveram na base desta Reforma. Pode, porém, dizer-se que o modelo desjudicializado francês do huissier de justice, reorganizado em 1945, gozava e ainda goza de elevado prestígio e estava a ser importado por alguns Estados Europeus do Leste da Europa, que começavam a familiarizar-se com a economia de mercado. Nada de mais natural do que tentar adoptar o referido modelo, tentando dar eficácia às execuções em Portugal.

2. Embora haja saudosistas do modelo anterior – chamemos-lhe, por comodidade, de ALBERTO DOS REIS – a verdade é que a explosão do crédito às famílias e às empresas, após a adesão de Portugal às Comunidades Europeias, tinha gerado um grande “engarrafamento” nos tribunais no que respeita às execuções, sobretudo porque a tendência das reformas subseqüentes a 1977

* Texto que serviu de base a uma intervenção realizada em Valpaços em 5 de Novembro de 2011 nas I Jornadas de Direito Processual Civil – Olhares Transmontanos.

ia no sentido de facilitar a atribuição de exequibilidade aos documentos particulares não legalizados (Decreto-Lei nos 533/77, de 30 de Dezembro; Reforma Intercalar de 1985, Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho; Revisão de 1995-1996, Decretos-Lei nos 329-A/95, de 12 de Dezembro e 180/96, de 25 de Setembro).

Bastará referir estes dados estatísticos: em 1992, em 1 de Janeiro, estavam pendentes 80.948 execuções, tendo nesse ano dado entrada nos tribunais 97.452 processos executivos e terminado 78.003 processos (os processos findos representavam 44% das acções pendentes). Dez anos depois, em 1 de Janeiro de 2002, encontravam-se pendentes 516.780 acções executivas (sensivelmente um aumento de 638%), tendo nesse ano sido instauradas 268.894 execuções (acréscimo de 275% em relação ao ano de 1992), tendo terminado 174.285 execuções (22% em relação aos processos pendentes, metade de percentagem de 1992)(1).

3. É natural, por isso, que a exigência da Reforma da Acção Executiva viesse a receber um apoio generalizado, da Academia e da Ordem dos Advogados, não contestada pelas associações de magistrados, de forma a confiar todas as tarefas executivas a um profissional liberal, sujeito ao poder geral de controlo do Juiz da execução.

Embora preparada pelo Ministro ANTÓNIO COSTA, só o XV Governo, através da Ministra CELESTE CARDONA, veio a publicar a Reforma da Acção Executiva (Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, publicado ao abrigo da Lei de Autorização Legislativa, Lei n.º 23/2002, de 21 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro).

As linhas orientadoras da Reforma podem indicar-se de forma sintética: «desjudicialização» do procedimento de execução, efectividade das medidas

1 Cfr. estes dados em M. Teixeira de Sousa, A Reforma da Acção Executiva, Lisboa, Lex, 2004, pág. 10. Ver os mesmos dados em A. Ribeiro Mendes, “Forças e Fraquezas do Modelo Português de Acção Executiva no Limiar do Século XXI – Que Modelo para o Futuro” (comunicação no Colóquio sobre o Processo Civil realizado em 27 de Maio de 2010 no Supremo Tribunal de Justiça e publicado no site deste).

de execução, acentuação do favor creditoris, imposição de responsabilidade do exequente por execuções indevidas, ampliação do dever de cooperação do executado e, por fim, preocupação com a transparência patrimonial”².

4. Como nos termos do art. 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 38/2003, a Reforma só se passou a aplicar aos processos instaurados após a entrada em vigor da Reforma (ou seja, após 15 de Setembro de 2003), passámos a conviver com os processos “velhos” (instaurados antes de 15 de Setembro de 2003 e, por isso, pendentes nesta data) e com os processos “novos”.

Era condição de êxito da Reforma a criação em várias comarcas com maiores pendências do País de juízos de execução, pois só assim se poderia esperar a resposta rápida aos requerimentos das partes ou do próprio solicitador da execução, de forma a que esses requerimentos, reclamações, impugnações ou pedidos de esclarecimento não entorpecessem a eficácia do modelo desjudicializado. O ideal da Reforma era que a execução pudesse totalmente correr sem qualquer intervenção do juiz de execução, embora este controlasse a legalidade das diligências executivas, quando solicitado para tal.

Sabe-se que não foi isto o que se passou na prática.

Como notou um jurista atento na época:

“Não obstante a profundidade das alterações introduzidas – que, em certa perspectiva, correspondem a uma refundação do processo executivo português –, faltou, nalguns aspectos, a reflexão crítica sobre o impacto que a importação de soluções legislativas desconhecidas tem no modelo da acção executiva que nos abandonou parcialmente no passado dia 15 de Setembro [de 2003]”³

2 Cfr. M. Teixeira de Sousa, a Reforma cit., págs. 13 e segs.

3 J. Tavares de Sousa, nota à 8.ª ed. do Código de Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 5-6.

E LEBRE DE FREITAS considerou que a não institucionalização de um número suficiente de juízos de execução comprometia seriamente o esperado êxito da Reforma(4).

5. Foi preciso esperar pelo XVII Governo Constitucional para que viessem a ser tomadas medidas de emergência para pôr termo a bloqueios da Reforma da Acção Executiva. Em Junho de 2005, foi elaborado o primeiro Relatório de Avaliação Preliminar da Reforma, a que se seguiram um Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais (2005) e um Manual de Boas Práticas para o Processo Executivo (2006).

Em 2007, o Observatório da Justiça publicava A Acção Executiva em Avaliação – uma Proposta de Reforma (vols. I e II), em que se formulavam várias propostas de solução que iam da mera alteração legislativa, até à criação de incentivos à extinção de processos executivos, passando pela adopção de regras de gestão e de boas práticas.

Foram instalados juízos de execução já criados em comarcas de grande movimento (Loures, Oeiras, Sintra, Guimarães).

Procurou-se pôr em dia os juízos de execução já criados e instalados, recuperando-se os atrasos na abertura de e-mails com requerimentos executivos. Disponibilizou-se mais tarde a aplicação Habilus para a apresentação do requerimento da execução, investindo-se fortemente na informática do Ministério da Justiça.

6. Ainda com o Ministro ALBERTO COSTA e impulsionado pelo Secretário de Estado JOÃO TIAGO SILVEIRA, foi publicado o Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, que já foi apelidado da “Reforma da Reforma da Acção Executiva”. Este diploma procurou, como resulta do seu preâmbulo, “tornar as execuções mais simples e eliminar formalidades processuais desnecessárias”.

4 In “Sub Iudice”, n.º 29 (2004).

A lei vigente é a que resulta da alteração do CPC por este Decreto-Lei n.º 226/08.

7. A medida mais emblemática, porventura, foi a de praticamente retirar as acções executivas dos tribunais judiciais, passando as mesmas a ser tramitadas nos escritórios dos agentes de execução (solicitadores ou advogados de execução). Os tribunais passam a servir de caixa de correio e de intermediário entre o exequente e o agente de execução, retirando-lhes competência para destituir o agente de execução. Em contrapartida, foi criado um organismo público, a Comissão para a Eficácia das Execuções (v. arts. 69.º-B a 69.º-F do Estatuto da Câmara dos Solicitadores, normas aditadas pelo Decreto-Lei n.º 226/08) para exercer o poder disciplinar sobre os agentes de execução.

Nesta Reforma da Reforma, revela-se algo preocupante a atribuição de poder de decisão de controvérsias jurídicas aos agentes de execução (v.g. arts. 804.º, 824.º, nos 4 e 5; 842.º-A, 875.º, n.º 4, 884.º-C, 936.º e 937.º do CPC, etc.) e a possibilidade atribuída ao exequente de livremente substituir o agente de execução (art. 808.º, n.º 6, CPC). Tal possibilidade foi criticada por LEBRE DE FREITAS, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, ELISABETH FERNANDEZ, AMÂNCIO FERREIRA e o Autor desta Intervenção⁵ para citar alguns juristas que se debruçaram sobre esta Reforma da Reforma da Acção Executiva. Como escreveu incisivamente a Prof.ª ELISABETH FERNANDEZ:

“... mais ainda nos preocupa [a apreciação pelo agente de execução de prova documental, art. 804.º, n.º 2, do CPC] no decorrente

5 () Vejam-se de Lebre de Freitas “Apreciação do Projecto de Diploma de Reforma da Reforma da Acção Executiva” na Revista da Ordem dos Advogados, ano 68 (1998), I, págs. 21 e segs.; de Mariana França Gouveia, “A Novíssima Acção Executiva – Análise das mais importantes alterações” in Revista da Ordem dos Advogados, ano 69 (2009), III/IV, págs. 566-601; de Elisabeth Fernandes, “A (pretensa) reforma da acção executiva”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 26, Abril/ Junho de 2009, págs. 18 e 34; de Fernando Amâncio Ferreira, Curso de Processo da Execução, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, págs. 5 e segs.; de A. Ribeiro Mendes, Sumários Desenvolvidos – Direito Processual Civil, Processo Executivo, 2009/2010, Fac. Direito da Universidade Nova, págs. 44 e segs.

da presente Reforma, pois que neste foi claramente reforçada a natureza de mandato da relação entre o exequente e o agente de execução, na medida em que este último pode ser livremente escolhido e substituído por aquele (art. 808.º, nos 3 a 6, do CPC). Duvidamos da imparcialidade, da isenção e da independência de um agente de execução relativamente ao qual o exequente dispõe de poderes de escolha e de permanência em função, tal e qual como duvidaríamos da imparcialidade, da isenção e de independência de um juiz que uma das partes pudesse livremente escolher-se substituir a seu bel-prazer [...]

Portanto, a lógica é só uma: afastar a execução do juiz, nem que para isso, quando dê jeito, algumas questões de índole jurisdicional tenham de ser decididas pelo agente de execução”⁶

8. De novo, por força das disposições transitórias, a maior parte das alterações ao Código de Processo Civil só entrou em vigor em 31 de Março de 2009 e tais alterações só passaram a ser aplicadas às acções executivas intentadas após 31 de Março de 2009.

Temos então execuções “velhas”, execuções “novas” e execuções “novíssimas”: convenhamos que não é fácil conviver com três versões do CPC, pelo menos, sucessivamente aplicáveis, em função da data de propositura da acção executiva. Vale a pena destacar algumas normas de direito transitório:

- As pessoas singulares que intentem acções executivas para cobrança de créditos não resultantes da sua actividade profissional podem em alternativa à designação de agentes de execução, requerer a escolha de oficial de justiça para a realização de funções de agente de execução (art. 19.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/08, de 20 Nov.; segundo o n.º 2 deveria haver uma revisão necessária após 2 anos de vigência, mas ignora-se se foi utilizada na prática e se vai ser objecto de revisão);

6 () “A (pretensa) reforma da acção executiva”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 26, Abril/Junho de 2009, pág. 27.

- Os processos de execução pendentes à data da entrada em vigor do presente Decreto-Lei e que estejam suspensos ou que se venham a suspender ao abrigo do n.º 6 do art. 833.º-B do CPC “extinguem-se por força da aplicação do n.º 6 do art. 833.º-B excepto se, no prazo de 30 dias contados a partir da data de entrada em vigor do presente decreto-lei ou da notificação da suspensão, se posterior, o exequente declarar por via electrónica que o processo se mantém suspenso” (n.º 5 do art. 20.º). Quando ocorre a extinção há dispensa do pagamento das custas processuais e de encargos que normalmente seriam devidos pelos exequentes, executados ou terceiros intervenientes, não havendo lugar à restituição de que já tiver sido pago, nem à elaboração da respectiva conta.

9. O Decreto-Lei n.º 226/08 previa ainda a criação da arbitragem executiva institucionalizada (arts. 11.º a 18.º do diploma), inovação que, de um modo geral, foi acolhida com críticas da doutrina e indiferença da prática. Até hoje mantém-se como letra morta, embora a Direcção-Geral de Política da Justiça tenha continuado a bater-se pela suaregulamentação⁷.

O mesmo se diga da inovação constante do art. 675.º-A do CPC, aditado pelo Decreto-Lei n.º 226/08 – pedido de execução imediata da sentença declarativa ainda não proferida e que tudo indica irá desaparecer no futuro.

Estas disposições revestem-se de um carácter emblemático, mas são difíceis de levar à prática, havendo justificados receios de que não sejam tão inócuas como parecem à primeira vista...

⁷ Relatório elaborado em Setembro ou Outubro de 2011 pela DGPI, na sequência do Relatório de Levantamento e Análise de Processos Pendentes em Curso (de autoria do Dr. Jorge Almeida, Junho de 2011).

II

PROBLEMAS PRÁTICOS DA ACÇÃO EXECUTIVA

10. Não obstante as esperanças do legislador, o Decreto-Lei n.º 226/08 não demonstrou até ao presente virtualidades de fazer diminuir as pendências de acções executivas. Pelo contrário, a situação vem-se crescentemente agravando.

Bastará dizer que, se em 2002, no seu último dia, estavam pendentes 516.780 (ou 611.500 acções executivas segundo a DGPJ), em 2005 atingiam 942.025, em 2008 ultrapassavam um milhão, em 2009 situavam-se nos 1.108.757 e em 31 de Dezembro de 2010 atingiam 1.186.390.

À primeira vista, o Decreto-Lei n.º 226/2008, foi instrumento inidóneo para alterar o status quo.⁸

Pode dizer-se que com a vinda do Ministro ALBERTO MARTINS, a prática forense se apercebeu da pouca simpatia do novo Secretário de Estado da Justiça JOÃO CORREIA para com as inovações legislativas do precedente Governo e que se convenceu que haveria um segundo diploma da Reforma da Reforma que se afastaria da desjudicialização elevada da Reforma de 2008.

Para tal contribuiu a elaboração por uma Comissão da Reforma do Processo Civil, de um novo articulado (Outubro de 2010).

A saída do Secretário de Estado JOÃO CORREIA, levou a uma “revivescência” da Reforma de 2008.

A entrada em funções do XIX Governo Constitucional teve como resultado o renascimento da anterior Comissão de Reforma, devendo aguardar-se pelo termo do seu “mandato” relativamente às propostas a formular quanto à

8 No Relatório da DGPJ aludido na nota anterior refere-se secamente que “os resultados negativos de 2009 podem ter ficado a dever-se à conjugação de um conjunto de medidas/reformas [...] empreendidas nesse ano que, por insuficiências de meios de diversa ordem, acabaram por contribuir para o agravamento da situação existente” (pág. 12).

acção declarativa e à acção executiva.

11. Não pode deixar de se dar razão ao Relatório da DGPJ quando alude ao problema das falsas pendências, onde se englobam as execuções suspensas por acordos de pagamento; acções em que o exequente não pagou os honorários do agente de execução; acções em que não foram identificados bens; mais discutivelmente, acções intentadas unicamente para recuperação de IVA, etc.).

Não parece, todavia, que essa “falsa” pendência tenha relevância elevada, fora do domínio das Estatísticas da Justiça e das preocupações de relato periódico pelo Ministério da Justiça à chamada Troika. De facto, é de supor que os tribunais, as partes e seus mandatários e os agentes de execução não percam muito tempo com esses processos parados...

12. Importa, porém, enunciar algumas questões que condicionam a resolução dos muitos problemas práticos que a Reforma da Acção Executiva foi acumulando.

Previamente cabe acentuar que existem duas realidades bem distintas no nosso País e que convém ter presente. Há por um lado, um conjunto de comarcas do Litoral (com especial relevo para as comarcas da Grande Lisboa e do Grande Porto) em que os fenómenos de concentração de litigância executiva estão bem representados e onde, 55% dos processos de execução pendentes em 31 de Dezembro de 2010 (em número superior a 600.000) estão localizados em apenas 24 tribunais de 11 comarcas (10 do litoral do continente; a 11.ª do Funchal) – sendo certo que 8 desses tribunais, num conjunto de 283 registados na aplicação informática, concentram 50% dos processos pendentes. Em tais tribunais, 54 agentes de execução (de um universo que não atinge 1000 pessoas, contando cerca de 500 ou 600 solicitadores de execução activos e mais 230 novos agentes de execução) estão nomeados em relação a 50% das execuções (sendo certo que só os 12 maiores estão nomeado em 27% das execuções), ao passo que 20 exequentes “profissionais” (repeatplayers) con-

centram 25% de todos os processos.⁹

Existe, por outro lado, um conjunto de tribunais que é numericamente maioritário e em que só esporadicamente aparecem exequentes de grande dimensão, desenrolando-se o processo executivo em moldes diversos.

13. Convém, porém, ter em mente que as questões que se vão enunciar vão ser relevantes para ambos os grupos de tribunais e para todos os processos executivos numa nova intervenção legislativa que venha porventura a fazer-se.

Tentar-se-ão brevemente indicar as seguintes questões:

a) Dever-se-á manter a tramitação fora do tribunal que o Decreto-Lei n.º 226/2008 consagrou?

b) Dever-se-á manter a possibilidade de o exequente destituir livremente o agente de execução como agora está previsto, e do mesmo modo manter a solução de o juiz não poder destituir o agente de execução com justa causa?

c) Dever-se-á manter a competência do agente de execução para decidir, nos termos da lei, quais os processos que deve submeter a despacho liminar do juiz, com a manutenção igualmente da competência do juiz para aplicar multas ao agente de execução que indevidamente peça a respectiva intervenção?

d) Dever-se-á manter a forma unitária de processo de execução para pagamento de quantia certa (embora haja diversificadas subtramitações) ou, pelo contrário, distinguir radicalmente a execução da sentença da execução de outros títulos extrajudiciais, em termos de as primeiras deverem ser executados no tribunal onde se acha o processo declarativo (no incidente de liquidação de condenação genérica ou nos próprios autos de acção declarativa),

⁹ Todos estes dados estatísticos constam de um completo relatório do Dr. Jorge Ferreira, à data presidente do Grupo Dinamizador de Detecção e Liquidação de Processos de Execução (GDLE), apresentado em 14 de Junho de 2011.

conforme consta do Programa de Governo do XIX Governo Constitucional?¹⁰

e) Dever-se-á manter a equiparação da injunção à sentença judicial, no que respeita aos fundamentos de oposição, atendendo a que a mesma injunção é o título executivo mais frequente hoje (44% do total)?

f) Dever-se-á restringir o elenco dos títulos executivos negociais, nomeadamente no que toca aos documentos particulares, limitando a sua exequibilidade?

g) Dever-se-á admitir uma forma abreviada de execução para os títulos extrajudiciais mais seguros (injunções; títulos cambiários; documentos autênticos e autenticados; notariais ou exarados por entidades competentes para o efeito)?

h) Dever-se-á simplificar a regulamentação da fase liminar da execução para pagamento de quantia certa, eliminando as dúvidas interpretativas que resultam dos actuais arts. 812.º-C a 812.º-F do CPC?

i) Dever-se-á de algum modo permitir na execução singular uma renegociação global dos créditos exercidos contra o executado, quando todos os credores se encontrem no processo executivo (credores comuns e credores preferenciais, sobretudo hipotecários)?

j) Dever-se-á tornar mais eficaz a penhora de saldos bancários, à semelhança do que ocorre com as execuções fiscais?

k) Dever-se-ão manter os regimes processuais diversificados consoante o momento da propositura da acção executiva?

10 Importa notar que a injunção com aposição de fórmula executória é de longe o título executivo mais frequente (44% do total de acções pendentes em 31/12/2010, 472.799 acções), seguindo-se os títulos cambiários (26%), só aparecendo em 3.º lugar as sentenças (12%). Os documentos particulares são bastante frequentes (9%), situando-se os documentos autênticos e autenticados em apenas 4%. Cfr Relatório do Dr. Jorge Almeida cit., pág. 45.

III

AS RESPOSTAS DA COMISSÃO PARA A ELABORAÇÃO DE PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO AO CÓDIGO

14. Em 2010, a Comissão de Reforma do Processo Civil¹¹ deu resposta a grande parte destas questões, ao elaborar um articulado de revisão do Código de Processo Civil em matéria de acção executiva.

Decididamente, considerou que a opção do Decreto-lei n.º 226/2008 era substancialmente correcta quando tinha feito transitar os processos executivos da secretaria judicial para o escritório do agente de execução, sobretudo quando os títulos dão fortes ou mais “seguros” (maxime, sentenças judiciais, injunções ou títulos particular em que o valor das dívidas exequendas não ultrapasse o dobro da alçada dos tribunais de 1.ª instância.

Entendeu igualmente que a opção pela solução desjudicializada de 2003 devia ser mantida e aprofundada, não havendo condições para voltar ao modelo de execução integralmente pública que provinha do Código de Processo Civil de 1876 e fora acolhido nos Códigos de 1939 e de 1961.

15. No que toca aos títulos executivos, procurou restringir a exequibilidade dos documentos particulares não legalizados, exigindo que decorresse do documento particular assinado pelo devedor, de forma expressa e inequívoca, a constituição ou o reconhecimento da própria obrigação exequenda; no caso de ser pecuniária, seria necessário “que o seu montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético, de acordo com as cláusulas constantes do documento” (art. 46.º, n.º 1, alínea d)).

11 Composta pelo Cons. Lopes do Rego, o Bastonário Castro Caldas, os Profs. Doutores Miguel Teixeira de Sousa e J. P. Remédio Marques, o Desembargador Abrantes Geraldês, o Advogado Dr. Paulo Pimenta, a Juíza Dr.ª Gabriela Rodrigues, o Procurador-Adjunto João Alves, além do Autor destas linhas, sob a presidência do então Secretário de Estado Dr. João Correia.

16. Relativamente à tramitação, a Comissão propôs voltar à solução da Revisão de 1995-1996, distinguindo a forma ordinária da sumária (abreviada) reservando esta para a execução de sentença judicial ou arbitral, de requerimento de injunção com fórmula executória e em título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida cujo o valor não excedesse o dobro da alçada do tribunal de 1.^a instância (€10.000). Nos restantes casos caberia acção ordinária, ficando todavia excluídas da acção sumária três situações particulares (casos dos arts. 803.º e 804.º, necessidade de liquidação da obrigação exequenda, quando tal liquidação não dependesse de mero cálculo aritmético; quando, havendo título executivo extrajudicial contra um dos cônjuges, o exequente alegasse a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo).

Tudo indica que a execução de sentença deixará de se fazer em verdadeiro processo de execução, face ao que consta do Programa do XIX Governo Constitucional. A ser assim, perderá qualquer utilidade o disposto no art. 675.º-A do CPC, aditado pelo DL n.º 226/2008 (aliás, a Comissão propôs a sua revogação ainda em 2010).

17. No que toca ao novo modelo, a forma sumária pressupõe que a penhora anteceda a citação do executado (art. 924.º, n.º 3), salvo quanto às execuções previstas nos termos do art. 465.º, n.º 2, alínea c), em que a penhora de bens imóveis, de estabelecimento comercial, de direito real menor que sobre eles incide ou de quinhão em património que os inclua só pode realizar-se depois da citação do executado, mediante despacho judicial (art. 924.º, n.º 4).

Na forma ordinária – que será sempre residual, atendendo ao valor médio da esmagadora maioria das execuções pendentes, em que não é ultrapassada a quantia dos €5.000 (62% dos processos executivos entrados nos tribunais tinham valor inferior a €5.000), e aos títulos executivos mais seguros que abrem a via do processo sumário – haverá sempre tramitação pelo tribunal, podendo a secretaria recusar o requerimento inicial, e existirá sempre despacho liminar (art. 812.º) e, em princípio, haverá citação prévia, salvo se o tribunal a dispensar a requerimento do exequente (arts. 812.º e 812.º-A). O agente de execução só exerce funções na fase da penhora e nas subsequentes.

Deve notar-se que a Proposta da Comissão acolhe a norma transitória do Decreto-Lei n.º 226/2008, permitindo que os particulares peçam que a execução corre na secretaria a cargo de oficial de justiça quando os créditos não provenham de actividade profissional, salvo tratando-se de trabalhadores por créditos laborais, com um limite máximo de valor.

18. A solução proposta quanto à tramitação na fase inicial das acções executivas ordinárias e sumárias põe termo a regulamentação pouco clara constante dos arts. 812.º-C a 812.º-F do CPC, aditados pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, onde, como foi posto em relevo pela doutrina, não é líquido qual a regra geral em matéria de citação e de despacho liminar. A obscuridade da regulamentação contribui para que a discricionariedade dos agentes de execução aumente, criando-se insegurança para os exequentes e, sobretudo, para os executados.

A regulamentação proposta parece ser agora clara:

- nos processo ordinários – que são, repete-se, estatisticamente muito menos numerosos – há sempre despacho liminar e, em regra, citação prévia em relação à penhora;
- nos processo sumários, os processos correm fora do tribunal e o agente de execução tem a obrigação de suscitar, nos termos do art. 809.º, n.º 1, alínea d), a intervenção do juiz, quando se lhe afigure provável a ocorrência de alguma das situações que dão origem a indeferimento liminar do requerimento executivo ou a despacho de aperfeiçoamento. Não detectando nenhuma dessas situações, deve iniciar as diligências de penhora (art. 924.º, n.º 3)

19. No que toca à situação dos agentes de execução, os dados conhecidos mostram que se mantêm pendentes milhares de processos disciplinares

na Câmara dos Solicitadores instaurados contra solicitadores de execução¹², sendo a larga maioria respeitante a imputações de conduta negligente destes profissionais.

A partir da criação da Comissão para a Eficácia das Execuções, a competência disciplinar passou para este órgão e a situação melhorou no que toca ao exercício do poder disciplinar, mas faltam técnicos para instruir os processos. Por outro lado, tem havido ilícitos disciplinares graves que correspondem a condutas criminosas.

Face a esta situação, considerou-se desajustada na Comissão a supressão da competência do juiz de execução para destituir de imediato o agente de execução negligente, obrigando-o a restituir as importâncias recebidas do exequente (art. 808.º-A, n.º 4, do CPC).

Daí que a Comissão tivesse proposto a restauração do poder geral do controlo do processo executivo (art. 809.º, n.º 1, do CPC).

20. Por outro lado, propôs a Comissão a supressão da maior parte das competências da natureza jurisdicional que tinham sido transferidas para o agente de execução pelo Decreto-lei n.º 226/2008, procurando evitar futuros recursos em matéria de constitucionalidade.

Pese embora o risco de atraso de alguns processos executivos com a ida do processo ao juiz, considerou-se preferível tal risco a desjudicializar em grau elevado o processo executivo, com o risco das prepotências e tiranias dos titulares de pequenos poderes (cfr. nova redacção proposta para os arts. 804.º, n.º 3; art. 824.º, n.º 5; art. 842.º-A; 856.º, n.º 6; 886.º-C).

Existe aqui uma verdadeira Contra-Reforma, tendo prevalecido o entendimento de que a reserva do juiz excede em muito os procedimentos incidentais de natureza declarativa e a autorização para a entrada na residência do

12 () Amâncio Ferreira, no prefácio à 13.ª ed. do seu Curso de Processo de Execução, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 7, alude a 8000 processos pendentes na Câmara dos Solicitadores. Ver ainda o Programa da Acção e Linhas de Orientação da Comissão para a Eficácia das Execuções 2009/2012 págs. 27 e segs.

executado, entendimento minimalista que resulta da opção do legislador de 2008 ao prever a arbitragem institucionalizada.

21. Telegraficamente, chamar-se-á a atenção ainda para algumas das soluções adoptadas pela Comissão e que respondem a parte das interrogações atrás elencadas:

- Deve permitir-se na execução singular uma renegociação global de todos os créditos exigidos neste processo (Art. 885.º-A do projecto) de forma a evitar, na medida do possível, a apresentação do executado à insolvência;
- Deve facilitar-se a penhora de saldos bancários, suprimindo-se o prévio despacho judicial, por ser constitucionalmente inexigível (art. 861.º-A). Estranhamente, o Decreto-Lei n.º 226/2008 manteve essa formalidade, apesar das críticas generalizadas à solução;
- Deve permitir-se limitadamente a invocação na oposição à execução baseada em injunção de factos extintivos ou modificativos da obrigação, anteriores à notificação do requerido, só sendo admissível tal dedução “se, no procedimento de injunção, o executado tiver sido impedido de deduzir oposição por motivo de força maior ou devido a circunstâncias excepcionais” (art. 926.º). Abre-se, assim, uma porta, ainda que estreita, que contrasta com a inflexibilidade do actual art. 814.º, n.º 2;
- No que toca à aplicação no tempo do diploma que vier, porventura, a resultar do trabalho da Comissão, procurou aplicar-se as inovações

às execuções novas e novíssimas, deixando de fora do seu âmbito as execuções instauradas antes da Reforma de 2003, submetendo a tramitação desenvolvida após a entrada em vigor deste diploma às suas regras (arts. 4.º e 5.º)

Não foi proposta a alteração das multas aplicáveis pelo juiz aos agentes de execução, por se considerar que tal poderia dar um sinal de facilitismo.

IV

CONCLUSÃO

22. Enquanto membro da Comissão de Reforma do Processo Civil que levou a cabo a preparação de um projecto da alteração ao Código de Processo Civil, pareceu-me importante expor, de forma serena, nesta Reunião alguns dos problemas suscitados pelo direito vigente (sobretudo a partir da publicação do Decreto-Lei n.º 226/2008) e as respostas que foram dadas.

Foi dito que esta Comissão, ao elaborar o seu relatório e proposta de articulado, não referira “qualquer base científica para as propostas efectuadas” (crítica da Comissão para a Eficácia das Execuções).

Não importa saber se a crítica é procedente.

Importa explicar as razões de política legislativa que levaram uma Comissão independente, integrado por diferentes profissionais com alguns anos de experiência como professores universitários, juizes dos diferentes tribunais, advogados e representante do Ministério Público, a convergir nas soluções apontadas.

A Comissão preocupou-se ainda com a clarificação do estatuto do agente de execução e a configuração da Comissão para a Eficácia de Execuções, elaborando propostas legislativas que foram apresentadas em devido tempo e sujeitas à discussão pública.

Não tendo o dom da infalibilidade, a Comissão apresentou um projecto baseado, em última análise, numa certa leitura da Constituição e numa certa ponderação de soluções tidas por ineficazes.

Importa submeter ao juízo críticos dos profissionais aqui reunidos as propostas brevemente referidas, esperando incentivá-los a ler o articulado apresentado em 12 de Outubro de 2010 e que, também ele, renasceu por obra e graça do XIX Governo Constitucional.

“À TIPICIDADE LEGAL DAS FORMAS DE PROCESSO: FIM À VISTA?”¹

I JORNADAS DE PROCESSO CIVIL

Agradeço o honroso convite que me foi dirigido pelo Ex.mo Senhor Juiz do Tribunal Judicial da Comarca de Valpaços, Dr. José Esteves, para estar presente nas *I Jornadas de Processo Civil*.

Nestes tempos, em que se estão a desenhar novas reformas de processo civil, é um privilégio poder contribuir para o debate. Não trago, porém, certeza alguma, só interrogações.

As vozes, que se erguem para edificar um novo paradigma de processo civil, apregoam a rigidez do seu formalismo como uma das causas da morosidade da justiça. Invoca-se a necessidade de uma tutela diferenciada, eficaz e célere e alega-se que a satisfação da mesma enfrenta obstáculos na tramitação pré-estabelecida. Numa perspectiva europeia, ganha particular atenção a ideia de “acelerar a tutela jurisdicional mediante um processo de cognição plena elástico, que remete o desenvolvimento preferível, no caso concreto, às determinações discricionárias do juiz”².

Na realização da tutela célere e eficaz, perspectivam-se como insuficientes tanto a criação de processos simplificados e de novos tipos de tribunais com diferentes formas de julgar (os julgados de paz), como a aposta nos mecanismos alternativos da arbitragem e da mediação. Será a quebra do princípio da legalidade das formas processuais a solução para alguns dos problemas da ineficácia do sistema judicial?

1 O presente texto serviu de base à conferência proferida no âmbito das *I Jornadas de Processo Civil* ocorridas em Valpaços nos dias 5 e 6 de Novembro de 2011.

2 Cfr. Remo CAPONI, «Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex Art. 702-Bis C.P.C.», in *www.judicium.it.*, p.7.

Note-se que o nosso Código não é alheio a uma flexibilização da tramitação, pois a Reforma do Processo Civil, nos anos 1995/96, consagrou o princípio da adequação formal (cfr. Artigo 265.º-A³). Conferiu-se poder ao juiz para ajustar o procedimento previsto na lei sempre que este não se adequa às especificidades da causa. Reduziu-se o número de processos especiais (partiu do princípio “de que só devem subsistir como processos especiais aqueles cuja tramitação comporte desvios ou particularidades significativos que desaconselhem a recondução à matriz do processo declarativo”⁴) e, em conformidade, apostou-se na elasticidade da tramitação legal.

Numa promoção de activismo judicial entendeu-se que estava chegado o momento em que a fixação da sequência de actos devia passar também a ser apanágio do juiz. Encarou-se como insuficiente a “flexibilidade” que, por vezes, a própria lei acolhe, fixando a possibilidade de não realização de determinados actos ou a dispensa de certas fases fundadas em razões objectivas. A lei prevê, por exemplo, a dispensa de audiência preliminar (artigo 508.º-B) ou a prerrogativa de não elaborar a selecção da matéria da causa dada a simplicidade desta (cfr. artigo 787.º, n.ºs 1 e 2).

Será legítima a dispensa de actos/fases processuais que estão previstos na lei⁵, não se circunscrevendo o juiz a alterar a ordem ou sequência? Que actos estão na esfera da indisponibilidade por contenderem com princípios da “ordem pública processual”⁶? Serão apenas aqueles actos de carácter

3 Todos os preceitos legais, sem a indicação da sua proveniência, entendem-se como pertencentes ao Código Processo Civil.

4 Preâmbulo do DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

5 Dever-se-á perspectivar a audiência preliminar como uma fase obrigatória? Se esta opção se justifica devido à importância, em nome do contraditório e da cooperação, de um contacto entre o juiz e as partes, quer-me parecer mais razoável “antecipar” a audiência para um momento útil de definição e de conformação da instância, tal como está previsto no Código Processo de Trabalho.

6 O jurista brasileiro, Leonordo Greco (cfr. “Os Atos de Disposição Processual -Primeiras Reflexões”, *Revista Electrónica de Direito Processual Civil*, 1.ª edição, Rio de Janeiro, 2007, in www.revistaprocessual.com, p. 11) caracteriza “ordem pública processual” como “o conjunto de requisitos dos actos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a protecção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes”. Note-se que entre os princípios indisponíveis elenca “um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público” (cfr. *ob.loc.cit.*)

puramente processual, ou seja que interferem na gestão e organização da actividade judicial (actos/fases de mero expediente), sem contenderem com a apreciação do mérito?

Recorde-se uma hipótese analisada no âmbito do *Regime Processual Experimental*: numa acção de impugnação da paternidade, o juiz recusou a inquirição das testemunhas por existir um outro meio de prova (exame científico) a atestar a exclusão da paternidade⁷. Nestas circunstâncias, entendo que o Tribunal não pode dispensar a produção de prova testemunhal perante um “juízo de valoração antecipado” (antes do julgamento da matéria de facto) da prova pericial, desrespeitando as regras e o procedimento de formação da convicção judicial sobre a realidade de factos atinentes ao mérito. A prova pericial está sujeita à livre apreciação (cfr. artigo 389.º do CC) e o juízo sobre a mesma terá de ser confrontado com os demais meios de prova, devendo o tribunal fundamentar a desvalorização, se for o caso, dos depoimentos testemunhais (artigo 653.º, n.º 2).

E em que momento o juiz deve fixar a tramitação alternativa, acautelando-se a exigível previsibilidade da sequência de actos?

Será que a estipulação de um procedimento especial, atendendo à matéria em causa, por parte do legislador, “esgota” as potencialidades do exercício da adequação por iniciativa judicial? Ou seja, quais são os factores que o juiz deve ponderar para adequar a tramitação?

São indesmentíveis as exigências e dificuldades colocadas ao juiz nesta “actividade criativa”. Qualquer adaptação da matriz legal não pode olvidar as notas identificadoras de uma forma de processo. Esta disciplina a actividade do juiz e, não menos importante, determina quando e como as decisões atingem estabilidade. Não se traduz numa mera sequência de actos, coordenados entre si, mas acarreta a fixação de preclusões, deveres, ónus dos sujeitos processuais⁸. A modelação dos esquemas processuais envolve ponderação de valores como

7 Cfr. Relatório Preliminar, www.citius.mj.pt, p. 25.

8 Ponto bem sublinhado na obra de referência, sobre o formalismo processual, do jurista brasileiro Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (cfr. *Do formalismo no processo civil*, 2.ª ed, Editora Saraiva, 2003, expressamente pp. 6, 7, 111 e 112).

segurança, economia processual, contraditório, imparcialidade e igualdade de armas. Não se trata, por conseguinte, de uma técnica, de natureza instrumental, cuja utilização possa ser autonomizada das garantias inerentes a um processo equitativo.

O *due process* não impõe uma forma rígida e tipificada (em nome de uma eficaz justiça de mérito), mas pressupõe a ideia de um “processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais”⁹. Estes parâmetros não deixarão de reprimir os ajustamentos que o juiz queira infligir à tramitação. Algumas decisões dos nossos tribunais, que irei mencionar, ilustram bem esta “repressão”, demonstrando o muito que ainda tem de ser feito para se extrair todas as pretensas potencialidades daquele princípio.

De qualquer modo, algumas vantagens desta flexibilização parecem evidentes, quando tomamos em consideração as situações em que é a própria lei a remeter para o princípio da adequação formal. Em hipóteses em que não seria admissível, por incompatibilidade das formas de processo, uma coligação (artigos 31.º, n.º s 2 e 3), reconvenção (n.º 3 do artigo 274.º) ou cumulação de pedidos (n.º 1 do artigo 470.º), a adequação judicial revela-se pertinente e eficaz (como foi bem salientado no estudo, feito aquando da Reforma, por Pedro Madeira de Brito¹⁰), valorizando-se a economia que decorre da apreciação conjunta de mais do que um objecto processual. O juiz só não autoriza a cumulação se as tramitações em causa forem manifestamente incompatíveis e não se verificarem efectivas vantagens (ou necessidade) num julgamento conjunto.

9 Cfr., a propósito das notas identificadoras de um processo equitativo, J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2007, artigo 20.º, anotação XI. Nestes termos, são pertinentes as dúvidas de Thomas Rauscher/Karl Günther Deubner (*Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 3.ª ed., Verlag C.H.Beck, § 495a, anotação 13) sobre a concretização possível do poder de livre conformação da forma processual permitida pelo § 495a ZPO. Estes autores alertam para a fiscalização constitucional apertada em matéria de respeito dos princípios processuais (tutelados na lei fundamental) geradora de entraves a um grande afastamento das regras gerais (Os § 355 a 455 do ZPO estão, teoricamente, no âmbito do poder de conformação judicial).

10 Cfr. “O novo princípio da adequação formal”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, 1997, pp.31 e ss.

No caso de ser formulada reconvenção no âmbito de um processo especial, a exigência de uma compatibilização das formas de processo está apaziguada, tendo em conta o facto de muitas tramitações especiais seguirem forma de processo comum, uma vez deduzida oposição ou contestação (cfr. por exemplo, artigos 1029.º, n.º 1, 1132.º, n.º , e 1053.º, n.º 3).

Repare-se que, nestes casos de funcionamento, *ex lege*, do poder de adequação judicial, os termos em que é concretizado não estão isentos de dúvidas. Desde logo, notam-se as dificuldades emergentes da falta de articulação do regime deste princípio com as demais regras que regem as diversas fases processuais. Será pertinente equacionar-se o momento oportuno da intervenção do juiz. Este terá de se pronunciar sobre a admissibilidade da cumulação e, em caso de resposta afirmativa, deverá poder compatibilizar as formas processuais numa fase em que ainda se acautela a eficiência e economia processuais.

Nestas situações de cumulação de pretensões, cuja apreciação simultânea é solicitada na petição, o princípio da adequação formal não pode deixar de abarcar toda a sequência de actos. A aplicação tempestiva do mesmo pode ser um meio de restringir ou de ampliar o número daqueles que são legalmente permitidos. Logo, impor-se-ia logicamente uma intervenção precoce do juiz¹¹ e aí cumprir-se-ia o requisito da audição das partes. Perante o papel influente que as partes exercem no processo, em nome de uma contraditoriedade ampla e “trilateral”, a adequação judicial está submetida inelutavelmente à audição prévia das partes (cfr. artigo 265.º-A). Previne-se, deste modo, tanto um “despacho surpresa” (artigo 3.º, n.º 3) como se assegura o direito a um processo previsível¹². Sabendo “o que vai acontecer” no procedimento, as partes modelam a sua actuação de acordo com os deveres, ónus e prazos que emergem da “tramitação sucedânea”.

11 Como advertiu Pedro Madeira de Brito (cfr. *ob.cit.*, pp.52 a 54).

12 *Vide*, referindo, no contexto do dever de gestão processual (artigo 2.º do Dl n.º 108/2006), o direito a um processo previsível, Paulo Duarte Teixeira, in *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão processual*, Cejur, Março 2008, p.36.

Em síntese, sempre que as “especificidades da causa” justifiquem uma nova sequência ordenada de actos para todo o procedimento - e não apenas a “modelação” de uma só fase processual – a intervenção do juiz deve ocorrer num momento inicial. Por que razão não se adopta o benquista regime dos artigos 54.º a 56.º do Código de Processo de Trabalho¹³? Nestes preceitos prevê-se a intervenção liminar do juiz (após a petição ter sido apresentada, mas antes da contestação), com audiência das partes, num momento crucial para a configuração de fases subsequentes.

Quanto à audição prévia, acrescento apenas a nota de que a mesma está distante da “contratualização” do procedimento¹⁴, tal como é admitida no âmbito da arbitragem voluntária¹⁵. Logo, a circunstância de se ouvir os

13 A propósito da audiência de partes, no preâmbulo do Código de Processo de Trabalho (DL n.º 480/99, de 09 de Novembro) esclarece-se que “não se pense, contudo, que se trata de qualquer recuperação de experiências antigas, de resultados nefastos, designadamente da tentativa prejudicial de conciliação, ou que essa audiência tem como único objectivo a tentativa de conciliação das partes. Ao invés, ela visa também contribuir para a simplificação da tramitação e para a rápida definição do verdadeiro objecto do processo, funcionando como primeira e decisiva fase de saneamento e como factor de diminuição da trama burocrática inerente a qualquer processo, permitindo, na maioria dos casos, estabelecer praticamente *ab initio* o agendamento de todos os posteriores actos processuais, com conhecimento imediato de todos os intervenientes, assim se evitando a necessidade de múltiplos despachos de simples expediente do juiz e minorando a intervenção da secretaria”.

14 No sistema processual francês, por efeito do Decreto n.º 2005-1678 de 28 de Dezembro de 2005, que alterou a redacção do art. 764 do *Nouveau Code Procedure Civile*, foi admitida a estipulação dos “calendriers de procédure”, por iniciativa do juiz da “fase instrutória” (*judge de la mise en état*), com prévio acordo das partes. Esta “contratualização” assegura a previsão e controle do “tempo do processo” pelas partes. *Vide*, numa análise do regime, Jacques Héron/Thierry Le Bars, *Droit Judiciaire Privé*, 3.ª ed, ed. Montchrestien, pp.344 e 345.

15 Se as partes não o fizerem, essa missão será prerrogativa dos árbitros (cfr. 15.º, n.ºs 1 e 3 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto). Na nova lei de arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro de 2011), no seu n.º 2 do artigo 30.º, prevê-se que as partes possam acordar sobre as regras de processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do mesmo preceito e pelas normas imperativas constantes do diploma. No caso de as partes não chegarem a acordo, a nova lei concede ao tribunal arbitral o poder de “conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente” (cfr. n.º 3 do artigo 30.º). O exercício deste amplo e impreciso “poder de adequação formal” não poderá deixar de respeitar a garantia de

litigantes antes de adequar judicialmente a tramitação não deve precluir a recorribilidade do despacho de adequação sempre que este se imiscuir no equilíbrio processual dos litigantes, extravasando, por conseguinte, a esfera dos despachos irrecorríveis (cfr.679.º)¹⁶.

Fora destes casos em que é a própria lei a remeter para o princípio, quais os elementos que devem servir de referência na concretização do conceito indeterminado “especificidades da causa” constante do artigo 265.º-A? Poderá o juiz decidir que a causa, com forma sumária, siga a forma ordinária dada a complexidade do litígio¹⁷? Ou, ao invés, será legítima a adopção da tramitação sumária numa acção, com forma ordinária, mas de resolução simples? Que estatuto merecerá o valor da causa como critério de apuramento da forma de processo? A sua desvalorização impelirá inelutavelmente para a previsão

previsibilidade do procedimento sob pena de ser uma fonte inesgotável de insegurança jurídica.

- 16 A. Santos ABRANTES GERALDES chamou a atenção para o facto de ao aumento dos poderes do juiz (cfr. artigos 265.º e 265-A) não ter correspondido um aumento de “confiança” na capacidade dos juízes, mantendo-se incólumes os casos em que está vedado recurso (cfr. artigo 679.º), não havendo muitos actos do juiz que escapem ao mecanismo geral de impugnação (cfr. «Processo especial experimental de litigância de massas», *Novas Exigências do Processo Civil: Organização, Celeridade e Eficácia*, Coimbra Editora: 2007, pp.153 e ss, sobretudo p. 165). Pedro Madeira de BRITO sufraga que a decisão do juiz, que pressuponha o exercício dos poderes de adequação formal ao abrigo do artigo 265.º-A CPC, não é sindicável quanto “à decisão sobre se deve adequar ou não quando o faça officiosamente, mas quando decida adequar, o conteúdo positivo da decisão é susceptível de recurso” (cfr. *ob.cit.*, p.69)
- 17 No direito brasileiro permite-se a conversão do procedimento sumário em ordinário na sequência de impugnação do valor da causa, de controvérsia em torno da natureza da demanda susceptível de ser submetida a procedimento sumário (cfr. Art. 275 II) e de necessidade de prova pericial complexa – cfr. Art. 277, §§ 4º e 5º do CPC. *Vide*, numa análise desta hipótese de “flexibilidade procedimental legal alternativa”, Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental- Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, Editora Atlas, 2008, pp. 158 a 160. No Anteprojecto do novo Código de Processo Civil (art. 107, V) confere-se ao juiz o poder “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. *Vide*, entre outros estudos, numa defesa da adaptabilidade do procedimento por via judicial, Fredie Didier Júnior, *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*, in www.abdpc.org.br/; e, exigindo a justificação da medida de adequação, a observância do contraditório e a motivação, Fernando da Fonseca Gajardoni, *ob.cit.*, essencialmente pp. 87 a 95.

legal de tramitação unitária, cuja adequação será feita caso a caso, gerando milhares de processos especiais.

Equaciono também se será legítimo alterar a sequência legal, no caso de se suscitar a necessidade de antecipar a apreciação de certa questão, em nome de uma provável economia de actos. Como exemplo de uma interessante aplicação do princípio, invoque-se aquela acção em que se alterou a programação processual, antecipando a inquirição de testemunhas sobre uma controvertida excepção de caducidade¹⁸. Em vez de relegar a sua apreciação para final, ao abrigo do n.º 4 do artigo 510.º, o juiz procedeu à inquirição das testemunhas arroladas sobre a matéria da excepção logo na fase subsequente aos articulados. A excepção foi declarada improcedente. No caso concreto, a adequação não surtiu efeitos vantajosos na economia do processo. Deve exigir-se um “juízo de prognose” no sentido de ser provável a procedência de alguma questão prejudicial como critério justificativo da alteração da tramitação? Em que termos deve o juiz fundamentar a oportunidade do despacho de adequação?

Invoco ainda uma outra hipótese em que podia ter sido problematizada a aplicação do princípio da adequação. Num âmbito de uma acção, muito complexa, que versava sobre uma compra de imóvel com inúmeros defeitos, o juiz tentou obter a conciliação das partes na audiência preliminar, mas o réu alegou que somente depois da prova pericial estaria apto a equacionar tal via. Deveria o juiz ter antecipado a apreciação da prova pericial ao abrigo do princípio da adequação, suspendendo os demais termos da instância, tendo em vista os “frutos” que podiam derivar da alteração da tramitação?

Perante as dúvidas persistentes no âmbito e limites de aplicação deste princípio, o que legitimará um avanço para uma nova reforma da lei processual civil com o incremento de poderes de gestão processual¹⁹?

18 Exemplo referido no estudo “O poder de gestão no processo experimental”, de Paulo Duarte Teixeira, in *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão processual*, cit., p.31

19 Como já está consagrado no artigo 2.º do DL n.º 108/2006, de 8/6 (*Regime Processual Experimental*). Este preceito determina que o juiz deve adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir (alínea a)), garantir que não são praticados actos inúteis (alínea b)) e adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei – (alínea c)).

A “importação” de um poder de gestão processual inspirado no “*Active Case Management*” do sistema inglês²⁰ não pode ignorar os pressupostos deste, nomeadamente o pendor marcadamente jurisprudencial do Direito²¹.

É notória a ausência de um profundo debate dogmático sobre a validade de transposição, total ou parcial, de um mecanismo característico de um regime de *Common Law*, totalmente alheio à nossa tradição. De qualquer modo, vasculhei a densificação jurisprudencial que tem sido imprimida ao princípio da adequação formal.

Após mais de uma década de vigência deste princípio, que agilização foi imprimida ao processo ao abrigo do mesmo? Uma rápida leitura da jurisprudência permitiu aferir a insuficiente concretização, ou mesmo incorrecta, invocação do princípio da adequação formal.

Veamos um caso em que foi invocado desnecessariamente o princípio da adequação. No âmbito de uma acção de dívida, o Autor/vendedor fez intervir na acção, através do incidente da intervenção principal provocada (ao abrigo do n.º 2 do artigo 325.º), o devedor “alternativo”, depois de, na contestação, o Réu, alegadamente comprador de mercadorias, ter suscitado fundadas dúvidas, acerca da identidade do verdadeiro devedor/comprador. A Relação do Porto²² pronunciou-se sobre a admissibilidade da intervenção e sufragou que o direito de provocar a vinda do devedor alternativo emerge dos princípios adjectivos da adequação formal e da economia processual. Sou de parecer que a invocação da adequação formal do artigo 265.º-A foi despicienda, pois não houve, neste caso, qualquer *inadaptação* da sequência de actos previsto na lei ao caso concreto. A controvérsia em torno da identidade da parte legítima mereceu expressa atenção no artigo 31.º-B (uma inovação louvável da Reforma 95/96), podendo a dúvida fundada, em torno do legítimo contraditor, surgir apenas na contestação, pelo que, neste circunstancialismo, o autor tem possibilidade de recorrer ao mecanismo de intervenção principal

20 Cfr. Rule 1.4, *Civil Procedure Rules*.

21 No contexto da actual reforma do sistema processual brasileiro, a propósito do mecanismo da flexibilização do procedimento, Fernando da Fonseca Gajardoni (*ob.cit.*, p. 108) chamou a atenção para o cuidado que deve ser posto na recepção de mecanismos vindos de sistemas muito mais “afeiçoados à formação jurisprudencial do direito (...)”.

22 Processo n.º 0453627, de 28/06/2004, Relator Caimote Jácome, www.dgsi.pt.

para provocar a vinda do terceiro a quem é imputada a legitimidade (em alternativa à do réu inicialmente demandado).

Também já se decidiu que uma petição “deficiente”, por via da qual a mãe de um menor requereu a providência cautelar alimentos provisórios para o seu filho em vez de ter solicitado a acção tutelar de alimentos, prevista no artigo 186 da OTM, pode ser sanada ao abrigo dos princípios da adequação formal e daqueles que regem a jurisdição voluntária (acórdão da Relação do Porto²³, de 20-01-2004). Começou por se enquadrar a situação na figura do erro na forma de processo: “Pedindo a mãe alimentos provisórios, no circunstancialismo descrito, há erro na forma do processo, por a OTM não prever a existência de processo, com a exclusiva finalidade de fixação de alimentos [provisórios] (cfr. Acórdão referido). Entendeu-se que «no caso em apreço não se pode aproveitar a petição para a fixação de alimentos provisórios, visto que a OTM não prevê a existência de um processo com essa exclusiva finalidade, mas já pode ser aproveitada para a acção de alimentos prevista nos art.ºs 186º e segs. da OTM, visto satisfazer os requisitos exigidos por aquele preceito”. Alegou-se, no referido aresto, que a tal não obsta o facto de o autor ter requerido expressamente a fixação da prestação “a título de alimentos provisórios”. Sustentou-se que “o juiz, além de ter o poder de direcção do processo, tem o dever de adequar as especificidades da causa à tramitação processual prevista na lei (art.ºs 265º e 265º-A do CPC), tanto mais que estamos perante um processo de jurisdição voluntária, em que o tribunal não está sujeito a critérios de estrita legalidade, devendo adoptar, em cada caso, a solução que julgue mais conveniente e oportuna e onde pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes (art.ºs 150º da OTM e 1409º, n.º 2 e 1410º do CPC)” (cfr. aresto referido).

No meu entendimento não serão correctos alguns pressupostos em que assenta esta decisão jurisprudencial. O erro na forma de processo ocorre quando o autor indica, na petição inicial, uma forma processual inadequada à tutela do pedido formulado. Ora, no caso concreto, a autora requereu alimentos

23 Processo JTRP00036778, Relator Fernando Samões, www.dgsi.pt. Este acórdão invoca a tese sustentada numa outra decisão proferida antes da consagração do artigo 265.º-A (cfr. Ac. da Relação de Lisboa, Processo 077742, Relator Ponce Leão, 7/10/93, www.dgsi.pt).

provisórios e indicou o procedimento cautelar, em abstracto, adequado, não ocorrendo falta de correspondência entre a pretensão solicitada e a tramitação indicada. No entanto, a OTM não prevê a existência de um procedimento, com a exclusiva finalidade de fixação de alimentos provisórios, porquanto a única pretensão, merecedora de tutela jurídica no caso concreto, é a de alimentos definitivos à luz dos seus específicos mecanismos.

E poderá haver a “convolação” judicial de um pedido de alimentos provisórios para alimentos definitivos?

Este “aproveitamento” do requerimento contende com o princípio do pedido (artigo 3.º, n.º 1), incontornável também nos processos de jurisdição voluntária. Logo, é questionável a validade desta “conversão” oficiosa, a qual também não é legitimada pelos princípios do inquisitório e da equidade que regem a jurisdição voluntária. De igual modo, é inoportuna a alegação do poder de adequação, pois o seu exercício só se colocaria se a tramitação legal (em sintonia com o pedido) não se coadunasse com as particularidades da causa. Logo, a invocação deste poder será despropositado naquelas situações em que se pretende “adequar” o conteúdo do acto processual à situação material. O princípio da adequação tem natureza adjectiva e não substancial. A “adequação” da pretensão à relação controvertida é exclusiva responsabilidade da parte no cumprimento do princípio do dispositivo, não podendo ocasionar “correções officiosas”.

Num outro circunstancialismo, será já correcta a invocação do princípio da adequação para legitimar a admissibilidade de um despacho liminar, de aperfeiçoamento da petição, apesar de não estar previsto expressamente na tramitação. Assim, por exemplo, no âmbito de um processo especial de autorização judicial de aceitação de herança e partilha extrajudicial, a Relação de Lisboa²⁴ permitiu, ao abrigo dos princípios da economia processual e da adequação formal, a apresentação de nova petição inicial, em alternativa ao indeferimento. Ou seja, admitiu-se a prática de um acto (despacho convite) que não estava previsto na sequência procedimental especial²⁵, nem nas regras

24 Processo 4669/2006-7, Relator Pimentel Marcos, de 27/06/2006, www.dgsi.pt.

25 Numa apreciação crítica do nosso artigo 265.º-A, o jurista brasileiro Fernando da Fonseca Gajardoni (cfr. *ob.cit.*, p. 128) defendeu que os processos especiais estariam excluídos do

do processo ordinário aplicáveis subsidiariamente por força do artigo 463.^{o26}. Sinal inequívoco da falta que sente o processo civil com a supressão, como regra, por ocasião da Reforma 95/96, da intervenção liminar do juiz!

Tomemos em consideração outro caso, sobre o qual se debruçaram os nossos tribunais, em que se suscita, mais uma vez, a aplicabilidade do referido princípio.

Num acórdão da Relação de Lisboa²⁷, de 22/04/2004, sustentou-se que, ao abrigo do princípio da adequação formal, “era legítima a correcção oficiosa da forma de incidente de intervenção de terceiros, desde que o respectivo requerimento comporte os elementos fundamentais da forma incidental adequada ao caso”²⁸. Tratava-se de uma hipótese em que o réu requereu a intervenção principal provocada de um sujeito, solicitando a condenação deste. No entanto, na fundamentação do seu requerimento apelou aos pressupostos de uma intervenção meramente acessória do terceiro enquadrável no artigo 330.º. Invocou um direito a ser indemnizado, por terceiro (cuja intervenção provocou), pelos prejuízos que lhe causasse a perda da demanda.

O chamamento determinaria, em conformidade com o artigo 341.º, por remissão do n.º 4 do artigo 332.º, uma vinculação do terceiro à sentença que viesse a ser proferida, no tocante aos pressupostos de que dependesse o direito de regresso do Réu, e não a sua condenação (como foi solicitado no requerimento). A Relação entendeu que, à luz daquele princípio, era viável a correcção, por iniciativa judicial, da modificação subjectiva da instância que foi requerida, uma vez que a intervenção acessória seria a única que se “adequava” à situação controvertida. Perspectivou-se a adequação num sentido material, legitimando que o juiz “ajustasse”, ou seja corrigisse o pedido, formulado pela parte, ao caso concreto. Sob a camuflagem protectora do princípio da

âmbito do princípio da adequação, pois “o juízo de adequação entre o procedimento e o direito material já foi feito pelo legislador”.

26 O artigo 463.º do CPC prescreve que são aplicáveis, aos processos especiais, as disposições gerais e comuns e em tudo o que não estiver prescrito nestas, aplicar-se-á o que se achar estabelecido para o processo ordinário.

27 Processo 745/2004-6, Relator Fátima Galante, www.dgsi.pt.

28 No mesmo sentido já se tinha pronunciado a Relação de Lisboa, no Processo 10688/2002-6, Relator Fernanda Isabel Pereira, de 8/05/2003, www.dgsi.pt.

adequação, menosprezou-se, mais uma vez, o princípio do pedido.

Merece referência o acórdão do STJ²⁹, de 18/12/2007, que decidiu, em sentido contrário, um caso semelhante. Repudiou, de forma correcta, a conversão oficiosa de um incidente de intervenção principal numa intervenção acessória, sustentando que, quando é requerida aquela, sendo adequada a acessória, não se configura um erro na forma de processo tal como se sufragou no acórdão recorrido. O Supremo afirmou que “a aplicação do regime do artigo 199º do CPC supõe que, casuisticamente, se verifique que o autor pretendia certa providencia mas utilizou processo inadequado e que possa haver aproveitamento ao menos do primeiro articulado”, pelo que, *in casu*, não “se está perante um erro na forma do processo, já que a petição (requerimento inicial) do incidente pede, claramente, que a Ré seja absolvida do pedido, após a intervenção dos chamados e a condenação destes” (cfr. aresto referido). Sublinhou-se, de igual modo, a inoportunidade do princípio da adequação. Este, conforme aí reza, é inaplicável, pois não ocorre uma “situação de falta de sintonia entre as necessidades da lide e a ritologia do incidente que seria o adequado”.

Creio que estes casos ilustram a premência de se delinear bem os conteúdos possíveis do princípio da adequação formal, identificando, de forma incontroversa, o seu papel no sistema processual. Os “atalhos” que o juiz pode traçar, como fuga ao caminho principal, ainda estão a ser feitos sem mapa. A utilização de “fórmulas” gerais e abstractas, na regulamentação da actividade processual, é geradora de insegurança, não sendo certamente o expediente ideal à obtenção de uma célere decisão de mérito. A “pacificação” do processo deve prevalecer perante um casuísmo “procedimental”, eivado de livre arbítrio, que só irá catalisar o “mal-estar” da Justiça.

Sou de opinião que, antes de uma reforma do processo civil que opte por desvalorizar inelutavelmente as formas processuais tipificadas (com o correspondente incremento dos poderes do juiz), seria importante enunciar os reais entraves à eficiência da nossa justiça portuguesa.

29 Processo 07A2774, Relator Sebastião Póvoas, www.dgsi.pt.

Receio que a luta pela celeridade esteja a errar o alvo, pois a lei processual “(...) só indica o caminho, mas não o passo do caminhante”³⁰.

Maria José Capelo

30 Cfr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *ob.cit.*, p. 192.

INTERVENÇÃO DE PAULO PIMENTA
MESTRE EM DIREITO
DOCENTE UNIVERSITÁRIO
ADVOGADO
MEMBRO DA COMISSÃO DA REFORMA DO PROCESSO CIVIL

AUDIÊNCIA PRELIMINAR

a) Preliminares

No momento em que nos encontramos, o tratamento do tema que me foi proposto – audiência preliminar – implica o seu enquadramento na reforma, que está em curso, do processo civil português.

Quando se fala na reforma do processo civil, há que ter presente que, além da sempre necessária intervenção legislativa, nada será possível se não acontecer também uma reforma de mentalidades (talvez a reforma mais difícil de concretizar).

Tanto assim que o Preâmbulo do DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, diploma que sustenta o actual código, logo deixou esta advertência (a propósito do então novo princípio da cooperação):

Tem-se, contudo, plena consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o

papel que cada agente judiciário tem no processo, idóneo a produzir o resultado que a todos interessa – cooperar com boa fé numa sã administração da justiça.

Por outro lado, para reflectir, hoje, em finais de 2011, sobre a reforma do processo civil e para propor ou sugerir soluções (algumas delas bem simples de implementar, caso houvesse uma adesão efectiva dos seus destinatários, em vez da habitual rejeição, típica do *velho do Restelo*), mostra-se útil uma incursão por aquilo que foi sucedendo, em particular nos últimos 25 anos.

b) Antecedentes do actual CPC

Como é sabido, o nosso 1º CPC data de 1876, tendo surgido na sequência do 1º Código Civil (Código de Seabra), que remonta a 1867.

O 2º CPC é o de 1939 (DL nº 26.637, de 28 de Maio), sendo muitas vezes referido como o “código do Professor José Alberto dos Reis”, tal o relevo do labor deste mestre de Coimbra, não só em toda a legislação que, com início em 1926, preparou o aparecimento do CPC de 1939, mas também no minucioso e extenso trabalho doutrinário que desenvolveu, antes e depois de 1939.

O 3º CPC é o de 1961 (DL nº44.129, de 28 de Dezembro), que vigorou até 31/12/1996.

Sucede que, na vigência do CPC de 1961, a partir de 1984 e até hoje, é possível detectar um imparável (e, tanto vezes, tortuoso) movimento de intervenções legislativas que parece não ter fim, a ponto de ser possível dizer que o legislador também não tem ajudado muito no sentido de termos um regime processual civil devidamente estabilizado e assimilado.

Este, digamos, *movimento perpétuo legislativo* remonta, pelo menos, ao ano de 1984¹, data em que foi empossada a Comissão Varela, como ficou

1 Como se compreende, para este âmbito, não importa tratar as alterações - algumas delas bem importantes - que o CPC de 1961 foi sofrendo ao longo dos tempos. Apesar disso, merecem registo as realizadas pelo já DL nº 47.690, de 11.05.1967, com vista a adaptar a

conhecida, por referência à pessoa do seu presidente, o Prof. Antunes Varela.

Essa Comissão apresentou, logo no ano seguinte, um diploma que procedeu à chamada Reforma Intercalar (DL n° 242/85, de 9 de Julho), procurando acudir às situações mais prementes do processo civil vigente.

Entretanto, prosseguindo os seus trabalhos, a Comissão Varela apresentou o Anteprojecto de 1988, o qual veio a ser reformulado e substituído pelo Projecto de 1990.

É curioso recordar que, tendo concluído os seus trabalhos em 1990, a Comissão Varela apresentou ao Ministro da Justiça o Projecto de Código de Processo Civil.

Em vez de lhe dar o seguimento que seria natural e previsível, o Governo reteve o dito Projecto, só o tornando público cerca de três anos mais tarde.

Pelo meio, no início do ano de 1992, foi lançada uma nova e diferente iniciativa, cometida a um outro grupo de trabalho, de cujo desempenho deveria resultar um novo anteprojecto de Código de Processo Civil².

O primeiro passo desse grupo de trabalho foi a definição das “*Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*”, concluídas em finais de 1992, das quais se partiria, então, para a elaboração do dito novo anteprojecto³.

Essas “Linhas orientadoras” são o antecedente mais próximo do actual CPC, cujo diploma de suporte é o DL n° 329-A/1995, de 12 de Dezembro, o qual apontava o dia 1 de Março de 1996 para o início de vigência do novo código.

Sucede que, por força da alteração da conjuntura política então verificada

legislação processual ao novo código civil, em vigor desde 1 de Junho de 1967, e pelo DL n° 368/77, de 03.09, determinado pela nova ordem constitucional subsequente ao 25 de Abril de 1974.

2 Cfr. o Despacho n° 12/92, de 27.01, do Ministro da Justiça, Dr. Laborinho Lúcio.

3 O texto das “Linhas orientadoras” foi tornado público numa edição, sem data, do Ministério da Justiça. Encontra-se também publicado no *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2/93, ps. 51 e ss., bem assim na revista *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, n° 4, 1992, ps. 37 e ss..

(o DL nº 329-A/1995 foi aprovado em Conselho de Ministros de 24/08/1995, no segundo governo de maioria absoluta do PSD), foi postergado para 15 de Setembro de 1996 aquele início de vigência (cfr. o art. 1º da Lei 6/96, de 29 de Fevereiro), acabando por ser diferido para 1 de Janeiro de 1997 (cfr. o art. 5º da Lei nº 28/96, de 2 de Agosto), o que deu tempo a que ainda fosse publicado o DL nº 180/96, de 25 de Setembro (aprovado em Conselho de Ministros de 14/08/1996, já no governo de maioria absoluta do PS).

Como se vê, a revisão do Código de Processo Civil durou cerca de 13 anos, tantos quantos passaram entre 1984 e 1997.

c) CPC de 1995

Apesar de ter entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1997, costume designá-lo como CPC de 1995, por ser desse ano o diploma que lhe serve de suporte.

Por outro lado, entendo que se trata, realmente, de um novo código, já que marca a passagem para uma concepção social do processo (pondo fim, em definitivo, à vertente liberal que remontava a 1876).

Anotemos algumas das características principais do novo CPC, o que logo vai permitir perceber como, 14 anos decorridos desde 1997, há muita coisa por cumprir.

Assim:

- reforço do princípio do contraditório e proibição das “decisões surpresa” (art. 3º.4) ⁴;
- consagração do princípio da adequação formal (art. 265º-A);
- consagração do princípio da cooperação (art. 266º);
- visão do processo como uma “comunidade de trabalho” em que participam activamente o juiz, os advogados e as partes;

⁴ Os preceitos sem indicação de origem respeitam ao Código de Processo Civil vigente desde 01/01/1997, com as alterações entretanto ocorridas.

- responsabilização de todos os intervenientes pela realização dos fins do processo;
- o fim do processo já não é só a descoberta da verdade (verdade processual), mas a justa composição do litígio (arts. 265º.3 e 266º.1);
- a decisão justa não é a que radica simplesmente na matéria originariamente alegada pelas partes, sem atenção aos factos realmente ocorridos;
- o objectivo é garantir a adequação da sentença à realidade extraprocessual;
- o processo é um serviço que o Estado presta aos cidadãos, fornecendo-lhe meios para realizarem o seus direitos subjectivos;
- o processo não é mais orientado por uma visão privatística (liberal, duelística, em que o juiz é o mero “*convidado de pedra*” e as partes dispõem do processo como coisa sua – princípio do dispositivo);
- mas também não é orientado por uma visão autoritária (em que a administração da justiça civil é tida como uma questão de Estado, ao ponto de as partes estarem ao serviço do processo, e não este ao serviço daquelas; nessa visão, o poder de direcção do juiz (activismo judiciário) existia como forma de assegurar a realização dos fins do processo (descoberta da verdade), mas os fins do processo continuavam limitados ao tradicional dispositivo, num rígido esquema de ónus, deveres, preclusões e cominações (verdade formal ainda);
- a nova concepção do processo implica poderes e deveres para as partes e para o juiz (os poderes do juiz são poderes-deveres ou poderes funcionais);
- restrição do dogma da prioridade formal dos pressupostos processuais e consagração do princípio da prevalência do fundo sobre a forma (art. 288º.2 e 3);
- consagração da regra geral da sanabilidade da falta de pressupostos

- processuais (art. 265º.2), impondo-se ao juiz providenciar nesse sentido⁵;
- atenuação de preclusões ligadas ao ónus de alegação: às partes apenas compete alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções (art. 264º.1);
 - consagração do convite ao aperfeiçoamento fáctico dos articulados (art. 508º.3), a ser entendido como um poder-dever ou um poder funcional, como expressão do dever de esclarecimento do tribunal próprio da ideia de cooperação (art. 266º.2);
 - ampliação dos poderes cognitivos do tribunal: na decisão podem ser considerados factos não alegados inicialmente, sejam factos instrumentais (art. 264º.2), sejam factos complementares ou concretizadores dos factos principais inicialmente alegados (art. 264º.3), o que pode implicar a ampliação da base instrutória [art. 650º.2.f)];
 - reforço dos poderes instrutórios do juiz, com o intuito de assegurar, além da descoberta da verdade (art. 264º.3 do CPC de 1961), a justa composição do litígio (art. 265º.3);
 - consagração da audiência preliminar (art. 508º-A) como uma peça fundamental da nova arquitectura processual civil (meio de privilegiar a conciliação; meio de accionar o princípio da oralidade e do diálogo; meio de envolver todos intervenientes processuais na definição dos contornos da questão decidenda e na definição do objecto da prova);
 - flexibilização do acto de selecção da matéria de facto (art. 511º), com a criação da base instrutória, visando pôr fim ao *velho* questionário, figura instituída em 1932 (DL nº 21:694, de 29/09/1932) e que era uma idiosincrasia nacional, pois não encontrava paralelo nos ordenamentos estrangeiros;
 - consagração do registo da prova e previsão de um duplo grau de jurisdição em matéria de facto (arts. 522º-B, 690º-A; 712).

5 Recorde-se que Portugal era o *recordista europeu* das decisões de absolvição da instância.

*

Apesar de estarmos perante um novo código, que instituiu um novo paradigma, a verdade é que, no quotidiano forense, as diferenças em relação ao passado não são tão visíveis como seria de esperar.

Vejamos, pensando na 1ª instância:

- os advogados continuam a elaborar articulados como antigamente, alegando tudo e mais alguma coisa, ignorando a distinção entre factos essenciais e factos instrumentais (dir-se-á que o fazem por cautela, pois mais vale de mais do que de menos);
- os juízes continuam a elaborar bases instrutórias como se ainda estivéssemos no tempo do “questionário”, perguntando tudo e mais alguma coisa (dir-se-á que a isso os obriga o modo como os articulados são construídos, mas esse argumento é menos certo, já que o juiz tem poderes e competências para pôr ordem no processo);
- a audiência preliminar, figura tão frutuosa noutros ordenamentos, foi mal recebida por todos ou quase todos;
- mesmo quando se realiza, a audiência preliminar é algo quase sempre sem sentido (desde logo, é comum ser convocada sem se cumprir realmente o nº 3 do art. 508º-A; depois, raramente os mandatários e os juízes se preparam convenientemente para a diligência; além disso, fruto do modo como é entendida a “base instrutória”, é virtualmente impossível que seres humanos normais resistam à elaboração de dezenas ou centenas de “quesitos” que procuram cobrir ao pormenor o que, de forma desregrada, foi articulado; é ver os advogados a acharem que tudo é essencial para ser seleccionado; é ver os juízes a transporem para a base instrutória, em bloco e acriticamente, o que foi vertido nos articulados);

- como continua a raciocinar-se *à moda* do Prof. José Alberto dos Reis, leva-se a preceito a máxima segundo a qual a um facto deve corresponder um “quesito”, de modo a que a resposta a tal “quesito” possa ser, tanto quanto possível, dada com as sacramentais fórmulas “*provado*”, “*não provado*”, “*provado apenas que*” ou “*prejudicado*”;
- em consequência, a produção de prova na audiência final, em particular a inquirição de testemunhas, transforma-se numa espécie de lotaria: há juízes que apenas permitem que o advogado pergunte à testemunha aquilo que está no “quesito” (pois, supostamente, é só a isso que o juiz vai responder); há juízes que, pelo contrário, não permitem tal técnica de inquirição (a pretexto de que induz a resposta, tendo os advogados de *fazer a pergunta por outras palavras*); há juízes que estão sempre a indagar a qual “quesito” corresponde cada pergunta feita pelo advogado; há advogados que se dedicam a interromper a inquirição do colega com o comentário (provocatório) de que a pergunta não interessa porque não está na base instrutória; há juízes que embarcam na provocação e logo advertem o advogado para que limite a instância ao “objecto da prova”, acrescentando que, se fosse para produzir prova sobre tais pontos, deveria isso ter sido alegado nos articulados, etc., etc.;
- não se trata de culpar ninguém, mas muitos profissionais forenses parecem não ter reparado que o art. 513º do CPC tem uma redacção nova desde 1 de Janeiro de 1997 (antigamente, a lei dizia que as diligências destinadas à produção de prova só podiam recair sobre os *factos constantes do questionário*; hoje, a instrução tem por objecto os *factos relevantes para o exame e decisão da causa* que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova – esta diferença abissal resulta da atenuação do dispositivo e do ónus de alegação, em conjugação com o reforço dos poderes cognitivos do tribunal; enquanto não assumirmos isto, viveremos no processo civil do passado e conseguiremos sempre encontrar nas brilhantes páginas escritas por José Alberto dos Reis justificação para tal modo de vida...);

- acresce que muitos profissionais forenses também parecem não ter reparado nos n.ºs. 2 e 3 do art. 264º e na alínea f) do n.º 2 do art. 650º, que permitem, com toda a naturalidade, a ampliação da base instrutória;
- em perfeita articulação com essa visão retrógrada e formalista, o despacho de julgamento da matéria de facto que é proferido após a produção de prova acaba por redundar, tantas e tantas vezes, num conjunto desgarrado e fragmentário de respostas, a ponto de dar à estampa um quadro factual lacunoso, confuso e inerte, em vez de expressar a dinâmica que animava a realidade a que os autos se reportam, em vez de traduzir um quadro fáctico coerente e sustentado, verosímil e compatível com a realidade da vida;
- desde 1 de Janeiro de 1997, nada obsta a que, no julgamento da matéria de facto, o juiz exponha *a sua versão integral* acerca do quadro fáctico litigioso, de acordo com a convicção que tenha formado a partir da prova produzida;
- estas são algumas das razões por que um advogado que tivesse falecido antes de 1997 se sentiria perfeitamente actualizado se ressuscitasse e entrasse hoje num dos nossos tribunais;
- estas são algumas das razões por que dois ilustres advogados, José Miguel Júdice e João Correia, há uns anos, publicaram na Revista da Ordem dos Advogados um artigo intitulado “*Morra Alberto dos Reis*” (sintomaticamente, o título do artigo mal recebido por muita gente);
- foi também pela constatação de que o passado continua a condicionar o presente que um ilustre processualista, José Lebre de Freitas, escreveu o seguinte: “*O exemplo do velho despacho saneador é sintomático: durante anos, criticaram-se a especificação e o questionário; a revisão de 1995-1996 afirmou tê-los suprimido; rebaptizados, ambos, porém, permanecem, muito ao jeito do que José Alberto dos Reis concebeu; sobretudo, os juízes, seus principais críticos, hoje expressamente autorizados a aligeirá-los, raro é que não prefiram a segurança do velho*”

esquema, que melhor lhes permite o controlo da prova e do julgamento. Se a isto assistisse, e por muita seriedade que fosse a sua, José Alberto dos Reis por certo sorriria”.

d) Audiência preliminar - perspectivas de futuro

Aqui chegados, pode dizer-se que as virtualidades do CPC de 1995, ao nível da acção declarativa, não estão suficientemente exploradas⁶.

Atentando no que ficou dito acima, importa enfatizar que há um indelével nexos entre a atenuação do ónus de alegação das partes, o reforço dos poderes cognitivos do tribunal, a abolição do questionário, o âmbito do objecto da prova, a possibilidade de ampliação da base instrutória e o julgamento da matéria de facto, sendo que estes pontos têm um dimensão própria desde 01/01/1997.

Simultaneamente, há que dizer que a audiência preliminar, também criada com efeitos a 01/01/1997, desempenha uma função essencial na materialização da nova dimensão daqueles pontos.

A experiência dos anos de vigência do CPC de 1995 mostra que a desejada e necessária *reforma das mentalidades* não foi ainda alcançada.

Como não se pode esperar indefinidamente que os operadores judiciais (todos eles) mudem os seus hábitos quanto ao modo de agir em processo, mais a mais se muitos desses hábitos assentam numa atitude algo comodista (conformada) e individualista (egoísta), é caso para o legislador ser mais assertivo e incisivo, é caso para o legislador consagrar soluções que representem um efectivo corte com o passado, de tal forma que os operadores judiciais não consigam (ainda que queiram) manter os ditos hábitos, é caso para a lei deixar de prever algumas *muletas* de que uns e outros se vão socorrendo,

6 Não significa isto que certas previsões do CPC de 1995 não sejam, elas próprias, aqui e ali, geradoras de equívocos.

neste, naquele e em todos os processos, acabando por levar a que tudo vá continuando na mesma.

É minha convicção que a promulgação de um código inteiramente novo teria a vantagem de, além de pôr fim a certa dispersão e confusão legislativa, nos fazer compreender que estamos mesmo perante um novo regime processual civil (de resto, só o facto de ser alterada a sistematização do diploma já seria um importante contributo).

Até lá, porque um código completo implica tempo e meios de que não se dispõe no imediato, é possível operar algumas benfeitorias no processo declarativo.

Uma das principais benfeitorias é a de *recentrar a audiência preliminar* enquanto plataforma de ligação entre a etapa dos articulados e a etapa da audiência final, tudo à luz da ideia de que a acção declarativa deve ser concentrada e organizada em função de três momentos capitais: articulados, audiência preliminar e audiência final. Com efeito, os articulados (que se destinam à apresentação do litígio em tribunal) devem confluir na audiência preliminar e desta se deve partir para a audiência final (cuja programação deverá ser feita na audiência preliminar).

Quanto aos articulados, importa salientar que o ónus de alegação que impende sobre as partes se limita aos *factos essenciais*, não sendo preciso incluir nessas peças escritas pontos de facto de natureza instrumental⁷. Equivale isto a dizer não há (nem pode haver) ónus ou preclusões relativamente a factos instrumentais, razão pela qual as partes não hão-de ter *receio* de que o juiz desatenda ou ignore tais factos na altura própria.

Assim sendo, depois de, nos articulados, alegarem os *factos essenciais* que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções deduzidas, os mandatários das partes encontram-se com o juiz da causa na audiência preliminar.

7 O que radica na circunstância de os factos instrumentais terem uma função meramente probatória, não sendo próprio deles preencher tipos legais.

Quer isto dizer que, em regra, e falando do processo comum ordinário, a audiência preliminar deverá ser de realização obrigatória⁸.

Tendo a audiência preliminar, essencialmente, as funções que vemos assinaladas no art. 508º-A, deve dizer-se que, numa perspectiva de futuro, há dois aspectos que só com a realização desta audiência podem ficar realmente assegurados.

Um é o da prolação, após debate, de despacho destinado à “fixação das matérias controvertidas” (*identificação do objecto do litígio e enunciação das questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*).

O outro é o da “programação da audiência final” (os actos a praticar na audiência final, o número de sessões, a sua provável duração e respectivas datas).

Quanto à “fixação das matérias controvertidas”, importa assinalar que não tem qualquer correspondência com a actual “base instrutória”, menos ainda com o antigo “questionário”.

Do que se trata, por um lado, é de antecipar para a fase do saneamento do processo a delimitação (do objecto do litígio) que o juiz incluirá na sentença (art. 659º.1). Por outro lado, em conjugação com a solução de que os articulados hão-de conter (primordialmente) “factos essenciais”, trata-se delimitar o objecto (tema) da prova.

Numa perspectiva de cooperação e de diálogo, cabendo embora ao juiz proferir esse despacho destinado a delimitar o objecto do litígio e a delimitar o objecto da prova, é evidente que tal delimitação deverá ser antecedida de debate. A propósito, note-se que a alínea c) do nº 1 do art. 508º-A passará a ter uma real utilidade, porquanto uma discussão sobre as posições das partes poderá contribuir com efectividade para uma melhor delimitação do objecto do litígio e do objecto da prova.

8 Em princípio, só não será assim em dois casos: *i*) nas acções não contestadas que tenham prosseguido em regime de revelia inoperante; *ii*) nas acções que devam terminar no despacho saneador, desde que as excepções ou questões a apreciar já tenham sido debatidas nos articulados.

Cumprir dizer que deixará de fazer sentido pensar em “quesitos” ou em algo de similar⁹, pois tudo será diferente, já que o conceito de “tema da prova” tem uma amplitude que não se coaduna com uma visão atomística e espartilhada de pontos de facto.

Em consequência, a previsão do art. 633º deverá ser abandonada, pois as testemunhas não serão arroladas para depor sobre concretos factos, atomisticamente considerados e previamente enunciados, mas sobre aquilo que for o tema da prova (com a alteração necessária do art. 638º)¹⁰.

Nessa medida, o que balizará o depoimento testemunhal será a razão da ciência da testemunha quanto ao tema da prova. De resto, destinando-se a prova à demonstração da realidade dos factos (art. 341º do Código Civil), tudo aquilo que for aportado aos autos pela testemunha haverá de ser tido em conta, salvo quando não interesse para a justa composição do litígio.

Ao mesmo tempo, tornar-se-á claro que, dentro dos limites da causa de pedir e das excepções que constam dos articulados, a instrução da causa não está sujeita a qualquer espartilho, sendo de considerar os factos instrumentais que surjam (dada a sua função probatória dos factos essenciais) e sendo também de considerar os factos complementares e concretizadores dos factos essenciais inicialmente alegados que brotem dessa instrução¹¹. Daqui resulta, inequivocamente, a garantia que permitirá às partes apresentar articulados mais curtos e concisos.

Na mesma linha, o “julgamento da matéria de facto” implicará que o juiz indique quais os factos provados e não provados, mas isso numa formulação completa, estruturada e articulada, susceptível de expressar um quadro factual lógico, coerente e acabado, em vez das habituais respostas avulsas e

9 Como sabemos, a actual “base instrutória”, tal como usa ser entendida (e praticada), reconduz-se à técnica dos antigos “quesitos”, quando não era esse o objectivo do legislador em 1995/1996.

10 Afigura-se que, não obstante a evolução face ao CPC de 1961, previsões do género da contida no art. 633º e no nº 1 do art. 638º do actual código contribuíram para os equívocos relativos ao conteúdo da base instrutória e ao modo de inquirir testemunhas em audiência.

11 A consideração dos factos instrumentais e dos factos complementares ou concretizadores já está prevista no art. 264º, mas a sua formulação ser afinada à luz do novo quadro.

sincopadas¹². Por isso, será importante reforçar a previsão do art. 653º, em termos de ficar patente que, na decisão (de facto) a proferir, o juiz deverá tirar as devidas ilações dos factos instrumentais apurados nos autos, assumindo isso mesmo ao firmar as correspondentes presunções judiciais¹³.

Voltando às “*questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*”, reparemos que a respectiva amplitude tornará a sua enunciação, além de mais racional e útil, um acto exequível em qualquer audiência preliminar¹⁴.

No que respeita à “*programação da audiência final*”, a audiência preliminar permitirá que a data da audiência final seja marcada “por acordo de agendas” entre o juiz e os mandatários. Além disso, permitirá que o juiz e os mandatários estabeleçam, sempre de modo cooperante e dialogante, os termos em que, previsivelmente, a audiência final deverá desenrolar-se.

Note-se que tal forma de marcação da data (ou datas) da audiência final deverá ter um importante reflexo na restrição dos casos de adiamento, pelo que se impõe reformular o art. 651º em conformidade, criando um quadro em que seja (praticamente) inadiável tal audiência.

Sobre este ponto, há que referir que estaremos muito para além daquilo que consta hoje do art. 508º-A.2.b), pois não é apenas uma questão de data, mas de um verdadeiro “plano de actividades”. Aliás, nas nossas actuais acções ordinárias, este preceito tem poucas hipóteses de ser cumprido, pois na esmagadora maioria das comarcas a marcação da data da audiência final compete, não ao juiz da causa, mas ao juiz de círculo, o que obsta a qualquer ideia de diálogo e consenso na definição dos actos a praticar em audiência final.

12 Aliás, deixando de haver “questões” nos moldes a que estamos habituados, não pode haver respostas a questões que não se colocam...

13 Do reforço da previsão do art. 653º resultará, mais uma vez, a confirmação de que não há preclusões em sede de alegação de factos instrumentais, dada a sua (nunca é de mais recordá-lo) função probatória relativamente aos factos essenciais.

14 Não é o que acontece hoje, em que temos bases instrutórias que se alongam por dezenas ou centenas de perguntas sobre pequenos ou pequeníssimos pontos de facto (a grande maioria, de natureza instrumental).

Como é evidente, a solução proposta implicará uma alteração ao nível da organização judiciária, pois a configuração do novo esquema exige que seja o mesmo o juiz do processo em todas as fases da tramitação em 1ª instância¹⁵.

Ao mesmo tempo, deverá assumir-se o fim da ficção do tribunal colectivo, com a consequente vantagem de, por ser o mesmo o juiz que conduz a audiência final (proferindo o despacho de julgamento de facto) e o juiz que lavra a sentença, perder relevo a distinção formal entre questão de facto e questão de direito.

e) Síntese

A exposição que antecede permite assumir que só faz sentido pensar nas virtualidades da audiência preliminar à luz de uma perspectiva global da própria acção declarativa. Além disso, permite concluir que qualquer alteração substancial destinada a recentrar a audiência preliminar na dinâmica e na economia da acção só será lograda em conjugação com alterações mais amplas, pautadas estas pela afirmação e reforço do indelével nexos entre a atenuação do ónus de alegação das partes, o reforço dos poderes cognitivos do tribunal, o âmbito do objecto da prova e o julgamento da matéria de facto.

Noutro plano, a exposição que antecede contribui para assinalar a diferença entre o que temos e o que poderíamos ter nas acções declarativas cíveis, na certeza de que aquilo que temos não satisfaz as exigências de uma verdadeira e plena justiça material, que é, afinal, o que se espera de uma decisão judicial, tanto mais que muitas das decisões que conhecem do mérito da causa estão (ainda) ancoradas em critérios decisórios nos quais a forma prevalece sobre a substância.

15 Neste momento, nas acções ordinárias, isso só acontece nas comarcas cujo tribunal tem juízes privativos, ou seja, nas comarcas que têm varas (não contando aqui com as três comarcas-piloto instituídas pela Lei nº 52/2008).

INTERVENÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR LEBRE DE FREITAS

DO CONTEÚDO DA BASE INSTRUTÓRIA

1. Desafiado a vir-vos falar sobre “A prova e a decisão de facto”, propus-me num primeiro momento, porque o tema é vasto, fazer incidir a minha atenção sobre dois pontos principais, ambos tratados na perspectiva das alterações ao nosso martirizado Código de Processo Civil (CPC): o primeiro trataria de saber das implicações que, consideradas as normas de distribuição do ónus da prova, a projectada actuação legislativa sobre a compressão da base instrutória terá na decisão de facto; o segundo trataria de alguns aspectos práticos da distinção entre questão de facto e questão de direito, nomeadamente no âmbito da aplicação dos arts. 712 CPC e 729 CPC, à luz da recente reforma dos recursos cíveis. O encurtamento do tempo concedido à minha comunicação leva-me a só tratar do primeiro ponto.

2. O novo anteprojecto de alteração do CPC vem, no campo da prova, fundamentalmente alterar os seguintes pontos: proposição da prova nos articulados, ainda que com possibilidade de reajustamentos na fase da condensação e com manutenção do art. 512-A CPC (o que levará a questionar se, ao invés, não seria preferível permitir que a proposição da prova a produzir em audiência tivesse lugar até um certo prazo – 20 dias? – antes da data da sua realização); redução da base instrutória às questões essenciais de facto e aos temas controvertidos; admissão do testemunho de parte, por iniciativa do próprio, do juiz ou da parte contrária; admissão da inspecção judicial intermediada por um técnico designado pelo juiz (tratar-se-á ainda de inspecção?); concentração da discussão de facto e de direito, em momento

anterior à decisão sobre a matéria de facto (mistura que creio pouco saudável e castrante da contraditoriedade na discussão da matéria de direito).

Destas propostas de alteração retiro a que tem a ver com a definição do objecto da prova: alegados os factos nos articulados, o juiz – dirá o art. 511 CPC – seleccionará, na base instrutória, os temas controvertidos e as questões essenciais de facto. Esta formulação causa perplexidade e merece algumas reflexões.

3. Quando, na revisão do CPC nos anos de 1995 e 1996, se substituiu o anterior questionário pela base instrutória, pretendeu-se que esta se confinasse aos factos principais da causa (factos constitutivos, integrantes da causa de pedir; factos impeditivos, modificativos e extintivos, base das excepções) – aqueles que o art. 264-1 CPC determina que sejam introduzidos no processo pelas partes, ainda que venham completar uma alegação inicial incompleta (art. 264-3 CPC; art. 508-3 CPC). Não é que tal não correspondesse já ao espírito do velho questionário, mas este apresentava-se, na prática, normalmente prolixo, reproduzindo tudo aquilo que as partes tivessem alegado, e pretendeu-se vincar que assim não devia ser: dos factos instrumentais, só **deveriam** ir à base instrutória aqueles que constituíssem a base duma presunção **legal** ou um facto contrário ao legalmente presumido; ao invés, os factos que constituíssem base duma presunção **judicial** ou visassem a **sua ilisão** só **poderiam** ser incluídos na base instrutória quando assumissem especial relevância concreta para a prova dos factos principais ou quando fosse duvidosa a ilação que, a partir deles, pudesse ser tirada para esta prova¹.

1 Remeto para a minha **Acção declarativa comum**, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, nº 13.2.1, a ps. 177. Refere-se também a finalidade de assegurar o direito à prova quando, de outro modo, ele seria severamente restringido por limitações legais como a do art. 633 CPC para a prova testemunhal; mas esta finalidade é igualmente atingida quando se entende que os factos do art. 633 CPC não são só os factos principais da causa, mas também os factos probatórios que hajam sido alegados como meio de atingir a prova dos factos principais (LOPES DO REGO, **Comentários ao CPC**, Coimbra, Almedina, 2004, I, anotação II ao art. 633).

Mais uma vez, os tribunais, na prática, embora com algumas simplificações (remissões para os articulados) e inegáveis progressos (juízes que sabem condensar e sintetizar), foram além do que lhes era exigido. Daí a nova formulação.

Esta é, porém, ambígua: questões essenciais de facto e temas controvertidos não estão no mesmo plano e entre as duas expressões o texto final terá de optar.

4. Sabemos que, diferentemente do que acontecia na vigência do CPC de 1876, o CPC de 1939 criou um **questionário único** para ambas as partes, baseando a formulação dos quesitos nas regras da distribuição do **ónus da prova**: no questionário não deviam figurar o facto e o seu negativo, mesmo quando este consistisse na negação indirecta do primeiro; determinado quem tinha o ónus de provar determinada realidade fáctica, a formulação do quesito havia de ser feita de modo a permitir a prova do facto que, consoante os casos, onerasse o autor (facto constitutivo) ou o réu (facto impeditivo, modificativo ou extintivo), não cuidando nem da negação directa desse facto nem dos factos (instrumentais) a ele (indirectamente) contrapostos².

A revisão de 1995-1996 do CPC de 1961 mais não fez do que deixar mais claro que assim era. Quando agora se fala em **questões essenciais de facto**, é também isso que se pretende deixar ainda mais claro: para terem um significado distinto dos grandes temas da prova, são questões essenciais de

2 Só quando a própria distribuição do ónus da prova seja controvertida é que faz sentido que, prevenindo as duas hipóteses (de ónus do autor e de ónus do réu), a mesma situação seja encarada, na base instrutória, nas duas perspectivas, uma vez que a resposta “não provado” não constitui fundamento de facto da sentença (art. 659-2 CPC).

facto os factos constitutivos do direito e os que impedem a sua constituição, o modificam ou extinguem, desde que sejam controvertidos (questionados). Uma base instrutória que inclua essas questões terá, pois, de ser entendida em função das regras de distribuição do ónus da prova, ainda que tal não comprometa a decisão final sobre esta distribuição³.

5. Mas uma base instrutória constituída pelos **temas controvertidos** ganha fisionomia diversa.

Agora, o juiz não tem de se preocupar, no momento em que a elabora, com as regras da distribuição do ónus da prova. Limitando-se a verificar a existência de **controvérsia**, entre as partes, sobre a verificação de determinadas ocorrências principais, vai delas o juiz dar conta ao elaborar a base instrutória, deixando para a decisão sobre a matéria de facto a **descrição** dos factos que, relativamente a cada grande tema, tenham sido provados ou não provados. Assim, por exemplo, alegados pelo autor os factos concretos que consubstanciam a celebração de determinado contrato, que o réu negue ter sido celebrado, o tribunal não os incluirá na base instrutória, limitando-se a enunciar como tema controvertido saber se o contrato foi ou não celebrado.

Com isto, a prova não deixará de incidir, tal como hoje, sobre os **factos concretos** que o autor alegou como constitutivos do seu direito, tal como plasmados nos articulados (petição, réplica, resposta à contestação, articulado complementar, articulado superveniente), bem como sobre os factos probatórios de onde se deduza, ou não, a ocorrência desses factos principais e sobre os factos acessórios que permitam ou vedem esta dedução, uns e outros

3 As normas de distribuição do ónus da prova destinam-se a ser aplicadas quando, no final, o juiz verifica que certos factos principais não foram provados, visto que tem, mesmo assim, que proferir a sentença. Remeto para a minha **Introdução ao processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, nº I.3.3, a ps. 35.

denominados no art. 264-2 CPC como factos instrumentais⁴.

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

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

Sobre esta distribuição apenas o juiz, na **sentença**, se preocupará⁵. Com vantagem. Ficando assente tudo o que tenha sido provado, sem cuidar de saber se era o autor ou o réu quem tinha o ónus da prova, se o tribunal de recurso, em apelação ou em revista, vier a fazer uma interpretação, diferente da do tribunal da 1ª instância, da norma, geral ou específica, de distribuição do ónus da prova, os factos que interessem a esta nova perspectiva constarão todos da decisão de facto.

Ao invés, se se optar pelas “questões essenciais de facto” em detrimento dos “temas de prova”, não sendo lícito tirar ilações probatórias das respostas negativas aos factos da base instrutória, a mesma nova perspectiva do tribunal de recurso poderá (tal como hoje) implicar a baixa do processo à 1ª instância para obter prova do facto, contrário ao não provado, que a Relação entenda dever ser apurado.

4 Para a distinção entre facto probatório e facto acessório, veja-se **Introdução** cit., II.6.4.3.

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

Dou um exemplo.

É controvertido se, em face do art. 1380 CC, o preferente tem o ónus de alegar e provar que o adquirente não era, à data da transmissão, proprietário de nenhum prédio que confinasse com o transmitido. Suponhamos que, sendo este facto controvertido, o juiz da acção de preferência o entende como constitutivo do direito de preferência e, por isso, pergunta na base instrutória se o réu **não** era proprietário de nenhum dos prédios confinantes, o que tem a resposta “não provado”. A Relação, entendendo – a meu ver, bem⁶ – que se está perante um facto impeditivo e por isso cabia ao adquirente alegar e provar que era proprietário, à data da aquisição, de determinado prédio confinante com o alienado, terá de com ele aditar a base instrutória, seguindo-se novo julgamento (art. 712-4 CPC); e, se só o Supremo tiver este entendimento, seguir-se-á a baixa do processo para a ampliação da matéria de facto (art. 729-3 CPC), percorrendo assim os autos a via sacra de subidas e descidas em três graus antes da decisão de mérito definitiva.

6. Estando esgotados os 15 minutos que me foram concedidos, resta-me apenas desejar que a comissão revisora tenha em conta, não só que não pode enunciar, lado a lado, no art. 511 CPC, os temas controvertidos e as questões essenciais de facto, mas também que, ao escolher entre uma e outra das duas expressões, terá de ter bem em conta que elas cobrem realidades diferentes, cuja implicações devem ser bem ponderadas.

6 Remeto para os meus **Estudos sobre direito civil e processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ps. 495-500.

REVISITANDO O RECURSO DE REVISTA EXCECIONAL: DESTA VEZ, O PREVISTO NO ARTIGO 721.º-A DO CPC

ELIZABETH FERNANDEZ ¹

***Sumário:** 1. A introdução de uma nova técnica de admissão do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça. 2. Os pressupostos legais de funcionamento da revista, dita excecional. 3. A densificação do conceito de dupla conforme. 4. Os pressupostos de admissibilidade do recurso excecional e admissibilidade de concurso de pressupostos. 5. Algumas cautelas: a arguição de nulidades do acórdão da Relação. 6. Conclusões críticas. Cumulação de critérios objetivos e subjetivos para a admissão do recurso: o paradoxo do sistema de admissão da revista excecional no processo civil e a falsa excecionalidade da revista.*

1. A introdução de uma nova técnica de admissão do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça

Tradicionalmente, no sistema processual civil português a admissão de um recurso assentava em critérios objetivos. Regra geral, a sua admissibilidade dependia de duas operações: verificação do valor da ação por correspondência ao da alçada do tribunal e verificação de uma certa medida de sucumbência. Excecionalmente, designadamente nos casos contidos no artigo 678.º do Código de Processo Civil (CPC), era admitido o recurso em função do

1 * Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

interesse público das questões que nele pudessem vir a ser apreciadas.

De qualquer forma, a competência de admissão do recurso era sempre reservada para o tribunal *a quo*, muito embora a decisão de admissão, sobre o seu modo de subida e efeito não fossem vinculativas para o tribunal *ad quem*.

A reforma legislativa operada em sede de recursos em 2007 introduziu alterações. No que se refere ao recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), assistiu-se à introdução de critérios de impugnação subjetivos, assentes em conceitos fortemente indeterminados. Mais especificamente: nos casos em que se tenha verificado «dupla conforme» entre a decisão de primeira instância e a da Relação, o recurso de revista deixa de ser admitido independentemente do valor dado à ação e da sua relação com o valor da alçada do tribunal e da sucumbência para passar a ser admitido com base em critérios como a questão a ser apreciada no mesmo ser uma «*questão com relevância jurídica cuja reapreciação seja necessária para uma melhor aplicação do direito*» ou revelar um «*interesse de particular relevância social*». Por outro lado, recorrendo a conceitos menos imprecisos (aparentemente mais objetivos), mas que na prática também podem vir a ser, e têm mesmo vindo a ser, alvo de alguma subjectivização, o recurso de revista (ordinário) pode também ser usado com o manifesto objetivo de uniformizar jurisprudência, designadamente quando, nos termos da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 721.º-A do CPC, o mesmo pode, apesar da dupla conforme, ser admitido quando o acórdão conforme da Relação estiver em contradição com outro já transitado em julgado proferido por qualquer Relação ou pelo STJ, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se já tiver sido proferido acórdão de uniformização com o qual o visado acórdão da Relação seja ele próprio conforme².

Concluindo: o recurso para o STJ, que até à reforma *supra* referenciada tinha uma natureza previsível, passou a ser de todo imprevisível e com ele também saber quando é que o acórdão conforme da Relação transitou em

2 Esta dose de imprecisão e de subjetivismo já decorria, porém, do regime do recurso de agravo de 2.ª instância previsto no artigo 754.º, n.º 2, do CPC (revogado pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, mas ainda em vigor para ações interpostas até 31 de dezembro de 2007), sobre o qual o STJ teve oportunidade de proferir vasta jurisprudência.

julgado. De facto, quem lança mão deste recurso desconhece se o mesmo vai ser admitido pela formação de três juízes do STJ que faz a triagem da admissibilidade deste tipo de impugnação, mas o recorrido está na mesma imprevisão, não podendo considerar a decisão transitada em julgado senão até ao momento em que é notificado da não admissibilidade da mesma pela referida formação judicial.

Esta imprevisibilidade processual já não nos é estranha. Tem-se tornado, até, uma característica uniforme do atual sistema processual, sendo certo que a imprevisibilidade afasta o modelo processual próprio do adversarialismo de um processo comandado pelos interesses das partes, aproximando-o, antes, de um modelo processual dotado de função social: se os impulsos processuais das partes têm resultados imprevisíveis, ou, pelo menos, não automáticos, então, já não são estas que dominam o processo³.

O «suspense» agora legalmente admitido no efetivo trânsito em julgado do acórdão da Relação, durante um período de tempo que pode ser até intoleravelmente longo, é mais um exemplo dessa tendência de imprevisibilidade nos momentos processuais que tem vindo a ser usado, inequivocamente, como instrumento ou técnica autónoma para a publicização do processo civil, retirando-o, por esta via, ao controlo das partes. Está na hora de nos começarmos a perguntar se esta tendência ainda se coaduna com um processo equitativo, ou seja, com um justo processo. Mas, na verdade, este não é o momento próprio para respondermos a esta inquietação.

Contudo, não podemos deixar de nos questionar sobre o seguinte: a imprevisibilidade na admissão do recurso para o STJ é benéfica? A segurança jurídica não fica excessivamente posta em causa?

3 E os exemplos da imprevisibilidade processual multiplicam-se. Vejam-se, entre outros, o reforço dos poderes de instrução oficiosa do juiz nos processos de jurisdição contenciosa, a vigência de processos comandados pelo princípio da gestão processual (regime processual civil experimental), a possibilidade de numa ação tramitada segundo o processo sumário ou sumaríssimo vir a ser fixada pelo juiz uma taxa de justiça para ações especialmente complexas (artigos 447.º-A, n.º 7, e 447.º-B do CPC), a circunstância de a fixação do valor da causa pelo juiz do processo (artigo 315.º do CPC) retirar às partes a previsibilidade do direito ao recurso e da forma de processo a seguir, com todas as consequências processuais daí advenientes.

Independentemente de se concordar ou não com as restrições legalmente impostas ao recurso de revista para o STJ derivadas da introdução do conceito de dupla conforme e da admissibilidade de revista excecional para este mesmo tribunal superior, bem como com os critérios que esta excecionalidade impõe, sempre se dirá que a bem da garantia de uma maior segurança jurídica, ou seja, a bem da garantia de segurança dada pelo trânsito em julgado de uma dada decisão judicial, sempre se poderiam sugerir algumas correções ao regime legal.

De facto, e por um lado, o ato de admissão do recurso não deve ser, como até aqui, bicéfalo (artigo 721.º-A, n.º 3, do CPC). Isto é, não devem existir dois momentos de admissão do recurso de revista excecional, um no tribunal *a quo* e outro no tribunal *ad quem* (ainda que em formação específica). Na verdade, como decorre do artigo 137.º do CPC, no processo civil devem apenas praticar-se atos úteis e se não é vinculativo o despacho de admissão da revista dos pressupostos gerais pelo tribunal *a quo* (prazo, legitimidade, valor da ação e sucumbência e dupla conforme unânime), para quê, então, dar-lhe competência funcional para admitir este mesmo recurso, quanto a estes aspetos, se chegado o mesmo à formação do STA que apreciará os fundamentos da excecionalidade da revista, aquela primeira decisão poderá ser alterada?

Por outro lado, temos para nós que o recurso de revista excecional deveria ter previsto, do ponto de vista das partes, uma fase preliminar apenas dedicada à sua admissão. Assim: a parte vencida deveria requerer a admissão da revista excecional no prazo de 10 dias a contar da notificação da decisão da Relação, requerimento esse dirigido diretamente à formação preliminar que o decidirá, ponderando os critérios normais e excecionais da revista aqui em causa conjuntamente. Notificada a decisão de admissão, iniciar-se-ia o prazo para motivar o recurso agora excecionalmente admitido e para pagar a respetiva taxa de justiça (podendo aceitar-se, até, uma taxa de justiça de menor valor para a apresentação e apreciação do requerimento de admissibilidade de revista excecional e outra para a apreciação do mesmo recurso pelo STJ).

De igual modo, as decisões sobre a admissibilidade devem ser sumárias, como, de resto, a prática as tem vindo a revelar. Mas em prol da certeza sobre

o estado de uma decisão judicial proferida em conformidade com outra e, mesmo, tomando em consideração os específicos motivos que permitem a admissão desta revista excepcional, atrevemo-nos a sugerir que o processo de admissão seja considerado um processo urgente, ainda mesmo quando o processo de origem não o seja.

Assim, haveria menos meios judiciais envolvidos na apreciação da mera admissão de um recurso. A poupança de meios dar-se-ia quer do lado do sistema público de justiça, quer do lado das partes. Na verdade, na admissão do recurso que é excepcional só participaria a formação de juízes do STJ com competências exclusivas para o efeito e o recorrente, numa primeira fase, apenas teria de convencer o juiz dos motivos da admissibilidade, ficando poupado a motivar um recurso que poderia não vir sequer a ser admitido. Por outro lado, as taxas de justiça a cobrar pela admissão deveriam ser diferentes das cobradas pela apreciação do recurso. Finalmente, e mais importante: decorridos 10 dias e não os atuais 30, contados da notificação do acórdão da Relação conforme com a decisão proferida em primeira instância, saberíamos que a decisão ainda não tinha transitado em julgado.

2. Os pressupostos legais de funcionamento da revista, dita excepcional

À primeira vista poder-se-á pensar – numa leitura mais casuística e apressada – que a revista excepcional funciona quando, verificando-se uma dupla conforme, possam ser esgrimidos os específicos pressupostos de admissibilidade desse recurso previstos no artigo 721.º-A, n.º 1, do CPC.

Mas não é assim. De facto, para que a revista excepcional possa ser pensada como meio de impugnação pela parte que ficou vencida é necessário que, não fora a dupla conforme unânime, esta tivesse podido interpor uma revista normal. Dito de uma forma, quiçá mais clara: a interposição de uma revista excepcional pressupõe que estejam preenchidos à partida todos os pressupostos de admissão de uma revista normal.

Ora, como é sabido, os pressupostos de admissão de uma revista normal são muitos. Especificamente: que a causa apresente um valor superior ao da alçada do tribunal da Relação; que o valor da sucumbência do recorrente seja superior a metade do valor daquela mesma alçada; que a decisão de que se recorre seja de um acórdão da Relação que apreciou o recurso de uma decisão daquelas previstas no n.º 1 do artigo 691.º ou da alínea *h*) do n.º 2 do artigo 691.º, ou seja, o recurso da Relação tem de ter incidido sobre uma decisão que pôs termo ao processo (por apreciação do mérito ou por apreciação formal) ou de uma decisão que, no saneador, sem pôr termo ao processo, julgou do mérito da causa⁴.

Em suma, se alguma destas condições não se concretizar e, por causa disso, mesmo não se tendo verificado a dupla conforme, não ter sido já possível interpor uma revista normal, também não poderá vir a ser interposta revista excecional, como decorre diretamente do artigo 721.º, n.º 1 do CPC e tem vindo a ser decidido recorrentemente pelas decisões sumárias do processo emanadas ao abrigo das competências de admissão prévia deste tipo de impugnação. De facto, repetindo uma expressão à partida contraditória, a formação de juízes encarregada de fazer aquela apreciação sumária tem vindo a decidir que a revista excecional só é admissível se pudesse ter sido interposta uma revista normal⁵.

4 Portanto, a revista das decisões que julgaram preenchidos os pressupostos processuais nunca é admissível. Cfr., a este propósito, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Reflexões sobre recursos em processo civil», *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 20, p. 8, sobre o chamado *efeito à distância da decisão de 1ª instância*, pois o que determina a admissibilidade de uma revista normal é o conteúdo da decisão de primeira instância e não o conteúdo do acórdão da Relação (recorrido). Isto determina que só as absolvições da instância, indeferimentos liminares, condenações (totais ou parciais no pedido) e absolvições no pedido possam ser objeto de recurso de revista normal. Ficam automaticamente fora dessa revista as decisões que se pronunciaram sobre pressupostos processuais em falta (exceções dilatórias), considerando-as improcedentes. Estas apenas admitem duplo grau de jurisdição, pois quer na apelação, quer na revista foi introduzido um critério de recorribilidade de certas decisões (formais): é o critério do *secundum eventum litis*. Esta solução leva-nos a questionar o seguinte: a prioridade de conhecimento dos pressupostos processuais termina quando começa a segunda instância? Juntamente com o artigo 288.º, n.º 3, do CPC, a restrição do recurso, nos termos acabados de expor, atenuam substancialmente a função dos pressupostos processuais no processo e o dogma do conhecimento prioritário dos mesmos?

5 Cfr. acórdãos de formação preliminar do STJ de 7 de Julho de 2010 (Silva Salazar), a

A novidade já conhecida introduzida pela reforma dos recursos operada em 2007 foi a de que a verificação de todos estes requisitos pode sucumbir perante a verificação da dupla conforme. Isto é, mesmo que à partida todos os pressupostos de admissibilidade da revista se preencham, se o acórdão da Relação tiver um sentido confirmativo da decisão da primeira instância, isto é, da tal decisão que determina a admissibilidade normal dessa mesma revista, então esta decisão (a da primeira instância) deixa de admitir recurso de revista, ou seja, de admitir o recurso de revista normalmente previsível para uma das partes, em consonância com o sentido que viesse a ter a decisão da Relação. Nestes casos, a automaticidade da revista termina aqui. Mas isto não quer dizer que aquela decisão de primeira instância – aquela que pôs termo ao processo ou que, não o fazendo, decidiu no saneador o mérito da causa e que agora foi confirmada pela Relação – não possa ainda ser apreciada. Poderá sê-lo se o recorrente lograr convencer a formação preliminar de que aquela questão de forma ou de mérito preenche uma das condições de admissibilidade previstas no n.º 1 do artigo 721.º-A do CPC. Contudo, para aqui chegar, é necessário, em primeiro lugar, determinar o seguinte: se não fora a dupla conforme, o vencido poderia interpor a revista prevista no n.º 1 do artigo 721.º do CPC? Se a resposta a esta questão for negativa, não haverá possibilidade legal de interpor revista excecional. Isto significa que o facto de se verificar dupla conforme não autoriza o vencido a pensar interpor recurso de revista excecional, como a leitura exclusiva e separada do artigo 721.º, n.º 3, do CPC nos poderia levar a concluir. Esta dupla de decisões conformes entre si é irrelevante como ponto de partida lógico para um recurso excecional nos concretos casos em que a irrecorribilidade da decisão não decorre deste estado, mas antes de um outro factor. Dito de outro modo, quiçá mais impressivo: a dupla desconforme não é um pressuposto processual específico adicional para a interposição e admissibilidade do recurso de revista excecional. A dupla conforme é, antes, uma causa adicional de não admissibilidade de recurso, aliada a todas as outras que se podem verificar como a carência de valor e

propósito de recurso de decisões dos conservadores de registos centrais; de 13 de Outubro de 2011 (Pires da Rosa), não admissão de revista excecional em decisão da Relação confirmativa do acórdão arbitral; de modo idêntico, não há revista excecional de decisões cautelares de 2.ª instância – acórdão de 8 de Outubro de 2009 (Silva Salazar), todos consultados em www.dgsi.pt.

sucumbência ou mesmo irrecorribilidade da decisão em função da matéria nela apreciada e do sentido da decisão nela contida.

Podemos perguntar neste ponto: seria forçoso que tivesse de ser assim? Ou seja, que a revista excecional só fosse admitida, à partida, se pudesse ter havido revista normal? Julgamos que não, até porque a experiência de uma revista de excecionalidade semelhante pré-existe no processo administrativo, sendo certo que a sua admissibilidade é verdadeiramente excecional, uma vez que a sua admissão depende apenas dos critérios subjetivos contidos no artigo 150.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). De facto, das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo (TCA) pode haver, excecionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo (STA) quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito. Podem chegar ao STA por esta via de recurso, decisões tomadas em processos de valor superior a € 5000 (só estas é que poderiam ter dado lugar a um recurso para o TCA), independentemente do valor da sucumbência verificada (inexistente, pelo menos em termos quantitativos, no processo administrativo), e, ainda independentemente do sentido da decisão por este proferida por relação à primeira instância, ou seja, tenha ou não o TCA conformado a decisão proferida por aquela. Sumariamente: é manifesta a maior amplitude do recurso de revista excecional previsto no CPTA do que o do recurso de revista excecional que agora nos ocupa⁶.

6 No processo administrativo, tirando a revista *per saltum* – artigo 151.º do CPTA –, não há revistas normais. Daí que a revista, quando existe, é realmente excecional, no verdadeiro sentido que a palavra tem.

3. A densificação do conceito de dupla conforme

Se se verificarem os pressupostos de recurso de revista *supra* referidos e não se verificar a dupla conforme unânime, a revista que o vencido poderá eventualmente interpor será a normal, ou seja, a prevista no artigo 721.º do CPC. A excecionalidade da revista é, pois, um remédio legal exclusivamente vocacionado para combater a dupla conforme. O legislador deixou o veneno, mas também deixou a receita do antídoto, o qual, contudo, como veremos, não é fácil de preparar.

Em primeiro lugar, para que a parte vencida perceba se tem de interpor um recurso de revista normal ou um recurso de revista excecional tem de certificar-se de que a dupla de decisões é realmente conforme. Se concluir que não é, o recurso (preenchidas as restantes condições de admissibilidade) será o normal; se concluir que as decisões são conformes, verificadas também aquelas condições da revista normal impedida pela dupla conforme, deverá interpor recurso de revista excecional.

Conclusão: a avaliação do conceito de decisões conformes e desconformes é central para saber perante que tipo de revista nos encontramos. Apesar de o regime do recurso de revista ser sempre o mesmo (referimo-nos aos poderes cognitivos do tribunal e à tramitação do mesmo), a conceptualização é importante: o vencido tem de saber se tem de justificar concretamente as razões da admissibilidade sob pena de a mesma não ser apreciada liminarmente sequer e se o seu direito ao recurso é, verificadas aquelas condições legais, automático ou depende da discricionariedade de uma formação judicial no tribunal *ad quem*.

À partida, parece fácil concluir que a decisão da Relação é conforme com a da primeira instância quando julga improcedente o recurso ou quando o sentido da decisão é idêntico, ainda que assente em fundamento diverso.

Porém, uma análise mais detalhada diz-nos que estamos enganados a este respeito e que o conceito de decisão conforme não é absolutamente líquido, o que implica necessariamente a produção de dúvidas no momento

da interposição do recurso⁷.

Quanto a este ponto, é necessário manter presentes algumas ideias. A primeira é a de que a desconformidade no que se refere a factos nunca implica recurso de revista excepcional, pela simples razão de que o recurso de revista, qualquer que seja a modalidade que assuma, nunca pode incidir sobre matéria de facto, pois o STJ (e o STA) não têm competência para o efeito, apenas para apreciar questões de direito (artigos 26.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e 729.º do CPC), a revista tem de ter sempre como fundamento a violação de lei, quer seja lei substantiva, quer seja disposição legal que estabeleça certa prova para um facto ou fixe a força probatório de determinado meio de prova (artigos 722.º, n.º 3, e 729.º, n.º 2, do CPC). A segunda é a da irrelevância do fundamento ou da qualificação jurídica com base na qual foi confirmada a decisão da primeira instância pela Relação – artigo 721.º, n.º 3, do CPC: o facto de a decisão da Relação ter o mesmo sentido que a da primeira instância, mas assentar numa qualificação diferente (requerida pela parte em concurso de normas ou de pedidos ou conhecida oficiosamente pelo juiz, nos casos em que tal é admissível), não as torna desconformes entre si. À partida, estas decisões são conformes, pois que, relevante para a concordância, é tão-só o sentido da decisão e não os fundamentos em se alicerça a mesma. Porém, pode nem sempre ser assim: o fundamento diverso em que assenta a Relação pode tornar as decisões desconformes. São sempre desconformes, ainda que o sentido da decisão seja o mesmo, quando a mudança de qualificação jurídica tem consequências importantes nos efeitos práticos que decorrem de uma decisão. Dito de outro modo: são desconformes quando da alteração de fundamento resulta uma sucumbência para alguma das partes, como sucede, por exemplo, com a condenação como devedores solidários de todos os réus e manutenção da condenação dos mesmos, mas agora como devedores conjuntos, pois tal faz com que o credor fique impossibilitado de executar só um dos devedores pela totalidade do crédito peticionado pelo autor.

7 A este propósito, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Dupla conforme: critério e âmbito de conformidade», *CDP*, n.º 21, p. 21, segundo o qual, *normalmente há que averiguar se toda a coincidência no conteúdo de procedência ou de improcedência das decisões das instâncias é suficiente para assegurar a conformidade entre elas e se qualquer divergência nesse conteúdo basta para implicar uma desconformidade entre essas decisões.*

Em terceiro lugar, dir-se-á que as decisões são relativamente conformes e desconformes, ou que a sua conformidade ou desconformidade não pode ser vista em absoluto. De facto, podem ser conformes para uma parte e desconformes para outra parte. Será necessário sempre averiguar se a parte em causa poderia recorrer por comparação direta com a situação de conformidade total. Na verdade, se a parte não podia recorrer se tivesse visto o tribunal da relação condenar o réu precisamente na mesma quantia que havia sido fixada em primeira instância, poderá fazê-lo quando a quantia fixada na segunda instância, sendo diversa da que foi objeto de condenação na primeira, lhe é mais benéfica de algum modo?⁸

Mas se o fundamento da decisão da Relação é irrelevante para a construção do conceito de dupla conforme, assim já não sucede com o da falta de unanimidade na conformidade. Com efeito, para que a dupla conforme assuma um efeito restritivo do recurso de revista para o STJ é necessário que não haja votos de vencido, isto é, que o acórdão da Relação seja unânime. Se não houver unanimidade, o legislador entende que não há conformidade, o que abre a porta à revista normal.

4. Os pressupostos de admissibilidade do recurso excecional e admissibilidade de concurso de pressupostos

O artigo 721.º-A do CPC estabelece as específicas condições de admissibilidade de revista excecional, mais precisamente os pressupostos processuais específicos da admissibilidade deste recurso.

Antes do mais, dir-se-á que qualquer um dos critérios ali enunciados está impregnado de uma forte dose de discricionariedade (muito embora

8 Segundo MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Dupla conforme: critério e âmbito de conformidade», *cit.*, se não o poderia fazer nesse caso, também não o poderá fazer se, com a decisão da segunda instância, ainda ficou melhor do que aquilo que estava antes, pelo que a dupla só aparentemente é desconforme em algumas situações, o que transforma o conceito de dupla conforme num conceito de sucumbência e de interesse específico de recurso de revista, dito normal.

se admita que não homoganeamente distribuída entre os mesmos), o que, conseqüentemente, exige uma maior exigência na fundamentação da admissibilidade ou não admissibilidade do recurso.

É assim quando, apesar da dupla conforme, a questão subjacente à mesma apresentar *relevância jurídica cuja reapreciação seja necessária para uma melhor aplicação do direito* ou se centrar num interesse *de particular relevância social*, ou ainda quando, como se disse já, apesar da dupla conforme, o acórdão conforme da autoria da Relação está em contradição com outro já transitado em julgado proferido por qualquer Relação ou pelo STJ, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se já tiver sido proferido acórdão de uniformização com o qual o visado acórdão da Relação seja ele próprio conforme.

Por comparação com o seu homólogo recurso de revista excecional no processo administrativo (artigo 150.º do CPTA) ocorre-nos desde logo uma reflexão: parece mais difícil preencher o conceito indeterminado da alínea *a)* artigo do 721.º-A, pois a necessidade de melhor aplicação do direito pode suceder à margem, isto é, autonomamente, de a questão ter relevância jurídica. No processo civil, parece que uma e outra andam de mãos dadas: só há necessidade de melhorar a aplicação do direito se a questão tiver relevância jurídica.

Uma outra nota para acentuar que a relevância jurídica da questão ou a importância fundamental da mesma não pode ser aferida pelo prisma do recorrente, mas antes à luz dos interesses comunitários fundamentais, o que nos leva a concluir que o legislador atribuiu uma função social à revista excecional. É manifesto que qualquer recurso tem sempre por causa ou como ponto de partida o interesse do recorrente, traduzido na relevância pessoal que este apresenta na reapreciação da questão e que se avalia, em concreto, pela utilidade que o mesmo retira da interposição do recurso e da reapreciação da decisão recorrida. Esta utilidade continua a ser o interesse exigido para os casos em que não se verifique a dupla conforme e em que o recorrente possa lançar mão da revista, dita normal. Contudo, para que após a verificação de uma dupla conforme possa ser admitida uma revista excecional, é absolutamente necessário que a relevância ou a importância da questão se

revistam de um grau superior autónomo e, mesmo, independente daquele evidenciado pelo recorrente. Tem, em suma, de manifestar-se um interesse de natureza comunitária a proteger, o qual se pode traduzir na relevância especial da questão da necessidade de melhor aplicação do direito, numa questão de interesse fundamental, ou, ainda, na necessidade de consolidação jurisprudencial, como factor de segurança e previsibilidade das decisões judiciais.

Não podem, pois, deixar de ser perçecionados nos critérios de admissibilidade desta revista traços de natureza marcadamente objetivista, que, à exceção das decisões que admitem sempre recurso independentemente do valor e/ou da sucumbência, fogem ao modelo exclusivamente subjetivo de admissão dos mesmos. Esta mudança de paradigma irá suscitar algumas considerações na parte final deste pequeno texto.

Cerca de três anos de decisões preliminares sumárias e a densificação dos conceitos indeterminados previstos no artigo 721.º-A, n.º 1, do CPC, evidenciam o esforço marcadamente restritivo da formação especial do STJ na densificação daqueles conceitos.

As questões mais interessantes não se colocam no que se refere à revista excecional por oposição de julgados, nas quais se discute basicamente se é ou não necessário juntar a nota do trânsito da decisão fundamento e se este se presume ou não⁹.

Como já seria expectável, a maior novidade advém do modo de compreensão das situações possivelmente contidas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 721.º-A do CPC.

De uma maneira geral, a formação preliminar do STJ tem vindo a entender que a questão é de manifesta complexidade sempre que a dificuldade da

9 Contudo, algumas das decisões proferidas quanto a este fundamento por aquela formação preliminar dão que pensar. Designadamente, aquela segundo a qual, mesmo que o acórdão da Relação se oponha a um acórdão já transitado da Relação ou do STJ que não tenha sido alvo de uniformização, não seja admissível a revista excecional quando o acórdão fundamento for um exemplar único [acórdão de 3 de Maio de 2011 (Sebastião Póvoas), consultado em www.dgsi.pt].

solução jurídica reclame aturado estudo e reflexão, quando se trate de questão que suscita polémica doutrinal, sendo conveniente a intervenção do Supremo para orientar os tribunais inferiores nas suas decisões ou ainda, quando se trate de questão nova que, à partida, se revela suscetível de provocar divergências, por força da sua novidade e originalidade, que obrigam a operações exegéticas de grande dificuldade suscetíveis de conduzir a decisões contraditórias, justificando igualmente a sua apreciação pelo STJ para enviar ou minorar contradições que sobre as mesmas possam surgir¹⁰.

Por sua vez, o conceito de interesses de particular relevância social tem vindo a ser integrado com a ampla repercussão da controvérsia, especificamente exigindo a possibilidade de verificação de alarme social por conexão com valores sócio-culturais, inquietantes implicações políticas que minam a tranquilidade, situações que põem em causa a eficácia do direito ou afetam a sua credibilidade, quer na formulação legal, quer na aplicação casuística. Deteta-se neste ponto em particular e, mais uma vez, por comparação com o recuso de revista excecional vigente no processo administrativo, uma maior restrição no preenchimento deste conceito, pois neste último caso o STA não tem vindo a admitir a necessidade de alarme social¹¹. De igual modo, e ao contrário do que é recorrente no STA, o STJ não admite a relevância social

10 Foi com base nestes fundamentos que foi admitida revista excecional que irá apreciar questão referente à validade do casamento determinada pela discussão das leis da nacionalidade a aplicar no caso concreto. Cfr., acórdão de formação preliminar do STJ de 2 de Fevereiro de 2010 (Santos Bernardino), consultado em *www.dgsi.pt*.

11 Cfr., os seguintes acórdãos da formação preliminar: de 10 de Dezembro de 2009 (Sebastião Póvoas); de 2 de Junho de 2011 (Sebastião Póvoas) – cláusulas contratuais gerais (ações inibitórias não são sinónimo de relevância social, tem de ser analisada a questão em concreto); de 2 de Fevereiro de 2011 (Carlos Valverde) – questões laborais não são necessariamente de interesse social; de 17 de Junho de 2011 (Sebastião Póvoas); de 3 de Dezembro de 2009 (Silva Salazar) – já é uma destas questões a prescrição da responsabilidade civil extracontratual, designadamente o momento de início da contagem do prazo. Ainda: acórdão da formação preliminar de 4 de Fevereiro de 2010 (Silva Salazar) – tem relevância social saber se existe ou não um prazo para a investigação da paternidade em face da declaração de inconstitucionalidade do prazo constante no Código Civil; ou, ainda, o de 13 de Abril de 2010 (Silva Salazar) relativo à situação previdencial de trabalhadores bancários. Com interesse, cfr., igualmente, acórdão da formação preliminar de 13.4.2010 (Sebastião Póvoas) que julga de relevância social a questão da definição do interesse superior da criança. Todos consultados em *www.dgsi.pt*.

da questão exclusivamente com base na sua possibilidade de regeneração em vários litígios, ou seja, na sua repetitividade¹².

5. Algumas cautelas: a arguição de nulidades do acórdão da Relação

Como decorre do artigo 668.º, n.º 4, do CPC, não havendo recurso, a nulidade tem de ser arguida perante o tribunal que produziu a decisão em 10 dias (artigo 153.º do CPC). Caso se use a revista excecional, como a mesma depende do exercício de um poder discricionário por parte do STA (formação preliminar) pode dar-se o caso de, não sendo a mesma admitida e tendo sido arguida a nulidade perante o STA (na pressuposição de que viria a ser admitida), a mesma não ser arguida no tribunal *a quo*, precludindo essa possibilidade¹³. Este perigo ficaria ultrapassado se se alterasse o regime de interposição da revista excecional e da nulidade, compaginando-os. Até lá, em caso de existir nulidade e motivo de revista excecional há que, por cautela, duplicar meios, arguindo a nulidade no Tribunal da Relação e interpondo o recurso de revista excecional.

6. Conclusões críticas. Cumulação de critérios objetivos e subjetivos para a admissão do recurso: o paradoxo do sistema de admissão da revista excecional no processo civil e a falsa excecionalidade da revista

Chegados a este ponto, é forçoso perguntar: se o recurso excecional tem uma natureza social e não estritamente pessoal não deveria o seu regime legal refletir de alguma forma aquela função social?

Assim, e em primeiro lugar, faz sentido serem apenas recorríveis por

¹² Cfr., acórdão de 1 de Março de 2010 (Santos Bernardino).

¹³ Verifica-se uma destas situações no acórdão de 12 de Novembro de 2009 (Santos Bernardino).

esta via alguns acórdãos da Relação (aqueles que versem sobre as decisões de primeira instância que ponham termo ao processo ou que decidam, sem pôr termo ao mesmo, de uma questão de mérito no saneador)?

Faz sentido só serem recorríveis excepcionalmente ações com valor superior a €30 000,00 e nas quais a sucumbência seja, pelo menos, de €15 001,00?

E apenas serem excepcionalmente recorríveis os acórdãos do tribunal da Relação confirmadores da primeira instância?

Se há oposição de julgados, se há questões de relevância jurídica que impõem uma melhor aplicação do direito, se há questões com relevância social e se só essas questões permitem o acesso ao STJ, então como negar essa admissão se concorrerem estes mesmos argumentos e não houver lugar a revista normal? A oposição de julgados, as questões jurídicas relevantes e a melhor aplicação do direito, a relevância social das questões só interessa ao Supremo quando o valor da causa for superior a € 30 000,00, a sucumbência for maior que € 15 000,00, a decisão de primeira instância for a prevista no artigo 721.º, n.º 1, do CPC e o acórdão da Relação puder ser considerado conforme? Fora de qualquer uma destas situações não há decisões da Relação com relevância jurídica ou relevância social e que, por isso, merecem uma melhor aplicação do direito?

Claro que há. A complexidade da causa e das questões que na mesma surgem não estão diretamente dependentes do valor atribuído à ação pelo autor ou fixado para a mesma pelo juiz. Está visto que a partir do momento em que o critério de recorribilidade eleito transforma o recurso num ato que ultrapassa o interesse das partes, publicizando-o, não é possível, sem que se verifique completa falta de coerência do sistema (sem que fique mesmo paradoxal) e sem que se possa afirmar uma restrição infundamentada e desproporcional do direito ao recurso, limitar o cumprimento desses interesses públicos a determinados casos. Clarificando: se o que está em causa é a aplicação do direito ou a relevância de uma questão ou a falta de uniformização de jurisprudência, esses são valores que só se podem compreender de modo absoluto e não apenas quando as situações que impõem a revista excepcional se verificarem. Se assim é, então, a pergunta que pode fazer-se é a seguinte: é

constitucional restringir recursos com estes fundamentos aos casos da revista excecional?

Ainda uma outra pergunta. Continua a fazer sentido que estes recursos excecionais – repetimos, assentes e aceites exclusivamente em fundamentos que escapam ao interesse das partes – possam continuar a ter um efeito devolutivo? Se o interesse é socialmente relevante – tanto, que pode causar alarme e inquietação social –, pelo menos a admissão do recurso não deveria produzir um efeito suspensivo?

Ainda motivada pelas mesmas preocupações, perguntamos: o direito à revista excecional é, tal como os outros recursos, livremente renunciável e disponível? E, uma vez admitida a revista excecional, os poderes cognitivos do tribunal *a quo* não deveriam ser mais amplos? Justifica-se no caso concreto a manutenção da proibição da *reformatio in pejus*?

Finalmente: o regime de custas não deveria ser diferente? Se o mesmo foi interposto com esse fim social e o recorrente obtém provimento deverá ser o réu recorrido o único a arcar com as custas?

A nossa intuição leva-nos a concluir que o regime legal da revista excecional poderia e deveria ter sido adaptado à função social por esta desempenhada, que, aliás, é a única que determina a sua admissibilidade. De outro modo, a revista excecional é-o falsamente.

Não existem quaisquer dúvidas que, face ao regime legal em vigor, a resposta às questões enunciadas é negativa. O que nos perguntamos é se, *de iure condendo*, não deveria dotar-se o regime legal correspondente a este recurso de uma excecionalidade efetiva que fizesse *jus* à causa da sua admissão e não a ignorasse por completo, como de facto e no plano das normas sucede.

Para nós, como se deixou entre dito, apenas faz sentido uma revista excecional que não tenha de pressupor uma revista normal e que reflita de algum modo no seu regime legal a causa da excecionalidade da sua admissão.

A questão merece, contudo, reflexões mais detidas que se escreverão num outro texto, ainda a publicar.

OS EFEITOS PROCESSUAIS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA*

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO

Sumário: I. Introdução; II. Os efeitos sobre as ações declarativas; 1. O destino das ações; 2. A substituição processual do insolvente; III. Os efeitos sobre as ações executivas e sobre os processos nos quais tenha sido praticado qualquer ato de apreensão ou detenção de bens compreendidos na massa insolvente; IV. Os efeitos sobre as convenções arbitrais; V. Os efeitos sobre as dívidas da massa insolvente; VI. Os efeitos sobre as ações previstas no art. 82.º

I. Introdução

O processo de insolvência é um processo universal e concursal¹.

Por ser um processo *universal*, existe um conjunto de bens, que a lei designa de massa insolvente, cujo destino será definido exclusivamente no processo de insolvência com vista à satisfação do interesse dos credores. Consequentemente, ficam vedados ao insolvente os atos de disposição e de administração dos bens que integram a massa insolvente, assim como qualquer ato que possa afetar os respetivos bens (*congelamento da massa insolvente*).

Por ser um processo *concursal* (pois todos os credores são chamados a reclamar os seus créditos no processo), fica vedada aos credores a possibilidade

* O presente texto, que serviu de apoio à minha intervenção nas I Jornadas de Direito Processual Civil de Valpaços (novembro de 2011), foi redigido segundo o novo acordo ortográfico.

1 A este propósito, veja-se o nosso *Manual de Direito da Insolvência*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 12 e ss.

de obterem o pagamento dos respetivos créditos por qualquer outra via que não a via do processo de insolvência – nesta matéria vigora o *princípio da exclusividade da instância insolvencial*.

Partindo destas duas características fundamentais, poderemos compreender a razão de ser e o alcance de algumas soluções contempladas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas a propósito dos efeitos processuais da declaração de insolvência².

A matéria está essencialmente regulada no capítulo II do Título IV (nos arts. 85.º-89.º), mas também no capítulo I do Título IV, no art. 82.º, n.ºs 2-5, e no Código de Processo Civil, no art. 870.º².

II. Os efeitos sobre as ações declarativas

1. O destino das ações

Por força do art. 85.º, n.º 1, as ações em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente, intentadas contra o devedor ou contra terceiro³, mas que possam influenciar o valor da massa insolvente, e as ações exclusivamente patrimoniais intentadas pelo devedor, poderão ser apensas ao processo de insolvência, a pedido do administrador da insolvência,

2 Aprovado pelo D.L. n.º 53/2004, de 18 de Março. Doravante, os preceitos desacompanhados da referência ao respetivo diploma legal pertencem ao CIRE, salvo se do contexto resultar o contrário.

3 Segundo o art. 1198.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, as ações intentadas contra o insolvente e contra terceiro não eram apensas ao processo de falência, pois o processo de falência estava limitado subjetivamente ao falido. Por isso, as ações prosseguiram contra os terceiros apenas e o falido era absolvido da instância nesse processo, pois não se podia “conhecer de responsabilidades do falido fora do processo de falência” (restava ao respetivo credor, reclamar no processo de falência) - a este propósito, veja-se MACEDO, Pedro de Sousa, *Manual de Direito das Falências*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1968, p. 112.

com fundamento na conveniência para os fins do processo⁴.

A apensação é uma consequência do caráter universal e concursal do processo de insolvência: uma vez que são apreendidos e liquidados todos os bens penhoráveis do insolvente (universalidade do processo de insolvência), independentemente da verificação do passivo, todos os credores devem ser chamados ao processo para nele (e só nele – exclusividade da instância⁵) obterem a satisfação dos seus direitos⁶.

Por isso, as ações declarativas intentadas contra o insolvente, pendentes à data de declaração de insolvência, poderão seguir um de dois destinos⁷: são apenas ao processo de insolvência, são suspensas ou extinguem-se.

Serão *apenas*, se o juiz entender que são pertinentes para os fins do processo⁸. A apensação tem a vantagem do aproveitamento da atividade desenvolvida em ações pendentes, por forma a serem consideradas na verificação do passivo. Se a apensação for solicitada depois de decorrido o prazo para a reclamação dos créditos, PEDRO DE SOUSA MACEDO defendia a inadmissibilidade da apensação por perda de utilidade - em consequência, a ação em curso deveria ser objeto de uma decisão de absolvição da instância, restando ao credor lançar mão da verificação ulterior de créditos⁹.

Se a ação não for apenas ao processo de insolvência, suscita-se de imediato

4 No sentido de que esta apensação perde razão de ser nos casos de declaração de insolvência com caráter limitado, se não tiver sido requerido o complemento da sentença, veja-se FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 355, nota 8.

5 PEDRO DE SOUSA MACEDO fala a este propósito de um efeito aglutinador do processo de insolvência - “todas as responsabilidades do falido são apreciadas pelo procedimento falimentar, no apenso da verificação do passivo”: *op.cit.*, vol. II, p. 111.

6 Por isso, de acordo com o art. 91.º, n.º 1, a declaração de insolvência importa o vencimento de todas as obrigações do insolvente não sujeitas a condição suspensiva.

7 As ações patrimoniais intentadas pelo insolvente poderão ser apenas ao processo de insolvência, nos termos do art. 85.º, n.º 1, ou então correrão o seu curso autonomamente, não parecendo existir fundamento legal para a sua suspensão ou extinção.

8 A apensação vigora apenas na pendência do processo de insolvência - encerrado o processo de insolvência, a ação é desapensada do processo e remetida para o tribunal competente (art. 233.º, n.º 4).

9 *Op. cit.*, vol. II, p. 111.

a questão de saber se a declaração de insolvência de uma entidade importa a extinção, “por inutilidade superveniente da lide, de uma ação declarativa em que é demandada essa mesma entidade, para efeitos de condenação no reconhecimento de um crédito”¹⁰. O CIRE não contém qualquer preceito regulador desta questão, pelo que a solução deverá resultar da conjugação dos respetivos preceitos com as normas processuais gerais que disciplinam as ações declarativas de condenação: todavia, a coordenação destes normativos não tem sido pacífica no seio da jurisprudência.

Se as Relações têm sido muito divergentes na resposta a esta questão, já o Supremo Tribunal de Justiça tem decidido no seguinte sentido: “transitada em julgado a sentença que declara a insolvência da demandada, a ação que visa o reconhecimento de um direito de crédito sobre a insolvente deve ser declarada extinta, por inutilidade superveniente da lide, de harmonia com o disposto no art. 287.º, al. e) do CPCivil”¹¹.

Em defesa desta tese, o Supremo Tribunal de Justiça tem invocado um conjunto de argumentos. Desde logo, em resultado da declaração de insolvência, e na pendência do processo de insolvência, os credores só poderão exercer os seus direitos de acordo com o disposto no CIRE (art. 90.º). Em consequência, deverão lançar mão da reclamação de créditos (nos termos do art. 128.º, n.º 1), ainda que o respetivo crédito já esteja verificado por decisão definitiva¹² (n.º 3 do art. 128.º), pois “o pagamento dos créditos

10 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Setembro de 2011 (GARCIA CALEJO).

11 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Setembro de 2011 (GARCIA CALEJO). No mesmo sentido, veja-se o Acórdão de 25 de Março de 2010 (PINTO HESPANHOL), o Acórdão de 13 de Janeiro de 2011 (PEREIRA DA SILVA), e o Acórdão de 20 de Setembro de 2011 (GARCIA CALEJO).

12 Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de 30 de Junho de 2010 (DURO MATEUS CARDOSO), “visando o processo de insolvência a colocação de todos os credores em posição de igualdade jurídica perante o património da insolvente mediante o concurso universal de credores, a afirmação e reconhecimento de direitos de crédito sobre a insolvente através de acções declarativas de condenação em que apenas um dos vários credores é parte, abriria o caminho a situações de conluio e favorecimento entre alguns dos vários credores ou de falsos credores, por um lado, e a empresa à beira da insolvência ou já insolvente, por outro, através de simples expedientes como a não contestação das acções, omissão de apresentação de prova, confissão dos factos ou do pedido, etc., tudo com prejuízo manifesto dos restantes credores não intervenientes na acção declarativa”.

sobre a insolvência apenas contempla os que estiverem verificados por sentença transitada em julgado” (art. 173.º). Por isso, “declarada a insolvência, aberto o incidente de qualificação da insolvência com carácter pleno e fixado o prazo da reclamação de créditos, se as ações declarativas pendentes contra o devedor insolvente (em que se discutem direitos patrimoniais) prosseguirem, estar-se-á a desrespeitar o comando dos preceitos legais [...], com particular relevo para o art. 90.º, porquanto aqueles credores da insolvência estariam, na pendência desta, a exercer os seus direitos por meios processuais alheios ao CIRE” – de nada servindo a sentença proferida na ação instaurada contra o devedor¹³.

Em sentido contrário a esta tese do Supremo, podem ser apontados alguns Acórdãos das Relações¹⁴, que têm defendido que “a declaração de insolvência não determina, só por si, a inutilidade das ações declarativas que têm como objecto o reconhecimento judicial de um crédito sobre a insolvente [...] Tal inutilidade apenas ocorrerá a partir do momento em que, no processo de insolvência, é proferida sentença de verificação de créditos, já que, a partir desse momento, é essa sentença que reconhece e define os direitos dos credores”¹⁵.

Penso que, apesar de a ação não ser apensa e o credor não reclamar o seu crédito no processo de insolvência, a ação declarativa condenatória conserva a sua utilidade e, por isso, deverá ser apenas suspensa e não extinta por inutilidade superveniente da lide¹⁶. Só no caso de o credor ter reclamado

13 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Setembro de 2011 (GARCIA CALEJO).

14 Designadamente, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Dezembro de 2008 (MARIA CATARINA), de 22 de Setembro de 2009 (ANA LUCINDA CABRAL), de 2 de Março de 2010 (MARQUES DE CASTILHO) e de 1 de Junho de 2010 (GUERRA BANHA); e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de Junho de 2010 (PAULA SÁ FERNANDES) e de 15 de Fevereiro de 2011 (MANUEL MARQUES). *No sentido da tese defendida pelo STJ, vejam-se, por exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de Março de 2011 (ARTUR DIAS), e de Lisboa, de 3 de Junho de 2009 (SEARA PAIXÃO), de 30 de Junho de 2010 (DURO MATEUS CARDOSO) e de 16 de Março de 2011 (NATALINO BOLAS).*

15 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Dezembro de 2008 (MARIA CATARINA). No mesmo sentido, veja-se o voto de vencido de JORGE ARCANJO, *in* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Março de 2011 (ARTUR DIAS).

16 “A impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide dá-se quando, por facto ocorrido na pendência da instância, a pretensão do autor não se pode manter, por virtude do

o seu crédito e de este ter sido objeto de sentença de verificação e graduação de créditos poderá a instância extinguir-se por inutilidade superveniente da lide (art. 287.º, al. e)): na verdade, a sentença de verificação e graduação dos créditos proferida no processo de insolvência, depois de encerrado o processo, constitui para o efeito título executivo (art. 233.º, n.º 1, al. c)).

Em consequência, o momento processual em que esta extinção (a ocorrer) deverá operar não coincide com a reclamação do crédito, mas sim com o momento da prolação da sentença de verificação e graduação dos créditos. De facto, a reclamação do crédito não importa necessariamente a prolação de uma sentença de verificação e graduação dos créditos. Desde logo, na hipótese de encerramento do processo por insuficiência da massa, extingue-se a instância da verificação e graduação dos créditos, exceto se já tiver sido proferida sentença de verificação e graduação dos créditos (art. 233.º, n.º 2, al. b))¹⁷. Depois, também na hipótese de o processo encerrar a pedido do devedor (nos termos do art. 230.º, n.º 1, al. c)), pode o processo de insolvência terminar sem que o credor aí obtenha título comprovativo do seu direito contra o insolvente (art. 232.º, n.º 2, al. b)).

Por isso, a reclamação do crédito não importa necessariamente a inutilidade superveniente da lide de natureza declarativa intentada contra o insolvente: a inutilidade superveniente só ocorrerá “a partir do momento em que, no processo de insolvência, é proferida sentença de verificação de créditos, já que a partir desse momento, é essa sentença que reconhece e define os direitos dos credores”¹⁸.

desaparecimento dos sujeitos ou do objecto do processo, ou encontra a satisfação fora do esquema da providência pretendida () a solução do litígio deixa de interessar - além, por impossibilidade de atingir o resultado visado; aqui, por ele já ter sido atingido por outro meio” - assim, FREITAS, José Lebre/REDINHA, João/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra Editora, 1999, p. 512.

17 No caso de a insuficiência ser constatada na própria sentença declarativa de insolvência, e uma vez que a sentença só contém as referências das alíneas a) e b) do art. 36.º, não podem ser aplicados os arts. 85.º-89.º. Neste sentido também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de Maio de 2009 (MARIA EIRÓ), “A medida constante do referido preceito legal [art. 88.º, n.º 1, do CIRE] não faz sentido em relação aos casos em que apenas se declarou a insolvência restrita, em que não há, para além do mais, lugar à fase da reclamação de créditos”.

18 Assim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Dezembro de 2008 (MARIA CATARINA).

2. A substituição processual do insolvente

Em consequência da privação do poder de disposição e de administração dos bens que integram a massa insolvente, o devedor perde corresponsivamente a sua legitimidade processual¹⁹. Por isso, em todas as ações patrimoniais pendentes em que o insolvente seja autor ou réu, o administrador da insolvência substitui (por força da lei) o insolvente, independentemente da apensação do processo e do acordo da parte contrária - esta substituição é automática, sem necessidade de qualquer habilitação²⁰.

A extensão desta substituição deve ser aferida em função do alcance da própria privação do poder de disposição e de administração (prevista no art. 81.º). Assim, deverão ficar fora da sua órbita as ações que respeitem a direitos de natureza pessoal, tais como as ações de divórcio, de investigação de paternidade, bem como as ações penais²¹.

A substituição processual dá-se “quando é admitido como parte no

19 A legitimidade é “uma certa posição [das partes] em face da relação material litigada. Ela corresponde *grosso modo*, ao conceito civilista de *poder de disposição*”: assim, ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 84.

20 SOUSA DE MACEDO falava aqui de “habilitação universal”, por mero efeito da declaração de insolvência, ou seja, “uma vez decretada, em todo e qualquer negócio, em toda e qualquer acção, «*ipso facto*» deixa o falido de ter legitimidade para esta caber ao administrador” – *op. cit.*, vol. II, p. 117. A confirmar esta desnecessidade de habilitação, o art. 234.º, n.º 4, dispõe que, com o encerramento do processo, o devedor passa a ter legitimidade exclusiva para a causa, independentemente de habilitação.

21 Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de Setembro de 2011 (PAULO BARRETO), “Iº A constituição de arguido e o termo de identidade e residência constituem actos processuais com carácter próprio e pessoal tão acentuado - porque deles emergem direitos e deveres - que a sua aceitação, em representação da insolvente/arguida, exorbita a natureza exclusivamente patrimonial das funções do administrador de insolvência. II.º Assim, não cabe no âmbito das funções do administrador de insolvência, aceitar a constituição como arguido e assinar o termo de identidade e residência, em representação de pessoa colectiva insolvente, em processo cuja responsabilidade criminal resulta de factos anteriores ao processo de insolvência”.

processo quem não é sujeito da relação jurídica deduzida em juízo²²”. “O substituto atua no processo em seu nome (e não em nome de outrem, como sucede com o representante) e no seu próprio interesse, mas litiga sobre direito alheio”²³.

Na hipótese de o insolvente continuar a intervir no processo como parte, e assim, sem legitimidade processual para tal (ilegitimidade superveniente), a sentença que venha a ser proferida é inoponível à massa insolvente. Se o insolvente for substituído, os atos que tenha praticado em violação da ilegitimidade serão nulos e deverão ser repetidos²⁴.

Com o encerramento do processo de insolvência, o devedor recupera a sua legitimidade exclusiva para a causa (salvo estipulação em contrário prevista no plano de insolvência), independentemente de habilitação ou do acordo da contraparte (art. 233.º, n.º 4).

III. Os efeitos sobre as ações executivas e sobre os processos nos quais tenha sido praticado qualquer ato de apreensão ou detenção de bens compreendidos na massa insolvente

1. Por força do art. 88.º, em combinação com o art. 85.º, n.º 3, as ações executivas e as diligências executivas ou providências, respetivamente propostas e requeridas pelos credores da insolvência contra o insolvente,

22 CASTRO, Artur Anselmo, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. III, Almedina, Coimbra, 1982, p. 391.

23 VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 732-733.

24 MACEDO, Pedro de Sousa, *op. cit.*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1968, pp. 117-118.

ficam suspensas²⁵, de modo automático²⁶, podendo a suspensão ser pedida por qualquer credor no processo executivo, com fundamento no requerimento da declaração de insolvência (art. 870.º do Código de Processo Civil)²⁷.

Os credores da insolvência também ficam impedidos de intentar ação executiva contra o insolvente depois da declaração de insolvência. Se, contrariando o disposto no art. 88.º, n.º 1, for intentada uma ação executiva contra o insolvente, a mesma deverá ser objeto de decisão de indeferimento, por impossibilidade legal²⁸.

Se já tiver havido algum ato de apreensão ou detenção dos bens que integram a massa insolvente, o juiz ordena a sua apensação ao processo de insolvência (art. 85.º, n.º 2). Se houver outros executados, o processo corre por apenso apenas contra esses executados, ficando suspenso quanto ao insolvente (art. 88.º, n.º 1, 2ª parte).

Se não tiver havido qualquer ato de apreensão ou detenção, não parece haver motivo para a apensação ao processo de insolvência (art. 85.º, n.º 2, *a contrario*). Nesse caso, por força da lei, o processo fica suspenso, e, se houver

25 Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Novembro de 2006 (SOUSA LAMEIRA): “A declaração de insolvência, com carácter limitado - artigos 191º e 39º CIRE - na qual não foi requerido o complemento da sentença, não determina a declaração de extinção da instância por impossibilidade superveniente da lide, nos termos do artigo 88º, nº 1 daquele Código e 287º alínea e) do Código de Processo Civil do processo de execução que corre contra o insolvente.” No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de Maio de 2009 (MARIA EIRÓ): “I - O disposto no artº 88º, n.º 1, do CIRE, invocado no despacho recorrido, não se aplica à situação de insolvência restrita. II - A medida constante do referido preceito legal não faz sentido em relação aos casos em que apenas se declarou a insolvência restrita, em que não há, para além do mais, lugar à fase da reclamação de créditos.”

26 No sentido de que esta suspensão é independente do registo da sentença, por força do carácter urgente e da letra da lei, veja-se Oliveira, Artur Dionísio, *Os Efeitos Externos da Insolvência. As Acções Pendentes Contra o Insolvente*, in: “Julgar”, n.º 9, 2009, p. 177.

27 No sentido de que é nula a venda em processo executivo, depois da declaração de insolvência, cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 5 de Junho de 2008 (MANSO RAINHO).

28 Quanto ao problema das custas judiciais, veja-se Oliveira, Artur Dionísio, *Os Efeitos Externos da Insolvência. As Acções Pendentes Contra o Insolvente*, in: “Julgar”, n.º 9, 2009, p. 176.

outros executados, prossegue contra eles²⁹, sendo apenas extraído traslado do processado respeitante ao insolvente (art. 88.º, n.º 2).

2. Apesar de a letra da lei prescrever a suspensão do processo ou das diligências executivas, tem sido suscitada a questão da possibilidade de a instância se extinguir por inutilidade superveniente da lide executiva (nos termos do art. 287.º, al. e), do Código de Processo Civil).

No sentido de que a *instância não se extingue*, vai a doutrina³⁰ e a jurisprudência: veja-se, designadamente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Setembro de 2006 (CAETANO DUARTE), segundo o qual “o art. 88.º, n.º 1 (...) deve ser interpretado no sentido de que a execução deve ser sustada quanto ao insolvente mas não deve ser declarada finda”, uma vez que os credores poderão, depois de o processo encerrar, e na hipótese de não obterem aí a integral satisfação dos seus direitos, prosseguir as execuções suspensas, aproveitando toda a atividade processual entretanto realizada até à prolação da sentença declarativa de insolvência³¹.

3. O Anteprojeto de diploma que altera o CIRE, de 24 de novembro de 2011, acrescenta ao art. 88.º dois números.

De acordo com o n.º 3, “As ações executivas suspensas nos termos do n.º 1 extinguem-se, quanto ao executado insolvente, logo que ocorra uma das seguintes situações:

29 Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de Novembro de 2011 (GUERRA BANHA).

30 Na doutrina, defendendo a suspensão enquanto o processo durar, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 129.

31 No mesmo sentido, veja-se também, entre muitos outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de Setembro de 2011 (Amílcar Andrade); os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de Novembro de 2011 (Guerra Banha), de 21 de Junho de 2010 (Anabela Luna de Carvalho); o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de Novembro de 2009 (Teresa Pardal).

a) O processo de insolvência seja encerrado por insuficiência de bens da massa insolvente;

b) Seja deliberada em assembleia de credores a liquidação da massa insolvente”.

Por força do novo n.º 4, ”Compete ao administrador da insolvência comunicar por escrito e, preferencialmente, por meios eletrónicos, ao agente de execução nomeado nas execuções afetadas pela declaração de insolvência, que sejam do seu conhecimento, a ocorrência dos factos descritos no número anterior”.

A extinção das ações executivas suspensas, de acordo com este Anteprojecto, pode fundar-se, desde logo, no encerramento do processo por insuficiência de bens da massa insolvente. Parece tratar-se apenas da hipótese legal prevista no art. 232.º, e, por isso, dos casos em que, após a prolação da sentença declarativa de insolvência, o administrador da insolvência se apercebe de que a massa insolvente é insuficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas da massa insolvente, dando disso conhecimento ao juiz³². Temos dúvidas quanto à extinção das ações executivas nesta hipótese: se o património é insuficiente para a satisfação das dívidas da massa e das custas do processo de insolvência, pode não o ser para a satisfação do crédito exequendo. Por que não deixar atuar as regras gerais de extinção da instância executiva, previstas no art. 919.º, mais concretamente nos arts. 832.º, n.º 3, 833.º-B, n.º 6 e 875.º, n.º 6, todos do CPCivil?

A extinção das ações executivas suspensas, ainda de acordo com o Anteprojecto, pode também fundamentar-se na deliberação da assembleia de credores de liquidação da massa insolvente (art. 88.º, n.º 3, al. b)). Esta deliberação, que poderá ser tomada pela assembleia de credores de apreciação do relatório (prevista e regulada no art. 156.º), ou até pela assembleia de

32 Parece, assim, estar excluída a hipótese do art. 39.º: o juiz, antes da prolação da sentença declarativa da insolvência, conclui que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para o pagamento das custas processuais e das dívidas da massa insolvente. Neste caso, nem chegam a produzir-se os efeitos (substantivos ou processuais) associados à declaração de insolvência, designadamente a suspensão das ações executivas (art. 39.º, n.º 7, al. a)).

discussão e votação da proposta de plano de insolvência (arts. 209.º e ss.), é, só por si, suficiente para a extinção da ação executiva (não parecendo necessário o encerramento do processo de insolvência)³³. Em consequência da alteração legal, as ações executivas passam a conhecer duas fases na pendência da ação de insolvência: numa primeira fase, ficam suspensas quanto ao executado insolvente; numa segunda fase, quando se preencha a alínea b) do n.º 3, as ações extinguem-se quanto ao executado insolvente.

4. A suspensão da ação executiva deverá *perdurar* até ao encerramento do processo, momento em que, em regra, os efeitos da declaração de insolvência cessam (art. 233.º). Em consequência deste encerramento, o destino das execuções suspensas dependerá de várias condicionantes, designadamente do sujeito passivo da declaração de insolvência e do regime jurídico do encerramento do processo³⁴.

Sendo o insolvente uma pessoa singular, se o processo de insolvência tiver sido encerrado com fundamento no art. 230.º, n.º 1, al. a) (após o rateio final) e o credor tiver obtido a satisfação integral do seu crédito no processo de insolvência, a instância executiva deverá ser julgada extinta por inutilidade superveniente da lide; se o credor não obteve essa satisfação integral, a execução retomará os seus termos. Todavia, se tiver sido apresentado pedido de exoneração do passivo restante e tiver sido proferido o despacho inicial de cessão do rendimento disponível, não obstante o encerramento do processo, e durante o período da cessão, “não são permitidas quaisquer execuções sobre os bens do devedor, destinadas à satisfação dos créditos sobre a insolvência” (art. 242.º, n.º 1).

Na hipótese de o insolvente ser uma sociedade comercial, com o

33 A expressão legal “logo que ocorra uma das seguintes situações” parece significar que a extinção da instância é automática.

34 Seguiremos de perto a análise de Artur Dionísio de Oliveira no seu estudo *Os Efeitos Externos da Insolvência. As Ações Pendentes Contra o Insolvente*, in: “Julgar”, n.º 9, 2009, pp. 179 e ss.

encerramento do processo após o rateio final a execução deve extinguir-se, pois, por força do art. 234.º, n.º 3, a sociedade extingue-se após o encerramento do processo.

Se o processo de insolvência encerrar antes do rateio final, com fundamento na al. c), nada parece obstar ao prosseguimento da ação executiva, trate-se de um insolvente pessoa singular ou pessoa coletiva (art. 233.º, n.º 1, al. c)).

Se o processo encerrar após a aprovação de um plano de insolvência, de acordo com o art. 230.º, n.º 1, al. b), o destino das execuções em curso dependerá do conteúdo do próprio plano de insolvência (art. 233.º, n.º 4).

Se o processo encerrar na sequência da aprovação de um plano de pagamentos (art. 259.º, n.º 4), a sentença declarativa de insolvência só contém as referências das alíneas a) e b) do art. 36.º- por isso, não são desencadeados os efeitos processuais contemplados no Código. Neste caso, os efeitos processuais, poderão, eventualmente, ser desencadeados pelo próprio plano de pagamentos (arts. 233.º, n.º 1, al. c) e 252.º, n.º 2).

IV. Os efeitos sobre as convenções arbitrais

Inovadoramente, o Código, no art. 87.º, e replicando a norma equivalente do direito concursal espanhol (art. 52 *Ley Concursal*³⁵), regula os efeitos da declaração de insolvência sobre a subsistência das convenções de arbitragem, quando um dos contraentes é declarado insolvente.

Desde logo, determina a suspensão da eficácia das convenções arbitrais

35 “Artículo 52. Procedimientos Arbitrales 1. Los convénios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. 2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contendidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior”.

em que o insolvente seja parte, contanto que digam respeito a litígios cujo valor possa influenciar o valor da massa insolvente (n.º 1 do art. 87.º)³⁶. Trata-se de uma solução que, perante o silêncio da lei (quer do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência³⁷, quer do Código de Processo Civil), já vinha sendo defendida pela doutrina³⁸ e pela jurisprudência³⁹.

Todavia, este regime de suspensão sofre duas restrições, pois não valerá se se verificar alguma das seguintes hipóteses: prevalência dos tratados internacionais aplicáveis (art. 87.º, n.º 1, *in fine*); pendência à data de declaração de insolvência de um processo arbitral (art. 87.º, n.º 2).

Se, à data da declaração de insolvência, já estiver pendente algum processo, por remissão expressa para o art. 85.º, n.º 3, o insolvente é substituído pelo administrador da insolvência⁴⁰. Não obstante a pendência do processo arbitral, o credor não fica dispensado de reclamar o respetivo direito nos termos gerais do art. 128.º, n.º 3 (art. 87.º, n.º 2, parte final).

36 Poderá a convenção arbitral não respeitar a litígios de natureza patrimonial que possa influenciar o valor da massa, como por exemplo “em certas hipóteses em que esteja em causa a apreciação de prevalência de um contrato de arrendamento intransmissível” - assim, FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *op. cit.*, p. 360, nota 2.

37 Muito embora o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência já preveja a possibilidade de o liquidatário judicial celebrar convenções de arbitragem, nos termos previstos no seu art. 144.º. A este propósito, veja-se MENDES, Armindo Ribeiro/MENDES, Sofia Ribeiro, *Crónica de Jurisprudência Portuguesa em 2009*, in: “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, Ano III, Maio 2010, p. 270.

38 Assim, MACEDO, Pedro de Sousa, *op. cit.*, vol. II, p. 112, que já defendia que “o princípio da universalidade de procedimento prevalece sobre a competência convencional, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória”.

39 Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de Abril de 2005 (PINTO DOS SANTOS), fundamentando-se a decisão de não vinculação da insolvente à cláusula compromissória no instituto da resolução com fundamento na alteração anormal das circunstâncias (de acordo com o art. 437.º, n.º 1, do Código Civil), ou seja, a superveniência do estado de falência e a consequente impossibilidade de suportar os custos do processo arbitral.

40 No sentido de que não há lugar à apensação do processo arbitral ao processo de insolvência, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código*, *op. cit.*, p. 97, nota 2; Luís FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *op. cit.*, p. 361, nota 4.

V. Os efeitos sobre as dívidas da massa insolvente

O art. 89.º regula os efeitos da declaração de insolvência sobre as ações respeitantes a dívidas da massa insolvente – trata-se de dívidas que se encontram elencadas essencialmente no art. 51.º (além de outras como tal qualificadas no Código) e que são pagas precipuamente em relação aos créditos sobre a insolvência (art. 172.º, n.º 1), na data do seu vencimento, qualquer que seja o momento processual⁴¹.

As ações, declarativas ou executivas⁴² (com exceção das execuções por dívidas tributárias⁴³), respeitantes às dívidas da massa insolvente correm por apenso ao processo de insolvência - em consequência, o tribunal onde corre o processo de insolvência tem uma “competência por conexão” e “obrigatória”⁴⁴, pois o autor não tem qualquer faculdade de opção.

41 A este propósito, veja-se o nosso *Manual de Direito da Insolvência*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 202 e ss.

42 Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Abril de 2008 (LUÍS MIGUEL DE AZEVEDO MENDES), “O Tribunal do Trabalho é incompetente, em razão da matéria, para conhecer de acção para apreciação de despedimento ocorrido em data posterior a uma declaração de insolvência duma sociedade e de créditos laborais emergentes do contrato de trabalho mantido e daquela cessação”. In <http://www.colectaneadejurisprudencia.com>

43 Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de Setembro de 2011 (ISABEL MARQUES DA SILVA), “A instauração da execução fiscal por créditos vencidos posteriormente à declaração de falência, como são os créditos exequendos, encontra expresso apoio legal no disposto no n.º 6 do artigo 180.º do CPPT, preceito que há-de ser, contudo, interpretado razoavelmente, atenta a unidade do sistema jurídico, no sentido de que só será viável o prosseguimento dos processos de execução fiscal por créditos vencidos após a declaração de falência se forem penhorados bens não apreendidos naquele processo”.

44 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de Maio de 2011 (ANA LUCINDA CABRAL), segundo o qual, “apesar de esta acção de despejo revestir a natureza de uma acção autónoma, por força da declaração de insolvência passa a integrar um incidente (em sentido lato) do respectivo processo, sendo chamada para a sua esfera como efeito processual da declaração, passando a integrar de forma dependente os trâmites do próprio processo de insolvência, perdendo autonomia e integrando os procedimentos integrados para liquidação do património do insolvente e pagamento das suas dívidas”.

Com vista à estabilização da massa insolvente, o art. 89.º, n.º 1 estabelece um período de carência⁴⁵ para a propositura de execuções de dívidas da massa insolvente – três meses seguintes à declaração de insolvência.

VI. Os efeitos sobre as ações previstas no art. 82.º

Com uma inserção sistemática duvidosa, o CIRE também contém uma disciplina processual especial para as ações previstas no art. 82.º, n.º 2-4.

Desde logo, trata-se de ações em que é atribuída ao administrador da insolvência legitimidade exclusiva, na pendência do processo de insolvência⁴⁶, para propor e/ou fazer seguir as ações elencadas nos n.ºs 2 e 3 do art. 82.º, por um lado, e, por outro lado, é imposta por lei a sua tramitação por apenso (art. 82.º, n.º 5).

A concentração na instância insolvencial da apreciação das atuações dos administradores societários, perante a sociedade insolvente (art. 82.º, n.º 2, al. a)), é o corolário da perda de poder de disposição e de administração pelo insolvente (art. 81.º, n.º 1) e, perante os credores sociais⁴⁷, é a consequência direta da exclusividade da instância insolvencial para a reclamação dos créditos (art. 82.º, n.º 2, al. b)⁴⁸ e c)).

45 Assim, FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *op. cit.*, p. 363, nota 3.

46 Críticos em relação à restrição temporal deste efeito à pendência da ação (por estatuição expressa do proémio do n.º 2), vejam-se FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *op. cit.*, p. 346, nota 7.

47 Para MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, as ações contempladas no art. 82.º, n.º 2, são “susceptíveis de aproveitar, reflexa ou indirectamente, à generalidade desses mesmos credores. Estes interesses dos credores são individuais, mas homogêneos”. Por isso, o Autor conclui que “as acções destinadas a satisfazer interesses meramente singulares (não comuns) de reparação de danos por parte dos credores da sociedade insolvente contra os seus administradores são autónomas. Do mesmo modo, as acções dos sócios contra esses mesmos administradores” - *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, Setembro 2006, p. 673.

48 Segundo MARIA ELISABETE RAMOS, para além de outras, o art. 82.º, n.º 2, al. b)

Na pendência do processo de insolvência, quem tem legitimidade ao abrigo do direito societário para propor as ações previstas no art. 82.º, n.º 2, “sociedade, sócios e credores da sociedade”, encontra-se privado “de legitimidade activa para propor ou fazer [seguir] acção social de responsabilidade contra os administradores de facto ou de direito”⁴⁹. Aliás, esta substituição, nem depende de prévia deliberação social (art. 82.º, n.º 2, al. a), *in fine*), afastando-se, deste modo, a aplicação do art. 75.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, segundo o qual “a ação de responsabilidade proposta pela sociedade depende de deliberação dos sócios, tomada por simples maioria (...)”.

Porto, 11 de dezembro de 2011

Maria do Rosário Epifânio

“contempla as acções destinadas a reclamar a indemnização devida pelos administradores da sociedade aos credores desta sempre que, pela violação culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção daqueles, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos (art. 78.º, n.º 1, do CSC)” - *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in: “Prima Facie, Revista de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas”, n.º 7, 2005, p. 17, consultada no site <http://www.cj.ufpb.br/prima/artigos/n7/insolvencia.pdf>.

49 RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, p. 15.

SOBRE A PROJECTADA REFORMA DA LEI DA INSOLVÊNCIA

Como é do conhecimento geral, no quadro do programa de auxílio financeiro à República Portuguesa assegurado pelo Banco Central Europeu (BCE), a Comissão Europeia (CE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) – a chamada “Troika” – foi assumido o compromisso de alterar o regime português da insolvência. Segundo se diz no “Memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica” (doravante Memorando da Troika), a alteração visa “facilitar a recuperação efectiva de empresas viáveis [...] para, entre outras coisas, introduzir uma maior rapidez nos procedimentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação” e deverá ser levada a cabo, com a assistência técnica do FMI, até ao fim do mês de Dezembro de 2011^{1 2}.

Em Setembro de 2011, a Direcção-Geral de Política da Justiça deu a conhecer, ainda que de forma reservada, um documento intitulado “Memorando de enquadramento das propostas de alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas” (doravante Memorando), datado de 31 de Agosto de 2011, que, como resultado seu nome, contém as propostas de alteração ao Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas (doravante CIRE). Vinha acompanhado de dois outros documentos: o “Memorando sobre a introdução de procedimento judicial de aprovação de planos de reestruturação negociados entre credores e devedor fora dos tribunais” e os “Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores”, entretanto aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro³.

1 Cfr. pág. 9, ponto 2.17. O documento (versão em português) foi consultado por último em 30 de Setembro, em http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU_PT_20110517.pdf.

2 O prazo foi prorrogado do final de Novembro para o final de Dezembro pelo documento que operou a 1.ª actualização ao Memorando da Troika, em 1 de Setembro de 2011 (cfr. ponto 2.16). O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 30 de Setembro de 2011, em http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/1R_MoU_20110901.pdf.

3 A Resolução, contendo em anexo os “Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores”, foi publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 205, de 25 de Outubro

O objectivo era discutir os documentos (e recolher contributos) num seminário, que efectivamente veio a realizar-se, por iniciativa da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) e do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação (IAPMEI), no dia 14 de Setembro de 2011, subordinado ao tema “Reforçar o enquadramento aplicável às insolvências e à reestruturação de dívidas na perspectiva da viabilização de processos de recuperação de empresas”.

1. Sobre a projectada reforma tal como decorre do Memorando

As medidas propostas são relativamente poucas (cerca de catorze) e de pequena monta. Nem todas merecem um comentário, seja porque não introduzem alterações substanciais na disciplina da insolvência seja porque são indiscutivelmente oportunas. Assim acontece, de uma forma geral, com a supressão de actos inúteis, a simplificação de procedimentos de citação, de notificação dos interessados e de publicidade do processo de insolvência, o reforço dos poderes de gestão processual concedidos ao juiz da causa em matéria de suspensão da assembleia de credores ou em matéria de satisfação do direito a alimentos a menores que dependam do insolvente, a consagração da protecção de credores que intervenham em processo de reestruturação de devedores em situação económica difícil, a agilização e a simplificação do incidente de verificação e graduação de créditos, a simplificação do procedimento a observar em matéria de venda antecipada de bens, a conformação do Código da Insolvência ao Regulamento das Custas Processuais, o alargamento das causas de encerramento do processo de insolvência, a adequação das regras a observar aquando da instauração de procedimentos cautelares à disciplina da distribuição dos actos processuais resultante do Código de Processo Civil.

Mais do que as propostas relevam as omissões. De entre todas aquelas que mais se estranha são quanto ao plano de insolvência e à exoneração do passivo restante. Necessitam ambos manifestamente de alterações, embora por motivos diferentes: o primeiro para estimular a sua utilização e o segundo para refreá-la.

de 2011, págs. 4714-4716. Tanto como se sabe, os restantes dois textos não revestem ainda carácter oficial e não estão disponíveis em acesso livre.

Apesar de tudo, há três ou quatro iniciativas dignas de referência. Se houvesse tempo valeria a pena reponderá-las.

1.1. Desclassificação do carácter urgente e do carácter obrigatório do incidente de qualificação da insolvência

De acordo com o Memorando, não há justificação material para os actos que dão corpo ao incidente de qualificação da insolvência beneficiarem de precedência face ao restante serviço do tribunal. Nesta conformidade, “será alterado o n.º 1 do artigo 9.º do CIRE”, deixando o incidente de ser urgente.

Noutro ponto do Memorando, prevê-se, por outro lado, que o incidente deixará de se abrir oficiosamente em todos os processos de insolvência, passando a ser facultativo ou, mais precisamente, “a ser tramitado por iniciativa do juiz, só nos casos em que haja indícios de que a situação de insolvência foi criada com culpa do devedor ou de algum dos seus responsáveis”.

Ora, se os casos em que se abre o incidente são exclusivamente aqueles em que os indícios de culpa grave ou dolo são manifestos será de toda a conveniência que o incidente mantenha o seu carácter urgente, designadamente para que os indícios não se percam. Depois, se, como se sugere noutro ponto do Memorando (no capítulo relativo à enumeração das matérias discutidas nas reuniões entre Portugal e as instituições internacionais), o sistema dos efeitos da insolvência culposa vier a ser revisto – em nome da necessidade do reforço da responsabilização dos devedores que não se apresentem à insolvência – e passar a aplicar-se, aos sujeitos afectados, uma sanção de carácter patrimonial (ao que tudo indica, a responsabilidade patrimonial⁴), não se afigura coerente que o incidente seja postergado. Tal significaria a postergação do ressarcimento dos credores, que é justamente o que a introdução de uma sanção de carácter patrimonial visa assegurar.

A disciplina das sanções deve, sem dúvida, ser revista. Lamenta-se apenas, primeiro, que a necessidade de reforço de responsabilização pareça restringir-

4 Cfr. Catarina Serra, “Portugal under the spotlight: will there be a new Insolvency Act?”, in: *EuroFenix – The Journal of INSOL Europe*, 44, 2011, págs. 22 e s., ou “Le Portugal à la une: Y aura-t-il une nouvelle loi sur l’insolvabilité?”, in: *Eurofenix – La Revue d’INSOL Europe*, 43, 2011, págs. 27 e s., e Catarina Serra, “The Portuguese Classification of Insolvency from a Comparative Perspective”, in: Rebecca Parry (Ed.), *Papers from the INSOL Europe Academic Forum Half-Year Conference, Milan, 31 March-1 April 2011* (em curso de publicação).

se aos devedores que não cumpram o dever de apresentação (e não abranger também os sujeitos afectados em virtude da prática de outros factos) e, segundo, que a alteração do regime sancionatório seja a única medida proposta e não esteja acompanhada por outras medidas. Na realidade, há outros aspectos do regime da qualificação da insolvência que dificultam a responsabilização dos sujeitos e carecem de intervenção do legislador. Refiram-se dois exemplos.

Afirma-se no Memorando que não há responsabilização tão frequentemente como seria desejável porque é difícil provar os requisitos da insolvência culposa, designadamente o nexó de causalidade. Não seria oportuno, assim sendo, rever igualmente o regime das presunções, mais particularmente as duas presunções (alegadamente só) de culpa grave consagradas no n.º 3 do art. 186.º do CIRE? Sob pena de estas últimas perderem grande parte da sua utilidade, deveria tornar-se claro que elas não são meras presunções (relativas) de culpa grave mas autênticas presunções (relativas) de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência), como já vem sendo defendido na doutrina⁵ assim como na jurisprudência⁶. Continuar-se-ia deste modo a penalizar (*rectius*: a onerar com uma presunção) o sujeito que viola deveres jurídicos mas ser-lhe-ia concedida, como é de elementar justiça, a possibilidade de ele se defender mostrando que a sua conduta, apesar de ilícita – e porventura culposa –, não causou a insolvência, não sendo, portanto, adequado que se produzam os efeitos concebidos para as situações de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência).

O segundo exemplo prende-se com o estatuído no art. 188.º, n.º 4, do CIRE e o regime de presunções absolutas do art. 186.º, n.º 2, do CIRE, entre os quais a desarmonia é patente. Atendendo ao disposto neste último preceito, os

5 Cfr. Catarina Serra, “*«Decoctor ergo fraudator»?* – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 21, págs. 54 e s. (esp., págs. 67 e s.), e Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição), Coimbra, Almedina, 2010, págs. 122-123.

6 Cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Maio de 2007 (Relator: Mário Cruz), de 24 de Setembro de 2007 e de 17 de Novembro de 2008 (Relator: Sousa Lameira) e de 5 de Fevereiro de 2009 (Relator: Luís Espírito Santo) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Janeiro de 2010 (Relator: Carlos Moreira) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). Parece ter sido esta, já antes, também a interpretação do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 564/2007, de 13 de Novembro (Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro) (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

pareceres coincidentes do administrador da insolvência e do Ministério Público no sentido da qualificação da insolvência como fortuita parecem literalmente excluir qualquer poder de o juiz agir em contrário. Ficará o juiz inibido de averiguar os factos, como lhe permite o art. 11.º do CIRE, e concluir que a insolvência é culposa? Ficará o juiz impedido de qualificar a insolvência como culposa mesmo que, numa hipótese-limite, se configure uma das situações descritas no n.º 2 do art. 186.º do CIRE? Seria útil que a lei esclarecesse em definitivo a questão, reafirmando, por um lado, em geral, os poderes e deveres do juiz no âmbito da tutela jurisdicional efectiva, e, por outro, relativamente à hipótese-limite descrita em particular, o dever de obediência à lei⁷.

No final das contas, vendo bem, as propostas de alteração para o regime da qualificação da insolvência não deixam de ser estranhas. Não parece fazer muito sentido reconhecer (ou lamentar) que a qualificação “te[nha] tido um efeito prático diminuto, seja por dificuldades de obtenção de prova, fruto da forma como o mesmo se encontra modelado, seja por as sanções previstas não se mostrarem eficazes” e que aquilo que se proponha seja apenas (ou paradoxalmente) a desclassificação do carácter de urgência e a eliminação da obrigatoriedade da abertura do respectivo incidente.

Não se contesta a conclusão fixada no “Relatório de Levantamento e Análise dos Processos Pendentes”, apresentado pelo Grupo de Trabalho da Direcção-Geral de Política da Justiça, em Junho de 2011, de que existe uma “[d]esproporção entre o trabalho resultante da quase-obrigatoriedade em proceder à abertura do incidente de qualificação da insolvência e o resultado adveniente da tramitação do mencionado incidente, uma vez que na grande maioria dos casos se conclui pelo carácter fortuito da insolvência”⁸. Mas

7 Cfr., sobre esta questão, Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição), cit., pág. 123 e nota 197. Adopta-se, em geral, a posição de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda [*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, Lisboa, QuidJuris, 2008, págs. 22-23].

8 Cfr. página 55. O documento foi consultado por último em 30 de Setembro, em http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/relatorio-levantamento/downloadFile/file/Relatorio_levantamento_pendencias_atraso_Junho2011.pdf. No Relatório observou-se que em 73,2% dos casos analisados a insolvência foi considerada fortuita e nos remanescentes 26,8% foi considerada culposa (cfr. pág. 53).

quando o problema é não haver sapatos o remédio é cortar os pés? Vem à ideia a frase de Jonathan Swift: *the stoical scheme of supplying our wants by lopping off our desires, is like cutting off our feet when we want shoes.*

1.2. Redução do prazo para apresentação à insolvência e incremento da responsabilização do devedor pelo não cumprimento de tal dever

De acordo com o Memorando, o prazo para o cumprimento do dever de apresentação à insolvência será reduzido. Mais precisamente, “preconiza-se a redução para metade do prazo actualmente consignado no n.º 1 do artigo 20.º do CIRE para que os devedores se devam apresentar à insolvência, passando o mesmo de 60 para 30 dias”.

Já era de esperar uma medida deste teor. Quando se quer aumentar a eficácia na aplicação da lei e a celeridade dos processos – e ostentar tal intenção –, é habitual uma redução generalizada dos prazos. Não é uma medida inconsequente, apesar de isso passar despercebido. É um dado de senso comum que não há – não pode haver – boas decisões no âmbito de matérias complexas quando os prazos são apertados. Em última análise, a garantia da tutela jurisdicional efectiva pode ficar comprometida.

Em particular no que toca à redução do prazo para apresentação à insolvência o encurtamento, em si, não é censurável mas vale a pena reflectir sobre a adequação da medida e as suas previsíveis consequências.

Nem sempre é fácil diagnosticar uma situação de insolvência. Na prática, o diagnóstico envolve quase sempre um juízo de prognose, através do qual o devedor afere a gravidade da sua situação. Por mais que a definição legal obrigue o devedor a considerar-se insolvente sempre se encontre em situação de impossibilidade (actual) de cumprir as suas obrigações vencidas, a maior parte das vezes o devedor só admite a insolvência quando tem a certeza de que não conseguirá superar aquela impossibilidade no futuro próximo. E não é por acaso que assim é na prática, nem inteiramente mau que assim seja no plano conceptual.

Na lei alemã, mais precisamente no § 15a (1) da *Insolvenzordnung* (*InsO*), o prazo para a apresentação à insolvência das sociedades e outras pessoas colectivas é, de facto, mais curto do aquele que prevê a lei portuguesa vigente: (o mais tardar) até 3 semanas após o conhecimento da insolvência

(*Zahlungsunfähigkeit*) ou da situação patrimonial negativa (*Überschuldung*)⁹. Mas a verdade é que foi adoptada uma medida para evitar algumas das desvantagens da exiguidade do prazo na hipótese, como a presente, de uma crise económica geral. A *Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG)*, aprovada em Outubro de 2008, veio introduzir uma alteração ao § 19 (2) da *InsO*, da qual resulta a possibilidade de certas sociedades serem dispensadas do dever de apresentação à insolvência. As sociedades estão em situação patrimonial líquida negativa (*überschuldet*) – e logo sujeitas ao dever de apresentação à insolvência – quando o seu activo não é suficiente para fazer face ao seu passivo a menos que – diz agora a norma – a continuação da empresa seja, em concreto, a hipótese mais provável¹⁰. A medida foi explicada com base no argumento de que no caso contrário estar-se-ia a condenar inapelável e injustificadamente um grande número de sociedades (todas as sociedades que estão “descapitalizadas” devido à crise, e por isso tecnicamente insolventes, mas têm a possibilidade de superar tal situação a curto ou médio prazo). Em conformidade com isto, a ressalva valerá (apenas) durante o

9 Como nota rápida de direito comparado, deve dizer-se que também na lei francesa o prazo é mais apertado: 45 dias após a cessação de pagamentos (*cessation de paiements*) (cfr. Article L631-4 do *Code de Commerce*). Já na lei espanhola, recém-alterada (em 10 de Outubro de 2011), o prazo é igual ao da lei portuguesa vigente, ou seja, de 2 meses (cfr. art. 5.1 da *Ley Concursal*). Por fim, na lei inglesa não existe prazo para apresentação à insolvência, sendo o devedor a decidir qual a medida mais adequada a adoptar. Diga-se, a terminar, que qualquer dos prazos previstos nas lei europeias mencionados é compatível com o *Draft Report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law*, apresentado em Junho de 2011, onde se recomenda, no contexto de uma harmonização, o prazo de 1 a 2 meses após a cessação de pagamentos (cfr. pág. 6, parte 1, 1.1.). O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 16 de Outubro de 2011, em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-467.008+02+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

10 Por outras palavras, quando existe uma probabilidade séria de continuação (*positive Fortführungsprognose*). De acordo com o “*CMS Guide to Restructuring, Insolvency and Distressed Debt Trading in Europe*”, de Fevereiro de 2011, existe, em regra, *positive Fortführungsprognose* quando é previsível que a empresa volte a estar em condições de cumprir as suas obrigações vencidas dentro de 12 a 24 meses. O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 16 de Outubro de 2011, em http://www.cmslegal.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/bb2e4791-3748-4767-8e3a-606d205f1c40/Presentation/PublicationAttachment/9689ba8b-5c53-43cb-9dd9-dd03daa30190/Guide_to_Restructuring%2c_Insolvency_and_DDT.pdf.

período que durar a crise. Em 1 de Janeiro de 2014, data em que, segundo se estima, a crise estará superada na Alemanha, a versão inicial do § 19 (2) da *InsO* regressará à vigência.

Tudo isto confirma que um diagnóstico sério sobre a insolvência requer algum tempo e que a lei deve, portanto, assegurar um “prazo razoável” para o exercício do dever de apresentação. Na pressa de se acelerar a intervenção processual existe, de facto, o perigo de se submeterem ao processo de insolvência devedores cuja empresa merecia ainda uma tentativa de aplicação de soluções mais criativas. O que, aliás, estaria mais em coerência com o espírito geral da anunciada intervenção legislativa, em especial com o aparente investimento do legislador em novos mecanismos extrajudiciais de recuperação (cfr. *infra* ponto 3).

É mais ou menos inevitável, por outro lado, que o encurtamento do prazo tenha um *risk-chilling effect*, ou seja, que o devedor ou os seus administradores perante um prazo muito estreito e na iminência de sujeição a sanções mais graves, sintam receio e se demitam do esforço de procurar e aplicar medidas tendentes à superação das dificuldades (que podem bem aparecer como adequadas aos seus olhos e não o ser afinal), e prefiram transferir, o mais rapidamente possível, a responsabilidade da empresa para terceiros.

Reforço da articulação entre o processo de insolvência e a acção executiva

No Memorando prevê-se que “o Ministério Público, em defesa da legalidade e da regularidade do comércio jurídico, esteios da economia de mercado em que Portugal se insere, passe a ter o dever expresso de encetar o processo de insolvência de todos aqueles que, por estarem inscritos na [...] lista [pública de execuções, criada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, e regulamentação que o complementa], por não possuírem bens penhoráveis suficientes para cumprir as responsabilidades que deram origem à execução que os colocou na referida lista, se encontram em situação de insolvência iminente ou mesmo de insolvência”.

A medida causa alguma incredulidade. O Ministério Público passa ater o dever de requerer a declaração de insolvência de todos os *sujeitos que não possuam bens penhoráveis suficientes para cumprir as responsabilidades que deram origem à execução?*; o Ministério Público passa ater o dever de requerer a declaração de insolvência de todos os sujeitos que não possuam bens

penhoráveis suficientes para cumprir as responsabilidades que deram origem à execução *também quando a sua insolvência é meramente iminente?*

Diga-se, desde já, que a atribuição ao Ministério Público de um dever de agir na hipótese de insolvência iminente é contrária a tudo o que justificadamente é comum associar-se à situação de insolvência iminente: a apresentação à insolvência como *um poder ou uma faculdade* que está *na titularidade exclusiva do devedor* – por razões que se prendem com os contornos indefinidos da insolvência iminente (só perceptível com segurança pelo devedor) e o risco de prejuízos intoleráveis para o bom nome e reputação do devedor (se se confirmar que a abertura do processo foi intempestiva)¹¹.

Em abstracto, não deixa de se compreender a medida. O processo de insolvência é uma daquelas situações excepcionais em que se justifica o desvio ao princípio dispositivo e a previsão de instrumentos independentes da vontade das pessoas afectadas para instar os tribunais ao exercício do poder judicial.

Convém lembrar, todavia, que foi o CIRE que acabou com o direito de acção próprio do Ministério Público no processo de insolvência¹² e que,

11 Cfr. Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição) cit., pág. 28.

12 No Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), a norma do art. 8.º (norma homóloga à do art. 20.º do CIRE), mais precisamente, o seu n.º 2, 2.ª parte, previa que o Ministério Público pudesse requerer a adopção de uma providência de recuperação quando a empresa tivesse sido declarada em “situação económica difícil” e houvesse “interesse económico e social na manutenção da sua actividade”. Nesta hipótese, o Ministério Público não aparecia na veste de representante dos credores públicos e defensor dos respectivos direitos de crédito, nem tinha a sua legitimidade processual subordinada à verificação dos factos-índice, como acontecia com os credores [cfr. art. 8.º, n.º 1, als. *a*), *b*) e *c*), *ex vi* do art. 8.º n.º 2, 1.ª parte, e n.º 3, do CPEREF]. Aparecia, sim, como agente da realização do interesse público (diga-se, sem grande rigor, mas sugestivamente, de um interesse público “mais geral” do que aqueles interesses patrimoniais) e era este interesse público que lhe conferia a legitimidade para agir. Eliminado o processo de recuperação pelo CIRE, desapareceu esta possibilidade. A acção do Ministério Público ficou limitada à “representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados” e submetida ao regime geral, ou seja, ao regime aplicável a qualquer credor [cfr. art. 20.º, n.º 1, do CIRE]. Aparentemente, o Ministério Público não tem, hoje, iniciativa própria, aparentemente, não se admite outra hipótese que não seja a de ele agir em representação. Por outro lado, deixou de se evocar o interesse público como critério da sua acção. Sobre isto cfr. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 301 e s.

mesmo enquanto ele durou, nunca houve – mostra-o a experiência – uma grande adesão do Ministério Público ao exercício do direito¹³. Este novo dever de intervenção não há-de ser, pois, fácil de “interiorizar”. O que está em causa agora – é verdade – é um *dever*¹⁴. A eficiência da solução depende, pois, menos da vontade de agir do Ministério Público e mais da eficiência do sistema de informação (designadamente a lista pública de execuções, criada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro). Atendendo, contudo, a que não existe uma tradição de iniciativa processual do Ministério Público em matéria de insolvência, sempre será preciso algum tempo até que a medida produza resultados significativos.

E qual é a utilidade do processo de insolvência nestes casos? Sempre que existe insuficiência de bens penhoráveis é de presumir a insuficiência da massa insolvente para satisfazer as custas do processo e as dívidas previsíveis da massa insolvente, o que configura a hipótese do n.º 1 do art. 39.º do CIRE e é susceptível de conduzir ao encerramento antecipado do processo de insolvência nos termos da al. b) do n.º 7 do mesmo preceito. No que respeita à sua finalidade principal – a satisfação dos direitos dos credores –, a abertura do processo é, na realidade, pouco mais que inútil¹⁵. Além da possibilidade de punição dos sujeitos que contribuíram com culpa para a criação ou o agravamento da insolvência (por via do incidente limitado de qualificação de

13 Cfr. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., pág. 312 e nota 808. Cfr. ainda Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., pág. 111.

14 Note-se que, mesmo no quadro da lei vigente, sempre se defendeu que o Ministério Público devia actuar no processo de insolvência noutra qualidade que não a de representante dos credores públicos e para a defesa de outros interesses que não os respectivos interesses de tipo patrimonial – dos interesses associados ao crédito (a confiança e a estabilidade nos compromissos jurídico-económicos) e à economia (o crescimento económico). Cfr. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., págs. 412 e s.

15 Cfr. Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., pág. 137.

insolvência), o mais provável é que o processo sirva apenas para extinguir empresas inviáveis, isto é, para a realização de interesses de carácter público – justamente aqueles interesses que, no preâmbulo do diploma que aprovou o CIRE (o DL n.º 53/2004, de 18 de Março), o legislador se esforçou por demonstrar que não existiam.

A verdadeira fragilidade da medida é outra, porém. É que nem sempre – para dizer o mínimo – à ausência de bens penhoráveis suficientes para cumprir as responsabilidades corresponde a insolvência. Mesmo que se diga no Memorando que “quem não tem bens suficientes para dar resposta a uma única execução, por maioria de razão, não terá disponibilidade económica para responder cabalmente pelas demais dívidas que haja assumido, pelo que se mostra absolutamente justificável que, contra tal pessoa, seja aberto o processo de insolvência”, o facto é que, pelo menos enquanto a insolvência permanecer a situação descrita no n.º 1 do art. 3.º do CIRE, aquela insuficiência de bens não deverá fundamentar a abertura de um processo de insolvência porque, por si só, ela não é insolvência (ou sequer insolvência iminente). A intervenção do Ministério Público pode, portanto, por vezes, ser desproporcionada, inoportuna ou extemporânea. Só o “prudente arbítrio do julgador”, em que confiava Ferrer Correia¹⁶, o “seu bom senso”, pode limitar as consequências desta medida.

A tentativa de articulação entre o processo de insolvência e o processo executivo tem antecedentes na norma (revogada) do n.º 1 do art. 870.º do Código de Processo Civil (CPC). Esta norma dispunha que o credor podia requerer a conversão da execução em processo de falência sempre que se verificasse que “o património do devedor não chega[va] para o pagamento dos créditos verificados”¹⁷. Foi eliminada na reforma do Código de Processo Civil

16 Cfr. António Ferrer Correia, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Coimbra, 1948, pág. 325.

17 Hoje, desde a alteração pelo DL n.º 226/2008, de 20 de Novembro, a norma do art. 870.º do CPC dispõe, em texto único, que qualquer credor tem a possibilidade de obter a suspensão da execução em curso mostrando que foi requerido processo de insolvência do executado. É de salientar que para haver suspensão da execução não é preciso que o processo de insolvência tenha sido requerido pelo credor requerente da execução nem por qualquer credor (pode muito bem ter sido outro legitimado). Não obstante depender da iniciativa do credor, a norma do art. 870.º do CPC tem, relativamente ao art. 88.º, n.º 1, do CIRE (suspensão das acções executivas como efeito da declaração de insolvência), a grande vantagem de permitir a suspensão *antes* da declaração da insolvência (ou seja, logo que a declaração de insolvência é requerida). Cfr. Catarina Serra, *O novo regime português*

de 1995/96, pois era desadequado que a situação de insuficiência do património pudesse configurar um pressuposto autónomo e (quase) automático do processo de insolvência. A disposição acabou por ser recuperada, mais tarde, pela al. e) do n.º 1 do art. 20.º do CIRE. Recuperada *cum granu salis*, a al. e) do n.º 1 do art. 20.º do CIRE atribui aos credores, aos responsáveis legais pelas dívidas do devedor e ao Ministério Público o *poder* de requerer a declaração de insolvência do devedor quando se verifique a “[i]nsuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor”. Não se repetiu, pois, o erro apontado à norma do n.º 1 do art. 870.º do CPC: não se erige a situação em pressuposto autónomo do processo de insolvência nem se autoriza a conversão do processo de execução em processo de insolvência. Já não pode afirmar-se o mesmo sobre a medida proposta: embora tão-pouco autorize a conversão processual, lança dúvidas sobre a continuidade da situação de insolvência como pressuposto único do processo de insolvência. Caberá, como se disse, ao julgador, com o seu bom senso e alguma clareza de espírito, evitar que se instale a confusão.

2. Sobre a projectada reforma... (cont.) – A omissão mais relevante

Como se disse, impressiona o silêncio quanto a inúmeras matérias. A mais importante é quanto ao plano de insolvência.

A única menção do Memorando (no capítulo relativo à enumeração das matérias discutidas nas reuniões entre Portugal e as instituições internacionais) é a uma alteração susceptível de afectar o regime de votação: a “alteração das regras sobre a formação da vontade nas assembleias de credores (formação de maiorias) tendo em vista destrinçar diferentes categorias de credores consoante o seu relacionamento económico com o insolvente”, que já existe, por exemplo, na lei alemã.

Terá o legislador a veicidade de que é suficiente o (já existente)

da insolvência – Uma introdução (4.ª edição), cit., pág. 76. Relativamente ao art. 88.º, n.º 1, deve dizer-se que o documento “Estrangulamentos e soluções – uma análise breve do panorama das execuções pendentes em Portugal” configura a possibilidade de a norma determinar não a suspensão das diligências mas a extinção da execução, solução que seria fundada nos argumentos literal, sistemático, teleológico e histórico (cfr. pág. 18, nota 27). O documento foi consultado por último em 15 de Outubro de 2011, em <http://www.mj.gov.pt/PT/NoticiasEventos/ArquivoImprensa/2011/Documents/Relat%C3%B3rio%20Estrangulamentos%20e%20solu%C3%A7%C3%B5es%20-%20GDLE.pdf>.

procedimento extrajudicial de conciliação para a viabilização de empresas (PEC)¹⁸ e o (proposto) “procedimento judicial de aprovação de planos de reestruturação negociados entre credores e devedor fora dos tribunais”¹⁹?

A pressão dos órgãos e organismos internacionais (como o FMI, a Comissão Europeia, a *INSOL International*), através das suas recomendações, com carácter mais ou menos vinculativo, para a criação de mecanismos extrajudiciais de recuperação na legislação nacional dos Estados-membros é, de facto, muito intensa. Assiste-lhes razão. A recuperação de empresas necessita absolutamente da (co)existência de procedimentos mais ágeis (*streamlined procedures*).

Em Portugal só agora começa a valorizar-se, pelas suas múltiplas vantagens, os *informal workouts* (inspirados na chamada “*London Approach*”²⁰) e os *out-of-court procedures* (ou *out-of-court settlement mechanisms*), de que é exemplo o referido PEC²¹. Mas no estrangeiro eles são conhecidos e usados há muito tempo. Eles e outros, mais complexos (“*second generation*” ou “*second*

18 Regulado pelo DL n.º 316/98, de 20 de Outubro, com as alterações do DL n.º 201/2004, de 18 de Agosto.

19 Proposto no “Memorando sobre a introdução de procedimento judicial de aprovação de planos de reestruturação negociados entre credores e devedor fora dos tribunais”.

20 A “*London Approach*” é um conjunto de princípios não vinculativos que servem para orientar a reestruturação extrajudicial das dívidas das empresas em dificuldades com vista a uma sua possível recuperação. Os princípios foram inicialmente concebidos pelo Banco de Inglaterra na década de setenta e actualizados na década de noventa. É definida na página electrónica da *British Bankers Association* como “*a non statutory and informal framework introduced with the support of the Bank of England for dealing with temporary support operations mounted by banks and other lenders to a company or group in financial difficulties, pending a possible restructuring*” (consultada por último em 19 de Outubro de 2011, em <http://www.bba.org.uk/media/article/london-approach>). A “*London Approach*” foi usada principalmente nos países da Ásia Oriental (Tailândia, Indonésia, Malásia, Coreia do Sul e ainda Hong Kong, Filipinas, Singapura e Taiwan), onde, na altura da “crise asiática” (1997) não havia regimes legais ou vinculativos aplicáveis à situação de insolvência e nem era possível concebê-los com suficiente rapidez. Tudo indica que a “*London Approach*” inspirou os “*Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*”, aprovados pela *INSOL Internacional* em 2000 (*INSOL Principles*). Sobre a “*London Approach*” cfr., entre outros, John Armour / Simon F. Deakin, “Norms in Private Bankruptcy: The ‘London Approach’ to the Resolution of Financial Distress”, 2000 (disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258615).

21 Cfr., por exemplo, na doutrina, Bruno Ferreira, “Recuperação de empresas viáveis em dificuldades”: prevenção e preservação de valor”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2011, n.º 2, págs. 395 e s.

degree of enhanced workout procedures”), combinando uma fase informal (ou negocial) e uma fase formal (judicial). Aqui se incluem os *hybrid procedures*, que podem ter por base um código de conduta ou um plano de insolvência pré-negociado (*pre-packaged insolvency procedures* ou *pre-packs*), e os *fast track court approval procedures*, de que é exemplo o agora proposto procedimento judicial de aprovação de planos de reestruturação²². Acumulam as vantagens de uma base contratual às vantagens da (de alguma) intervenção judicial²³. Não servem, porém, todos os casos de insolvência porque não cobrem todas as necessidades que emergem numa situação deste tipo (de responsabilização do devedor pela criação ou agravamento da insolvência, de resolução dos actos suspeitos e outras que o regime dos efeitos da declaração de insolvência visa satisfazer). Será sempre preciso que, a par deles, a lei continue a disponibilizar os tradicionais processos (formais) de recuperação de empresas e de liquidação patrimonial. Por um lado, porque as probabilidades de encontrar um instrumento adequado para cada caso específico crescem na razão directa da variedade (e da especificidade) dos instrumentos disponíveis. Por outro, porque a existência, por si só, de um processo com finalidades liquidatórias favorece a recuperação de empresas, estimulando o recurso às vias extrajudiciais²⁴. No que respeita ao plano de insolvência ele tem uma função própria, que nenhum outro procedimento desempenha: ele constitui uma alternativa, um complemento ou a fase seguinte de um procedimento

22 Segundo o “Effective Insolvency Systems – Issues Note on Out-of-Court Debt Restructuring (Draft Discussion Paper)” do Banco Mundial, de 15 de Dezembro de 2010 (consultado por último em 19 de Outubro de 2011, em http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/Out_of_Court.pdf), este é o procedimento mais próximo dos processos tradicionais aplicáveis à insolvência. Se uma negociação informal não conseguir a unanimidade o devedor socorre-se do quadro legal e o plano, posto que aprovado pela maioria, torna-se vinculativo para todos. Este tipo de procedimento parece ter tido por modelo os “*schemes of arrangement*”, um instrumento previsto na lei inglesa [Part 26 (sections 895-901) do *Companies Act 2006*] que permite que um acordo para reestruturação de dívidas de uma empresa seja vinculativo para todos os seus credores, mesmo que alguns se tenham oposto a ele, por via da intervenção judicial. Foi inicialmente aplicado às empresas de seguros mas tem hoje uma aplicação generalizada.

23 Começam a ser aplicados para a reestruturação das dívidas das empresas também em casos de não-insolvência, como *non-insolvency procedures*.

24 Cfr., neste sentido, o documento do FMI “Orderly and Effective Insolvency Procedures – Key Issues”, de 1999, pág. 11 (consultado por último em 19 de Outubro de 2011, em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/index.htm>).

informal ou híbrido. Não pode ser esquecido ou subalternizado, sob pena de o regime perder parte da sua eficácia.

Interrogado sobre as alternativas ao regime tradicional (incluído o *Insolvenzplan*), Karsten Schmidt manifesta o seu cepticismo. Segundo ele, se a lei disponibiliza instrumentos judiciais para a recuperação, estes devem ser aproveitados ao máximo; não devem procurar-se novas soluções – adverte – enquanto as soluções disponíveis não tiverem sido devidamente exploradas²⁵. Na realidade, no âmbito da *Gesetzesentwurf zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)* (anteprojecto de lei com medidas para facilitar a recuperação de empresas)²⁶, que será previsivelmente aprovado até ao final de 2011, foi reconhecido o fracasso do *Insolvenzplan*, sendo esperadas numerosas alterações nesta matéria (por exemplo, a atenuação da maioria exigida para a aprovação do plano e, no caso de insolvência de sociedades, o reforço do envolvimento dos sócios nas negociações de forma a facilitar a conversão de créditos em participações sociais em consequência do plano).

Aparentemente, o legislador português não teve o mesmo entendimento relativamente ao plano de insolvência português. Pelo menos para já.

Um dos problemas mais prementes reside no tratamento dos créditos fiscais. Seria aconselhável a eliminação dos “desincentivos” do Estado ao plano de insolvência, mais especificamente uma tomada de posição na discussão sobre a pretensa impermeabilidade dos créditos fiscais às alterações estabelecidas no plano de insolvência (a inadmissibilidade de perdões, reduções de valor, moratórias ou outros condicionamentos ao pagamento dos créditos do Estado e da segurança social no plano de insolvência)²⁷. Com efeito, a aparente rigidez dos créditos (e dos credores fiscais) tem tornado os acordos com vista à recuperação muito difíceis. Além do mais, é completamente

25 A opinião foi manifestada durante o debate que se seguiu à Edwin Coe Lecture: “Interaction of Insolvency Law and Corporate Law – A German Experience and its International Background”, proferida por Karsten Schmidt, no âmbito do Academic Forum Conference da InsolEurope que teve lugar em Veneza, nos dias 21 e 22 de Setembro de 2011.

26 O documento, na primeira versão apresentada em 23 de Fevereiro de 2011, foi consultado por último em 15 de Outubro de 2011, em

http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Esug/rege.pdf?__blob=publicationFile.

27 Cfr., sobre o tema, Catarina Serra, “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, in: *Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2011, n.º 4 (em curso de publicação)

contrária à *rescue culture* que tanto se quer impor em Portugal. Se a situação não se alterar, atendendo a que as dívidas ao Estado e à segurança social representam quase sempre a parte mais significativa do passivo do insolvente não é provável, na maioria dos casos, que o plano seja bem-sucedido, quer por razões objectivas quer porque as expectativas dos restantes credores quanto ao sucesso do plano são tão baixas que ele não chega pura e simplesmente a ser aprovado. E a recuperação é cada vez mais só uma palavra no título do Código. Independentemente da posição que ocupe / venha a ocupar no título do Código²⁸.

A propósito disto, veio dizer-se no Memorando da Troika que “[a]s autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributária com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas”²⁹. Independentemente de qual seja o valor jurídico do acordo que deu origem ao Memorando da Troika³⁰, o facto é que o mesmo propósito foi formulado no Despacho n.º 7819/2011, de 30 de Maio³¹. Há ainda referências expressas aos efeitos nefastos desta situação no âmbito do “Estudo de Avaliação Sucessiva sobre o Regime Jurídico da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 2 de Dezembro de 2011³². E todavia, não há prenúncio de qualquer actividade legislativa futura no Memorando.

28 Temendo que uma das únicas medidas legislativas afectando o plano de insolvência seja a deslocação meramente simbólica da expressão “recuperação de empresas” no título do Código (do fim para o início), pretende-se com a alusão esvaziá-la antecipadamente de sentido.

29 Cfr. documento cit., pág. 10, ponto 2.19.

30 Cfr. Giovanni Vagli, “Profilicostituzionalisticidell'accordotraPortogallo e FMI/EU” (disponível em <http://www.diritto.it/docs/32338-profilicostituzionalistici-dell'accordotra-portogallo-e-fmi-ue>).

31 Cfr. 8, a), ii) e iii). O Despacho foi publicado no *Diário da República*, 2.ª série – n.º 104, de 30 de Maio de 2011 (págs. 23265-23266).

32 O documento foi consultado por último em 10 de Setembro de 2011, em http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/anexo-iv-estudo-dezembro/downloadFile/file/AnexoIV_Relatorio_Insolvencias.pdf.

4. Observações finais

Para uma reforma no âmbito do Direito da insolvência ser bem-sucedida, além de ser necessário rever e apurar todos os institutos que compõem o CIRE, é preciso não esquecer que há matérias e regimes contidos em outros diplomas, também eles relevantes. Só articulando-os se consegue um sistema harmonioso e eficaz.

Pense-se, só para um exemplo, na norma do art. 78.º do CSC. Se ela fosse objecto de uma clarificação poderia ficar assegurada uma via para a responsabilização dos gerentes e administradores de sociedades no caso de incumprimento do dever de apresentação à insolvência. A integração no Direito das sociedades – no regime de *corporate governance* – deste e de outros deveres no caso de proximidade da insolvência da sociedade reforçaria, aliás, as condições favoráveis a uma conduta adequada por parte dos gerentes e administradores, com inegáveis benefícios para os interesses dos credores.

Segundo elementos da Direcção-Geral de Política da Justiça, não pode ser revisto tudo ao mesmo tempo e o silêncio quanto a algumas matérias não significa que elas não venham a ser objecto de revisão mais tarde. O problema que é que esta filosofia converterá o CIRE numa manta de retalhos que, por mais remendos que tenha, nunca há-de servir a ninguém.

5 de Novembro de 2011

Catarina Serra

O PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS: DIAGNÓSTICO E CURA.

UM EXERCÍCIO DE TEORIA PURA

RUI PINTO 1

SUMÁRIO: § 1º Introdução. 1. Agradecimentos. 2. O tema. § 2º Postulados vigentes. 1. Processo declarativo. — A. O despacho liminar é contrário à economia processual. — B. A matéria de facto deve estar na livre disponibilidade das partes. — C. A audiência preliminar é necessária. — D. Um poder genérico de adequação judicial do procedimento gera insegurança e arbítrio. — E. O processo ordinário é o modelo a seguir. 2. Processo executivo. — A. À acção declaração opõe-se a execução. — B. Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: actos executivos. — C. Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: apensos declarativos. § 3º Proposta de procedimento.

§ 1º Introdução. 1. Agradecimentos. As minhas primeiras palavras são dirigidas ao Sr. Dr. José Esteves, Mui Emérito Juiz de Direito, no Tribunal Judicial de Valpaços.

Tudo o Sr. Dr. José Esteves diligenciou para que eu estivesse agora aí presente, logística e humanamente. Mas quis um conjunto de circunstâncias que tal fosse possível. Um meu *bem haja e o meu pedido de desculpas*.

Depois, apresento os meus cumprimentos aos senhores doutores presentes, professores, magistrados, advogados, juristas. A todos peço a paciência de me ouvirem em teleconferência gravada, seguramente demonstrando que

1 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

também em sede de comunicações a imediação ³/₄ e não a *intermediação* ³/₄ produzem resultados mais reais.

(Continuação). 2. O tema. I. Tínhamos em mente, desde há vários meses, verter para papel, algumas linhas de pensamento sobre o *momento* ³/₄ perdoe-se-nos, a expressão futebolística ³/₄ que se vive actualmente no processo civil.

Para aqueles que já têm alguma idade, saberão que nada de novo existe à face desta área do Direito. Quem não se recorda das discussões dos anos 80 ³/₄ culminadas na reforma de 1985 ³/₄ e naquelas da primeira metade da década de 90, fonte da Reforma de 1995-1996?

No entanto, ou por aí, não é difícil concordar que os “males” do processo têm, justamente, permanecido: sempre atacados em cada alteração legislativa; nunca, no essencial, afastados. Pelo contrário, qual cabeça de Hidra, os pontos fracos do actual sistema processual civil, se acalmados num lado, ressurgem com mais força em outro.

Quais são esses pontos fracos? Qual o remédio respectivo?

II. Como é do domínio público o tema é neste momento objecto de trabalho da Comissão da Reforma do Processo Civil, no âmbito do Ministério da Justiça.

Esta comissão extinta na Primavera deste ano e em boa hora reempossada irá, sem dúvida, retirar o Código de Processo Civil do pântano em que se encontra. A Comissão encerra especialistas do processo civil, nas suas várias perspectivas ³/₄ académica e forense, de magistrados e de advogados ³/₄ pelo que se augura um produto final de qualidade, muito ao invés do mau legislador a que se assistiu no último par de anos.

Todavia, tudo indica, perante o mandato politicamente fixado, que será um trabalho de refeitura do pano já gasto de um modelo que remonta a 1939. Tal traz, todavia, a vantagem de poder fazer boas mudanças sem maus

sobressaltos, com respeito pela cultura judiciária concreta.

III. Por isto, o exercício que nos propomos levar a cabo é de outro sentido $\frac{3}{4}$ teórico ou ideal, se quiserem.

Esse exercício é o seguinte: se pudéssemos fazer um Código de Processo Civil *ex novo*, de raiz, que linhas de orientação poderia ser consideradas?

Para tal vamo-nos, num primeiro momento, concentrar no *processo declarativo* e, posteriormente, em alguns aspectos da *acção executiva*. O método será partirmos de postulados tradicionalmente não interrogados do paradigma em vigor e ver como eles se traduzem em bloqueios ou doença do sistema.

Para cada doença proporemos um remédio. No final, apresentaremos um esboço de linhas procedimentais que congreguem as nossas propostas.

§ 2º Postulados vigentes. 1. Processo declarativo. A. O despacho liminar é contrário à economia processual. I. A reforma de 1995-1996 suprimiu o despacho liminar vendo nele um obstáculo à celeridade processual ou, porventura, um acto de preceito, sem real utilidade.

A prática mostrou que uma intervenção judicial inicial evitaria o desenvolvimento de acções inviáveis. *O despacho de indeferimento liminar faz falta.*

Mas mais importante, urge redefinir a função do despacho liminar. Actualmente, assiste-se a uma “corrida às armas” no plano da dinâmica da apresentação da matéria de facto no processo: o autor $\frac{3}{4}$ livre como um caçador numa reserva natural $\frac{3}{4}$ enuncia uma profusão de artigos, aos quais o réu terá de responder, em obediência ao ónus da impugnação. Por outras palavras: muito do percurso da acção e da sua própria velocidade é dada pelo autor.

Sibi imputatet dir-se-ia, não fora a circunstância de os recursos judiciais *públicos* serem crescentemente escassos. Se as partes pretendem tomar conta do processo deverão optar por uma via de tipo arbitral, dada a natureza *privada* dos recursos usados no mesmo.

II. Deve, por isso, ser recuperado o despacho liminar, não somente com as funções anteriores, mas ainda com uma nova: a de condensação liminar.

Em concreto, perante os factos peticionados, o juiz há-de poder determinar no despacho a exclusão daqueles que sejam

- a. irrelevantes para o pedido;
- b. sem relação com o regime jurídico alegado;
- c. repetidos;
- d. meras argumentações sobre factos.

1. (Continuação). — B. A matéria de facto deve estar na livre disponibilidade das partes. I. Sejam directos: não podemos continuar a ter um processo em que a matéria de facto essencial está na livre disponibilidade das partes de um lado e, ao mesmo tempo, há um dever de verdade material do outro.

De um lado, na fase dos articulados as partes podem *despejar* factos para o processo, cada uma com uma própria estratégia processual; a partir da condensação vem o juiz cortar, condensar, excluir.

Há aqui uma irracionalidade, uma contradição funcional e, como sempre, um desperdício de recursos processuais.

O resultado, aparece-nos disseminado em vários pontos do sistema:

- a. um mesmo facto jurídico $\frac{3}{4}$ não dizemos *facto da vida* mas *facto integrante* de previsões normativas $\frac{3}{4}$ pode ser desmantelado em várias pseudo e dilatórias questões de facto;
- b. As partes desdobram-se em descarregar factos uma contra a outra;
- c. As partes comprazem-se numa luta facto a facto, como guerrilheiros;
- d. O juiz tem de produzir despachos proporcionalmente densos, seja o saneador, seja a decisão sobre a matéria de facto, seja a sentença final.

Ora, é a *carga fáctica que determina a carga específica* $\frac{3}{4}$ temporal e de meios $\frac{3}{4}$ de cada processo, mais do que o *valor* da causa. Se queremos continuar a ter juízes nos processos, temos de aligeirar a carga fáctica que lhe é presente: não podem estar prisioneiros de um processo de partes. Em rigor, não se trata de aligeirar a carga fáctica mas, sim, a carga de *narrativas* sobre a matéria de facto.

O volume potencial de narrativas será tanto maior quanto mais espaço o legislador permitir. Actualmente apenas o *abuso do direito* processual pode limitar as alegações das partes pelos articulados.

II. Ora, é conforme à Constituição a imposição de uma exposição *sucinta* dos fundamentos da acção ou da defesa, como já actualmente se permite ao juiz na sentença proferida em processo sumaríssimo (cf. art. 796º nº 7).

Uma *exposição sucinta* dos fundamentos de facto e de direito, traduz-se em:

- a. Exposição dos *factos constitutivos* do direito ou *factos integrantes das excepções* em apenas uma afirmação ou uma negação;
- b. Redução das afirmações que não integrando aqueles factos constitutivos ou das excepções fazem a *ligação* entre eles na narrativa total do articulado.

Por outro lado, esses factos, sucintamente expostos, devem *apresentar-se referidos de modo evidente a normas ou regimes legais individualizados nos próprios articulados*. Os factos a articular são factos *jurídicos* como, aliás, impõe o art.467º nº 1 al. d).

O princípio *jura novit curia* plasmado no art. 664º primeira parte não pode continuar a servir com justificação funcional para as partes poderem estar mais à vontade na apresentação das razões de direito e menos ainda para não ser óbvia a *relação* entre dados factos alegados e das razões de direito apresentadas.

III. Por outro lado, não é aceitável que, controlando o autor o impulso processual e a base do objecto processual, os requerimentos de prova possam ser oferecidos *depois* dos articulados.

Um dos resultados positivos do regime processual civil experimental foi, justamente, a exigência de cada parte fazer acompanhar o seu articulado dos documentos, rol de testemunhas e requerimentos de prova, conforme o art. 8º nº 5 do Decreto-Lei nº 108/2006 de 8 de Junho.

IV. Finalmente, no regime actual, o *autor* da causa *não tem ónus de esgotar os fundamentos possíveis*, i.e., as causas de pedir possíveis, do seu pedido.

Efectivamente, as excepções de litispendência e de caso julgado, são delimitadas pelo concreto facto jurídico que *efectivamente* serve de fundamento à acção, e não os factos jurídicos que *poderiam* ter servido de facto à acção (cf. arts. 497º nº 1 e 498º nº 4). Por isso, nada impede o autor de colocar nova acção com outro fundamento não aduzido.

Ao contrário, o réu tem o ónus da concentração dos fundamentos (todos) da defesa na contestação, sob pena de preclusão (cf. art. 489º nº 1).

O resultado é este: o autor diz quanto quer, sobre o quer, a expensas do réu e do Estado.

Não pode ser: o litígio levado à acção deve, na sua extensão, aproximar-se o mais possível do litígio em bruto, de modo a não ser apenas a *parte* do litígio *seleccionada* pelo autor.

Por isso, *ao ónus da defesa do réu, deve corresponder um ónus de concentração da acção.*

V. Neste sentido, propomos

a. Ónus de

- i. apresentação sucinta dos factos*
- ii. relação manifesta e evidente entre os factos articulados e concretos regimes normativos*
- iii. concentração dos fundamentos de acção e dos fundamentos de defesa na petição inicial e na contestação, respectivamente;*

b. despacho liminar de condensação, nos termos já explicados

c. substituição da base instrutória por um despacho de condensação

negativo que exclua os factos que sejam

- i. irrelevantes para o pedido;
- ii. sem relação com o regime jurídico alegado;
- iii. repetidos;
- iv. meras argumentações sobre factos

d. ónus de apresentação de toda a prova documental e requerimentos probatórios com o articulado da parte

1. (Continuação). — **C. A audiência preliminar é necessária.** **I.** Depois de introduzida como regra, tantas vezes excepcionada, pretende-se agora, porventura, tornar a audiência preliminar obrigatória. Como o devido respeito, permitamo-nos discordar.

A cultura latina vê na qualificação “preliminar” um sinónimo, consoante, o ponto de vista pessoal, de perda de tempo ou, no mínimo, de *não final*. A ocorrer algum avanço nos termos do litígio será na audiência final. No plano psicológico as partes estão a guardar-se para o fim.

Os casos de sucesso da audiência preliminar não negam o falhanço geral da solução.

II. O procedimento deve conhecer *tão só e quanto à matéria do litígio apenas uma audiência final*.

Findos os articulados ou a causa está logo em condições de terminar ou a continuar devem as partes ser notificadas do dia e hora da audiência final, acompanhada do despacho de condensação negativo.

Ao mesmo tempo, devem ser avisadas de que a falta de acordo imediato determinará um aumento das custas

1. (Continuação). — D. Um poder genérico de adequação judicial do procedimento gera insegurança e arbítrio. I. Tem-se dito que o regime processual civil experimental produziu insegurança nas partes sujeitas ao mesmo: não sabiam *ab initio* qual a marcha do processo.

Não sabemos se assim terá sido. No entanto, há bons ensinamentos e embriões de solução para tornar o processo menos “adversarial”.

Um desses ensinamentos é o do legislador pode dar poder ao juiz para, em face da carga de matéria de facto optar pela via que seja procedimentalmente mais adequada ao litígio: mais longa ou mais curta. Essa decisão há-de ser tomada no momento do saneamento.

Deste modo, abandonar-se-ia o regime rígido que faz depender a extensão e densidade da sequência procedimental essencialmente do valor da causa (cf. art. 462º). Este critério legalmente pré-definido assenta numa presunção e sujeita à mesma forma de processo um litígio independentemente da sua real complexidade.

II. No mínimo, dever-se-ia passar a fazer depender a forma de processo, como as actuais do art. 461º, de uma cláusula geral judicial assente na “complexidade da causa”.

Desde que essas linhas de procedimento estejam pré-estabelecidas na lei, não vemos razão válida em contrário.

1. (Continuação). — E. **O processo ordinário é o modelo a seguir.** I. Há já uns anos discutiu-se em Itália se a respectiva lei fundamental imponha algum modelo de procedimento declarativo. A conclusão então obtida pode ser ainda hoje válida para nós: a Constituição não impõe uma sequência processual específica, maxime, a concreta forma de processo ordinário, sumário ou outra. Apenas pede um procedimento que respeite as garantias de direito à tutela jurisdicional e de processo equitativo, do art. 20º n.ºs 1 e 4 CRP.

Ora quantos mais actos conhecer a causa, mais actos podem conhecer *errores in procedendo*, mais actos as partes têm o direito de impugnar.

O actual processo ordinário é uma peça de arqueologia legislativa de sabor pré II Guerra Mundial e pré-industrialização, histórica e socialmente datado. É, sem dúvida, um belo “automóvel” dos anos 30, perdoe-se-nos a imagem.

Na verdade:

- a. É uma articulação sequencial de vários corpos ou “carruagens” de procedimento: articulados, saneamento/condensação, instrução, alegações de facto, decisão sobre a matéria de facto, alegações de direito, sentença final;
- b. O princípio da concentração dos actos processuais está absolutamente alheia a esses corpos:
 - i. Há um excesso de actos escritos parcelares, na fase dos articulados, que prejudicam uma visão global do litígio
 - ii. afora os atalhos da revelia operante e do saneador-sentença, não há outros com peso significativo, tendo falhado a concentração por via da audiência preliminar;
 - iii. há uma divisão temporal entre decisão sobre os factos e decisão sobre o direito.

- c. O princípio da prevalência da materialidade subjacente, i.e., da adequação da forma à função do acto, não justifica que a oralidade esteja reservada aos actos probatórios em audiência e à discussão da matéria de facto

II. Como modelo-base futuro devemos repensar já não o modelo do processo ordinário, mas o modelo do *processo sumaríssimo* ou, se quisermos, a valia de uma solução procedimental dominada pelos princípios da simplificação, concentração e oralidade.

2. Processo executivo. — A. À acção declaração opõe-se a execução. I. “As acções são declarativas ou executivas”, enuncia do alto das suas décadas de vigência o art. 4º nº 1. Este dualismo funcional, por todos conhecido e aceite, constitui um postulado que inquina a correspondente concretização ao nível do procedimento e, no que mais interessa, a tutela civil dos direitos subjectivos.

Efectivamente, no processo declarativo, o efeito jurídico requerido, seja a simples apreciação, seja a condenação, seja a constituição, situa-se, sempre, no *estrito plano jurídico*. Por outras palavras, as acções declarativas visam a produção de um *título jurídico judicial para a pretensão material do autor*.

Esse título judicial é a sentença e o seu valor objectivo e subjectivo é ditado pelo regime dos limites do caso julgado. Ora esse efeito jurídico pode ser *autónomo e suficiente* para resolver o litígio, como sucede nos pedidos de simples apreciação e constitutivos². Pode falar-se assim em satisfação *unilateral* da pretensão do autor.

Contudo, isso já não sucede para um efeito condenatório, i.e., quando o tribunal impõe ao réu um comando, ordem ou mandamento de actuação³ (condenação) na “prestação de uma coisa ou de um facto” (art. 4º, nº 2, al.

2 Neste sentido, MANUEL DE ANDRADE, *Noções cit.*, 56, quando nota que as sentenças de simples apreciação e certas sentenças constitutivas são de molde a “surtir por si mesma o seu efeito útil”, ao contrário.

3 Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Noções cit.*, 56.

b)) com o conteúdo, total ou parcial, do pedido do autor. Descobre-se aqui a necessidade funcional um ulterior momento *de execução pelo réu do comando de actuação*⁴, podendo falar-se em satisfação *bilateral* da pretensão do autor. Neste sentido, a sentença condenatória é a sentença que mais se adequa ao pressuposto de autonomia privada dos sujeitos da ordem jurídica privada, que lhes permite também e ainda *não cumprir*.

E, por isto, pode o réu não realizar a prestação, apesar de ter contra si uma sentença com trânsito em julgado.

O direito à tutela jurisdicional do art. 20º CRP, concretizado no direito de acção, impõe então, pelas razões constitucionais já aludidas, uma competência dos tribunais para, nos limites dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, levar a cabo a *execução forçada* do título jurídico judicial⁵.

Daí a definição presente no artº 4º nº 3 de que as acções executivas são aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado. O “efectivo” exprime o hiato entre a imposição do comando de actuação ao réu e a sua realização⁶

II. *Tudo isto faz teoricamente sentido, mas no campo prático da tutela efectiva dos direitos não faz.*

Nem de propósito, fomos, há coisas de dias, confrontados com a dúvida de um aluno que me perguntava se num caso prático em que A pedia que B fosse condenado a entregar-lhe um imóvel, se tratava de uma acção declarativa ou de uma acção executiva. Eu lá disse e justifiquei que se tratava de uma acção declarativa, de condenação, em que o autor obtinha um título $\frac{3}{4}$ a sentença $\frac{3}{4}$ mas não, *ipso factum*, a entrega da coisa. Para esta, lá estava uma ulterior e eventual execução para entrega de coisa certa, conforme o art. 46º nº 1 al. a)

4 Trata-se de “dar realização material coactiva (*manu judicis*) às providências judiciárias que dela careçam e comportem”, no dizer de MANUEL DE ANDRADE, *Noções cit.*, 56, pois as mesmas não são “de molde a surtir por si mesma o seu efeito útil”.

5 Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção cit.*, 9-10.

6 TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção cit.*, 21, vê aqui uma instrumentalidade do processo executivo perante as decisões proferidas na acção declarativa.

conjugado com os art.928º seguintes.

Mal me afastei comecei a pensar como tudo isto era artificial para o autor carente de tutela: ele quer a entrega da coisa; não quer saber qual o caminho para que onde atiramos a sua pretensão e seguramente não há-de querer um caminho com duas etapas.

Mais: a necessidade de novas acções de declaração reaparece no seio da acção executiva como um corpo pesado e estranho: o credor que obteve sentença condenatória ainda tem de se desviar de uma outra acção declarativa, acessória: a de oposição à execução.

Ora, se acrescentarmos um eventual incidente de liquidação de sentença (cf. art. 380º), o credor para ser ressarcido terá de feito *slaloon* por três procedimentos declarativos.

III. Como se sabe MANUEL DE ANDRADE, dizia que o título executivo era um documento dotado de “execução aparelhada”⁷. Com isto queria dizer que *a demonstração da aquisição do direito a prestação segundo a forma/formalidades fixadas na lei permite a dedução de um pedido executivo.*

Ora, ainda assim é hoje em dia: quem tiver um título, *maxime*, uma sentença pode deduzir um pedido executivo. Mas pode-o, *depois*, de deduzir um pedido condenatório, um pedido de liquidação e uma contestação a uma oposição à execução.

Isto não é razoável, com o devido respeito

O que mudar aqui, então?

Temos de recuperar esta ideia de execução aparelhada no plano da economia processual: a funcionalidade específica acção de condenação em face das demais é a da produção de um título executivo. No entanto, no plano do procedimento o legislador trata por igual qualquer pedido, seja de simples apreciação, constitutivo ou de condenação.

⁷ *Noções cit.*, 58.

Ora, a acção de condenação de ser *preparatória* da acção de execução não apenas ao concluir na produção de um título bastante para esta, como já sucede (cf. arts. 45º nº 1 e 46º nº 1 al. a)), mas também preparatória do *procedimento* da acção de execução, antecipando, quando possível, actos não executivos.

IV. Por isso, o procedimento *declarativo* deveria conhecer duas vias procedimentais: a via condenatória, necessariamente, injuntória e a via não condenatória.

A via não condenatória, reservada aos pedidos de simples apreciação e constitutivos, teria o procedimento fundado no actual modelo do *processo sumaríssimo* com os ajustamentos atrás propostos.

A via condenatória, reservada aos pedidos de condenação em pagamento de quantia certa, entrega de coisa ou prestação de facto, correria em *procedimento judicial injuncional documental*, em que o credor, fundamentadamente haveria de pode deduzir um pedido de citação do devedor, para

- i. pagar ou
- ii. opor-se com todas as garantias perante um juiz;
- iii. caso seja revel, seja de imediato o processo remetido a um agente de execução, acompanhado da indicação de bens pelo credor.

Deste modo, alcançar-se-ia um sincretismo entre condenação e *contestação* e *oposição à execução*.

Se no momento da penhora houvesse factos supervenientes admitir-se-ia uma oposição por simples requerimento, acompanhado de prova sumária, seguida de contestação do exequente e imediata decisão em audiência oral.

V. Este sincretismo procedimental teria ainda uma expressão orgânica: o tribunal que emitisse o título injuntório será o tribunal da execução.

Deste modo, passaria a haver tribunais de competência específica de injunção e execução.

A acção declarativa não condenatória, *i.e.*, de simples apreciação e constitutiva, correria em outros tribunais de competência específica.

VI. A jusante a acção executiva, ganharia com a dispensa de citação, pois a citação para a acção, seria tanto para a declaração, como para a execução.

Mais: este procedimento injuncional judicial deveria ser acompanhado da *exclusão de títulos extrajudiciais* da al. c) e d) do nº 1 art. 46º. Todos os actuais títulos executivos, judiciais e extrajudiciais, passariam pelo crivo de um juiz, com aquelas vantagens. Toda a execução passaria a correr com *dispensa de citação previa*, por isso.

De extracção extra-judicial apenas se manteria a execução de documentos autênticos ou autenticados (cf. al. b) do nº 1 art. 46º).

2. (Continuação). — B. Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: actos executivos I. Em termos sintéticos, o processo executivo comum para pagamento de quantia certa continua a apresentar a estrutura que era a sua no Código de Processo Civil de 1939.

Essa estrutura assenta no tríptico nuclear *requerimento executivo-penhora-venda e pagamento*.

Dito por extenso, o procedimento executivo para pagamento de quantia certa implica um *impulso processual do credor*, por ser um modo de tutela

de direitos privados e disponíveis e a satisfação e a satisfação do credor por um *pagamento* ou meios de semelhante funcionalidade. No limite esses dois actos ou complexos de actos processuais bastariam para a realização *judicial* da prestação se o pagamento fosse sempre voluntário, mas dada a pretensão ser de realização coactiva terá de ter lugar um momento de *venda de bens* ou similar para, mediatamente, permitir o ulterior pagamento forçado.

Finalmente, a *penhora* justifica-se com a necessidade de assegurar a viabilidade material e jurídica da venda executiva. Ela não teria justificação se os bens pudessem em simultâneo ser indicados e vendidos o que não é possível pela natureza das coisas.

II. À primeira vista dir-se-ia que esta tramitação dificilmente pode ser simplificada pois todos os seus actos são necessários à economia da execução.

Porventura, assim, não será se virmos melhor. A acção executiva pode ser simplificada tanto na sua linha de actos executivos, como relativamente aos processos

declarativos apensados.

Sobretudo, a acção executiva deve passar a *distinguir* dívidas e situações que são diferentes tanto na sua importância individual, como na sua frequência nas estatísticas dos tribunais. Em suma: uma tutela executiva *diferenciada*.

As propostas da Comissão de Reforma de criar um processo sumário, vão, justamente, nesse sentido.

III. Em concreto, quantos aos actos executivos, referimos atrás que a passagem para um sistema de tipo injuntório ao evitar a produção de um requerimento executivo autónomo permitiria a antecipação da *indicação de bens*.

De seguida a *penhora* seria efectuada pelo agente de execução, incluindo

a penhora de contas bancárias, sendo só depois e em todos os casos enviado obrigatoriamente um relatório final ao juiz para controle *a posteriori* da legalidade da mesma.

E quanto ao objecto da penhora seria de ponderar abarcar não apenas os bens na titularidade *actual* do devedor, mas ainda os bens na titularidade *potencial* do devedor: os que nela se manteriam caso não houvessem sido praticados ou omitidos actos prejudiciais para o pagamento integral da dívida.

Estamos a pensar na solução dos arts.120º a 126º CIRE: permitir que o agente de execução pudesse resolver actos jurídicos de má fé presumida, ou demonstrada pelo credor exequente (cf. respectivamente arts. 121º e 120º CIRE).

IV. Por seu turno, o acesso à *reclamação de créditos* deveria ser restringido, procurando excluir garantias cuja invocação é essencialmente desproporcionada aos efeitos que trarão para o exequente.

Algumas dessas soluções já constam da lei actual, carecendo de ser alargadas, outras vigoram no regime da insolvência *ex vi* art. 97º nº 1 CIRE.

A saber:

- a. *alargamento do leque e valores das acções que não admitem reclamação*, em sede do actual art. 865º nº4, incluindo uma cláusula geral de *exclusão absoluta* de reclamação de créditos nas execuções de pequenas dívidas até 5000 euros (i.e., *grosso modo*, até 50 UCs) e desde que a penhora não recaia sobre imóveis ou estabelecimento comercial;
- b. exclusão dos privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos do Estado, autarquias locais e instituições de segurança social, e vencidos há mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência (cf. art. 97º nº 1 CIRE)
- c. exclusão das hipotecas legais cujo registo haja sido requerido

dentro dos dois meses anteriores a data do início do processo executivo, e que forem acessórias de créditos do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social;

Estas exclusões cumpririam o que CATARINA SERRA designa como “função claramente pedagógica”, dos credores públicos⁸.

Ainda na reclamação de créditos, sempre que o credor exequente não ficasse graduado em primeiro lugar, teria direito de regresso pela despesas da execução sobre os credores reclamantes com créditos já *vencidos* i.e., que já pudessem ter instaurado eles mesmos acção executiva, e pagos antes dele.

Esse direito seria deduzido dos valores a receber por aqueles reclamantes.

2. (Continuação). — C. Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: apensos declarativos. I. O procedimento executivo actual está *contaminado* por uma plêiade de acções declarativas: oposição à execução e à penhora, reclamação de créditos, embargos de terceiro, se necessário.

A necessidade da tutela respectiva é inegável — não se questiona — mas já não os termos processuais em que se exprimem. Tal como estão actualmente regulados pode-se dizer que os apensos declarativos são injustificadamente *pesados no seu procedimento e prejudiciais* quanto aos efeitos que têm sobre os actos materiais de execução.

II. Começando pela oposição à execução, ela assenta no postulado de que a execução pode numa primeira parte *mimetizar* a acção declarativa. Esta afirmação pode parecer estranha já que o ponto de partida da execução é a incontroversão do direito exequendo, mas a verdade é que, tal como a acção declarativa, o legislador faz corresponder ao requerimento executivo uma

⁸ O novo regime português da insolvência: uma introdução, 3^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, 29

oposição à execução, ainda que apensada, e com todas as garantias.

No entanto, a oposição à execução actual é no seu procedimento idêntica seja qual for o fundamento e seja qual for o título executivo: petição, despacho liminar contestação e, sem mais articulados, processo sumário (cf. arts. 813º e 817º nº 2). Trata-se de uma mera adaptação ou importação do modelo declarativo comum.

Ora a intensidade de um processo mais “pesado” apenas se justifica na execução de *títulos extrajudiciais*. Nessa eventualidade os *fundamentos* de defesa serão praticamente os mesmos de uma contestação de modo a garantir uma defesa qualitativamente próxima da defesa por contestação (cf. o actual art. 816º).

E mesmo nessa hipótese não pode ser objectivo, ainda que inconfessado desta oposição à execução, definir com valor de caso julgado à situação da dívida. A sua utilidade e justificação é perante a execução, estritamente, *i.e.*, acessória. Se uma das partes pretender uma sentença com valor de caso julgado poderá colocar acção autónoma. Por isso, basta um contraditório *sumário* e uma audiência e decisão *orais*.

Já na execução de títulos judiciais ou quase judiciais é diferente, por, precisamente o direito estar já declarado e a controversão, salvo a *superveniente*, já ter tido lugar ena sua própria *formação*. A oposição à execução é neste caso *mais restrita nos seus fundamentos e não pode ter efeito suspensivo*, salvo mediante prestação de caução.

5. Os demais apensos declarativos, incluindo os embargos de terceiro, seriam depois estruturados a partir do modelo da oposição à execução de título extrajudicial: petição, contestação e audiência e decisão *orais*

No caso do apenso de reclamação de créditos seria de reflectir na possibilidade de passar para a competência do agente de execução, cabendo ao juiz de execução *homologar* a proposta de verificação e graduação de créditos.

§ 3º **Proposta de procedimento. I.** Apresentámos alguns dos males que molestem o processo civil vigente e já adiantámos algumas propostas de cura. Vamos agora apresentar um modelo global para o processo declarativo, sintetizando algo do que já se disse ou completando com novas soluções.

Deve existir um procedimento comum simples não condenatório

i. Fase escrita

- a. Petição inicial, acompanhada da prova, com ónus de *apresentação sucinta dos factos, relação manifesta e evidente* entre os factos articulados e concretos regimes normativos e de *concentração* dos fundamentos de acção

- b. Despacho liminar
 - i. Indeferimento
 - ii. Aperfeiçoamento
 - iii. Condensação preliminar e citação

- c. Citação

- d. Contestação, acompanhada da prova

- e. Resposta à reconvenção / Resposta às excepções

- f. Saneador
 - i. Sentença
 - ii. Condensação negativa, excludente dos factos que sejam irrelevantes para o pedido, sem relação com o regime jurídico alegado, repetidos ou meras argumentações sobre factos

ii. Fase oral

- a. Audiência final
 - i. Prova; com limitação do número de testemunhas
 - ii. Discussão
- b. Sentença oral/escrita, por mera adesão aos factos da petição inicial, em caso de falta de contestação (cf. art. 784º).

O juiz há-de ter o poder para determinar

- a. Faz oralmente e em audiência o saneamento e condensação
- b. o carácter escrito ou oral da sentença

As partes deverão sujeitar-se a custas processuais acrescidas em função: de chegarem ou não a acordo, da presença/ausência nos actos processuais.

II. Para os *pedidos condenatórios*, seja de quantia certa, seja de entrega de coisa certa, deve existir *procedimento injuncional documental* com as seguintes especialidades na fase escrita

- c. Petição inicial, acompanhada da prova
- d. Despacho liminar

- i. Indeferimento
 - ii. Aperfeiçoamento
 - iii. Condensação preliminar e citação
- e. Citação
- f. Seguida de
- i. Cumprimento
 - ii. Condenação imediata, sem valor de caso julgado com execução imediata
 - iii. Contestação

Do carácter alternativo à via comum ou exclusivo desta solução seria de ponderar melhor.

III. Finalmente, a fase executiva deve começar sem citação prévia, dada a já existente actuação em sede injuncional. Apenas assim não será na execução de título puramente negocial.

A oposição à execução deve ser simplificada e bem assim a reclamação de créditos, nos termos já propostos.

Sobretudo, deve-se reflectir em que medida a execução singular não deverá ser aproximada, em algumas das suas regras, da execução por insolvência.

Uma eventual *judicialização* da actuação do agente de execução, *maxime*, preparação de decisões a homologar pelo juiz poderá também ser pensada.

A RELEVÂNCIA DO PAPEL DA COMISSÃO PARA A EFICÁCIA DAS EXECUÇÕES NO SISTEMA PORTUGUÊS

1. A razão de ser da criação da Comissão para a Eficácia das Execuções

A reforma da acção executiva iniciou-se entre 2000-2001, tendo durante este período sido efectuado um amplo debate público em Portugal, do qual resultaram as suas linhas de orientação¹⁻²:

a) Desjudicialização do processo executivo, mediante a criação da fun-

- 1 As causas do bloqueio da acção executiva foram identificadas pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), em *A Reforma da Acção Executiva - Trabalhos Preparatórios - Vol. 2 - Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa*, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento (GPLP), Ministério da Justiça, 2001. Neste relatório do OPJ identificaram-se as seguintes causas de morosidade legal: *i*) o excesso de formalismo da própria lei (*v. g.* a proliferação da citação e notificações ao exequente e ao executado, a existência de um processo pouco efectivo de penhora e de venda judicial, ou os vários enxertos declarativos); *ii*) as causas organizacionais ou endógenas, não intencionais, específicas da acção executiva (*v. g.* os atrasos nos registos das penhoras junto das conservatórias e a ausência de efectiva remoção dos bens móveis apreendidos); *iii*) as causas de morosidade organizacionais ou endógenas, intencionais, provocadas pelos interessados - partes ou profissionais -, em regra, o executado (*ibidem*, pp. 103-118). O OPJ referiu que as causas endógenas gerais não afectavam exclusivamente as acções executivas (*v. g.* as condições de trabalho, a irracionalidade na distribuição de funcionários judiciais e de magistrados e o enorme volume de trabalho, fruto da explosão da litigiosidade, pp. 109-110).
- 2 As linhas de orientação da reforma da acção executiva foram alvo de atenção pela doutrina portuguesa, sendo de destacar: PAULA MEIRA LOURENÇO, “L'exécution forcée des obligations pécuniaires au Portugal: situation actuelle et projet de réformes”, in *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice - Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Éditions Juridiques et Techniques, Paris, 2002, pp. 267-274, e “Metodologia e Execução da Reforma da Acção Executiva”, *THEMIS*, Ano IV, n.º 7 (Março) 2003, Almedina, pp. 261-284; PAULA COSTA E SILVA, *A Reforma da Acção Executiva*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp. 13-16, e “As linhas gerais da reforma do processo civil”, in *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Outubro, 2006, pp. 383-393; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Aspectos Gerais da Reforma da Acção Executiva”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4 (Outubro/Dezembro), 2003, pp. 3-25, e *A Reforma da Acção Executiva*, LEX, Lisboa, 2004, pp. 13-69; JOÃO TIAGO SILVEIRA, “A Reforma da Acção Executiva”, *Vida Judiciária*, n.º 69, Maio, 2003.

ção do agente de execução, ao qual compete a prática de actos executivos não jurisdicionais, retirando-os da esfera de actuação do juiz, que assegura o controlo judicial do processo executivo;

- b) Reforço das garantias do exequente;
- c) Responsabilização do exequente por execuções indevidas;
- d) Transparência dos procedimentos em sede de apreensão do património do executado.

Após quatro anos de vigência da reforma da acção executiva, o processo executivo enfrentava alguns problemas, os quais foram analisados com rigor pela Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça e pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ)³, e com base na identificação dos problemas, o legislador alterou o regime legal da acção executiva em 2008, mantendo as suas linhas gerais⁴, tendo em vista alcançar três objectivos:

- a) Simplificar e desburocratizar – concentração de poderes e responsabilidades no Agente de Execução; eliminação de relatórios e comunicações burocráticas entre secretaria, Agente de Execução e Juiz;
- b) Promover a eficácia das execuções – criação da Comissão para a Eficácia das Execuções e dos centros de arbitragem;
- c) Evitar acções judiciais desnecessárias – dinamização do Registo Informático de Execuções e criação da Lista Pública de Execuções⁵.

3 *A Acção Executiva em Avaliação – uma Proposta de Reforma*, OPJ (Boaventura de Sousa Santos, Conceição Gomes, Paula Fernando, Fátima de Sousa, Catarina Trincão, Diana Fernandes, Jorge Almeida), Vol. 1, 2007 (disponível on-line em <http://opj.ces.uc.pt/portugues/estudos/index.html>).

4 Com efeito, uma análise rigorosa às alterações ao CPC introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, revela que em 2008, o legislador consagra algumas soluções legislativas que tinham sido sugeridas durante a audição e discussão públicas encetadas pelo XIV Governo Constitucional entre 2001 e 2002, algumas plasmadas no 1.º Ante-projecto de reforma da acção executiva, apresentado ao público no dia 01-06-2001, mas que forma abandonadas pelo XV Governo Constitucional em 2003 (o 1.º Ante-projecto foi objecto de publicação: *Reforma da Acção Executiva - Anteprojecto da Lei de alteração do Código de Processo Civil - 01-06-2001*, GPLP, Ministério da Justiça, 2001).

5 *A Lista Pública de Execuções* regista actualmente 18.000 devedores sem bens penhoráveis,

Assim, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2008, de 21 de Abril, foi aprovado e publicado o Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro (de ora em diante designado simplesmente por Decreto-Lei n.º 226/2008)⁶, o qual altera, no que respeita ao regime jurídico da acção executiva, o Código de Processo Civil (CPC)⁷, os Estatutos da Câmara dos Solicitadores (ECS) e da Ordem dos Advogados (OA) e o registo informático das execuções.

Inserindo-se no segundo objectivo legislativo – “*promover a eficácia das execuções*” –, a Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE) é um órgão público, independente e democrático ao qual tenho a honra de presidir desde o início do seu funcionamento, tendo sido eleita Presidente por unanimidade dos Membros do Plenário da CPEE no dia 31 de Março de 2009, o que constituiu uma grande responsabilidade e um enorme desafio, o qual abracei com total empenho e disponibilidade, tendo suspenso o exercício das minhas actividades públicas, para me dedicar em exclusivo à CPEE.

Com efeito, a criação da CPEE, resultando de um amplo consenso político-parlamentar no âmbito da alteração do regime legal da acção executiva, é essencial à Justiça e à dinamização da economia do nosso país, através da devolução aos cidadãos e às empresas da confiança no sistema de cobrança de dívidas, da captação de investimento e na produção de riqueza e emprego, pois importa não esquecer que as execuções representam 1.200.000 acções e

e encontra-se disponível ao público em <http://www.citius.mj.pt/portal/execucoes/ListaPublicaExecucoes.aspx>. A consulta desta *Lista* permite ao futuro credor avaliar o verdadeiro risco da celebração contratual com determinado devedor; possibilita ao actual credor uma análise acerca do real interesse na instauração de uma acção executiva contra um executado incluído nessa *Lista*, prevenindo-se processos judiciais sem viabilidade e cuja pendência tem prejudicado a tramitação de outros efectivamente necessários para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva do direito fundamental de acesso à Justiça em prazo razoável; permite a recuperação do Imposto sobre o Valor Acrescentado nas dívidas até € 8000, desde que o credor tenha celebrado um contrato com alguém que não lhe pague, e que posteriormente venha a ser incluído nesta *Lista*, e desde que o credor tenha tentado recuperar o crédito por escrito, mas sem necessidade de requerer injunções, instaurar acções judiciais ou pedir certidões do registo informático de execuções.

6 O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, foi rectificado através da Declaração de Rectificação n.º 2/2009, de 19 de Janeiro.

7 De ora em diante, as referências feitas ao CPC entendem-se como feitas ao CPC na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro.

1.8 mil milhões de euros.

São três os principais motivos que subjazem à criação da CPEE8.

Em primeiro lugar, a criação da CPEE enquanto órgão público, democrático, independente (sem tutela governamental), pluralista, com competência legal para emitir recomendações sobre a eficácia das execuções e sobre a formação dos Agentes de Execução – à semelhança da Comissão Europeia Para a Eficiência da Justiça, do Conselho da Europa (CEPEJ), para fixar o n.º de Agentes de Execução, para designar a entidade externa e independente responsável pelo recrutamento e avaliação dos candidatos para o exercício das funções de Agente de Execução (elaboração e avaliação do exame de admissão de candidatos ao estágio de agentes de execução; e avaliação final dos agentes de execução estagiários), e para assegurar a sua disciplina, fiscalização (aqui à semelhança da sua congénere holandesa, a Agência de Supervisão Financeira dos Agentes de Execução) e cumprimento do regime legal de impedimentos, corresponde à execução em Portugal das seguintes Recomendações da CEPEJ:

- a) Recomendações n.ºs 3, 4 e 8 da CEPEJ, constantes da **Recomendação (2003) 17 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as execuções cíveis:**

“3. No recrutamento de Agentes de Execução devem ser tidos em conta os standards morais, os conhecimentos legais e a formação dos candidatos em Direito e em processos. Para tal, devem ser sujeitos a avaliação que permita aferir dos seus conhecimentos teóricos e práticos;

8 Acerca dos objectivos, dos modos de funcionamento e das competências legais da Comissão para a Eficácia das Execuções, v. por todos, PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Comissão para a Eficácia das Execuções”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 317, Janeiro-Março, 2009, pp. 129-157; e “*Les nouveautés législatives du Décret-loi n.º 226/2008, du 20 Novembre: le renforcement du rôle de l’agent d’exécution portugais et la création de la Commission Pour l’Efficacité des Exécutions*”, Éditions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, pp. 285-293.

4. Os agentes devem ser honrados e competentes no exercício dos seus deveres legais e devem actuar de acordo com altos standards profissionais e éticos. Devem ser imparciais na sua actuação em relação às partes e sujeitos a uma selecção e avaliação, que pode incluir controlo judicial”; (...)

8. Os Agentes de Execução devem frequentar formação inicial e contínua de acordo com objectives e finalidades bem estruturados e definidos com clareza (sublinhado nosso).”

- b) Das Linhas de Orientação n.º s 25, 26, 78 e 81, inseridas no documento ***As Linhas de Orientação para a Execução das Recomendações da CEPEJ sobre a Eficácia das Execuções:***

“25. Para uma justa aplicação da Justiça, é importante garantir a qualidade dos Agentes de Execução. Os Estados Membros devem proceder à sua acreditação apenas se os candidatos têm perfil e formação compatível com a complexidade da função. Uma formação de elevada qualidade dos profissionais é muito importante para o bom desempenho do serviço de Justiça e para aumentar a confiança dos utentes no seu sistema judicial;

26. Deve ser exigida formação contínua obrigatória aos Agentes de Execução;”

78. As autoridades responsáveis pela supervisão e/ou controlo dos Agentes de Execução têm um importante papel ao garantir a qualidade dos serviços de execução. Os Estados Membros devem assegurar que as execuções são avaliadas periodicamente. Esta avaliação deve ser feita por uma entidade externa em relação aos órgãos de execução (como os órgãos profissionais). Os Estados Membros devem definir com clareza os procedimentos de controlo a serem efectuados durante as inspecções”.

81. A disciplina deve ser assegurada por uma entidade independente
(sublinhado nosso).”

Em segundo lugar, a experiência vivida entre 2003-2009 deixava-nos uma lição: é muito fácil criticar o novo regime legal da acção executiva de 2003, atirar a “culpa” para cima de terceiros e pensar numa nova lei; o que é realmente difícil, mas seguramente mais eficaz, é colocar o sistema legal a funcionar (*law in action*) e só depois efectuar uma rigorosa análise de impacto legislativo e financeiro, contando para tal com a participação de todos os interessados na acção executiva: os responsáveis políticos, os operadores judiciais (aqueles que prestam o serviço público de Justiça) mas também com as empresas e os cidadãos (quem recebe o serviço público), até porque a complexidade e a transversalidade da actual sociedade implica, inelutavelmente, que contemos com a participação da sociedade civil - em suma, a cooperação entre todos é actualmente indispensável. Assim nasceu o **PLENÁRIO DA CPEE**.

Em terceiro lugar, com a possibilidade de entrada dos advogados para o exercício das funções de Agente de Execução (entre 2003-2008 apenas os solicitadores podiam ser Agentes de Execução, tendo tomado o nome de *Solicitadores de Execução*), importava assegurar o princípio de igualdade de tratamento de todos os Agentes de Execução (independentemente de se tratar de solicitador ou advogado, até porque as funções de Agente de Execução são bem distintas das de advogado ou solicitador), assegurando a entrada do n.º necessário de Agentes de Execução tendo em vista encurtar o tempo de duração média de uma acção executiva, e que o acesso à profissão fosse feito através de uma exigente e rigorosa selecção e avaliação dos candidatos (competência do **Plenário da CPEE**), a par de uma efectiva disciplina e fiscalização dos Agentes de Execução em exercício da actividade, que tinha de ser garantida por um órgão executivo e uma equipa de técnicos. Assim nasceu o **Grupo de Gestão da CPEE e a sua assessoria técnica** (técnicos e peritos), que também seriam o suporte do exercício de competências legais do **Plenário da CPEE**.

2. O funcionamento da Comissão para a Eficácia das Execuções: o plenário e o grupo de gestão

Em termos de funcionamento, o **Plenário da CPEE** assegura a cooperação entre todos os interessados na promoção da celeridade e da eficiência económica da cobrança de dívidas, por ser o elo de ligação entre os responsáveis políticos (designados pelos Ministros da Justiça, das Finanças, e da Solidariedade e Segurança Social), os operadores judiciais (os Juizes através do Conselho Superior de Magistratura, os Agentes de Execução, os Advogados e os Solicitadores), e os cidadãos e as empresas, representados pelas associações representativas dos consumidores ou de utentes de serviços de justiça (a Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores - DECO, a Direcção-Geral do Consumo e a União Geral do Consumidor) e pelas Confederações com assento na Comissão Permanente de Concertação Social do Conselho Económico e Social, como a Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), a Confederação Empresarial de Portugal (CIP), a Confederação do Turismo Português (CTP), a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP-IN) e a União Geral dos Trabalhadores (UGT).

São estas 18 (dezoito) entidades que têm assento no **Plenário da CPEE**, o qual reúne bimensalmente, e já realizou 20 reuniões (*vide* a actividade do Plenário em http://www.cpee.pt/CPEE_PLENARIO/).

A participação dos cidadãos e das empresas na CPEE é fundamental, porque a resolução dos problemas sociais e económicos que a acção executiva coloca - em especial, as causas de atrasos no pagamento das dívidas -, salientada por diversos relatórios internacionais, e actualmente sob os holofotes da Troika, impõe o empenho de todos os que participam no serviço público de Justiça: que presta e quem utiliza - trata-se da *democratização da Justiça*

Por outro lado, a CPEE assegura a efectiva disciplina e fiscalização dos Agentes de Execução, ao Grupo de Gestão da CPEE, que compete zelar por

estas funções, que reúne semanalmente (à quinta-feira de manhã), tendo já sido realizadas 100 reuniões (http://www.cpee.pt/CPEE_GRUPO_DE_GESTAO/), sendo composto por 5 Membros: eu, 3 Membros escolhidos por mim e votados favoravelmente por maioria dos Membros do Plenário (em exclusividade de funções), e o Presidente do Colégio dos Agentes de Execução (que acumula as funções de Agente de Execução e de Solicitador).

3. Os objectivos da CPEE para o triénio 2009/2012

Importa salientar que o regime legal da CPEE encontra-se repartido entre:

- a) O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, aprovado no uso da autorização legislativa concedida pela Assembleia da República através da Lei n.º 18/2008, de 21 de Abril – prevê o estatuto legal da CPEE, o qual foi formalmente inserido no ECS;
- b) O Decreto-Lei n.º 165/2009, de 22 de Julho – incumbe a Secretaria-Geral do Ministério da Justiça e a Câmara dos Solicitadores de assegurar os encargos financeiros da CPEE, dado que a CPEE não tem autonomia financeira.

No início de funcionamento da CPEE importa destacar 3 prioridades:

- a) Concepção de um *logótipo* que simbolizasse a independência da CPEE e a cooperação entre as 18 entidades representadas no Plenário da CPEE;
- b) Disponibilização ao público do sítio oficial da CPEE na Internet - <http://www.cpee.pt> -, contendo informação relevante acerca da acção executiva, em linguagem acessível, e acerca da actividade da CPEE;
- c) Aprovação do *Plano de Acção e das Linhas de Orientação da CPEE para o triénio de 2009/2012* (duração do mandato de Presidente da CPEE).

Assim, em Setembro de 2009, tendo em vista assegurar um rumo na actuação da CPEE durante os primeiros três anos de mandato, propus ao Plenário a aprovação do ***Plano de Acção e Linhas de Orientação da Comissão para a Eficácia das Execuções 2009/2012***, o qual foi aprovado por unanimidade, sendo de destacar os seguintes três objectivos estratégicos da CPEE:

- **Objectivo I** – Promover a eficácia das execuções: celeridade e eficiência, através do processo electrónico;
- **Objectivo II** - Aumento do nível de formação técnica e deontológica dos Agentes de Execução, reforçando a sua disciplina e promovendo a dinamização do *E-Agente de Execução*;
- **Objectivo III** - Assegurar a divulgação da CPEE.

Portanto, a actividade desenvolvida pela CPEE passa pela necessidade de alcançar os objectivos acima referidos, através da execução de medidas, as quais giram em torno, essencialmente, de três grandes vectores:

- a) Acompanhamento da implementação no terreno das medidas legislativas previstas no Decreto-Lei n.º 226/2008, tendo em vista assegurar um processo executivo célere (despendendo apenas o tempo necessário à realização adequada dos direitos dos cidadãos) e eficiente (produzindo o efeito pretendido despendendo o mínimo de esforço e outros recursos, obtendo melhores resultados de forma mais económica)¹⁰ – o que é assegurado no seio pelo **Plenário da CPEE**;
- b) Exercício de uma disciplina e realização de uma efectiva fiscalização dos agentes de execução – assegurado pelo **Grupo de Gestão da CPEE**;

9 Disponível ao público no sítio da CPEE na Internet em http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/Programa_de_Accao_e_Linhas_de_Orientacao_da_CPEE_2009-2012.pdf.

10 Se tentarmos definir *eficácia*, podemos afirmar que se trata de medir a relação entre os resultados obtidos e os objectivos pretendidos, ou seja, ser eficaz é conseguir atingir um dado objectivo. Para mais desenvolvimentos acerca da eficiência da Justiça, v. por todos PAULA MEIRA LOURENÇO, “Justiça Cível: Eficiência e Novas Formas de Gestão Processual”, *NOVOS RUMOS DA JUSTIÇA CÍVEL*, 2008.

- c) Disponibilização dos meios financeiros necessários ao recrutamento de recursos humanos e respectiva formação, e à aquisição de recursos materiais, a afectar ao processo executivo, aos agentes de execução e ao funcionamento da CPEE – o que é da responsabilidade do Ministério da Justiça e da Câmara dos Solicitadores.

É aqui que hoje em dia se verificam os principais problemas, pois assiste-se à falta de cumprimento do disposto na lei, por falta de afectação das verbas necessárias.

4. Os resultados alcançados em 2 anos e meio de actividade

No que respeita ao exercício das competências legais importa destacar, como balanço da actividade da CPEE nos seus primeiros dois anos e meio de actividade:

- a) Organização de 2 Conferências Internacionais: em Junho de 2010 (Lisboa) e em Setembro de 2011 (Espinho)¹¹;
- b) Elaboração de Regulamentos Internos e Manuais;

Destaque especial para o *Manual de Perguntas e Respostas sobre a Acção Executiva e Compilação da Legislação*, elaborado em co-autoria com a Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça, o qual foi disponibilizado ao público em Setembro de 2009, nos respectivos sítios na Internet (<http://www.cpee.pt> e <http://www.dgpj.mj.pt>), e a partir de Dezembro de 2009 foi distribuído gratuitamente a diversos operadores judiciais;

- c) Participação em 7 Grupo de Trabalho;

¹¹ Disponíveis ao público no sítio da CPEE na Internet em http://www.cpee.pt/conclusoes_1_CONFERENCIA_INTERNACIONAL_JUNHO_2010/ e http://www.cpee.pt/conclusoes_2_CONFERENCIA_WORKSHOP_SETEMBRO_2011/.

- d) Elaboração de 8 Pareceres relativos a Projectos de diploma legal, em sede de audição no âmbito de processos legislativos;
- e) Monitorização da execução prática do novo regime legal da acção executiva previsto no Decreto-Lei n.º 226/2008, beneficiando da cooperação entre os Membros do Plenário da CPEE, tendo em vista a emissão das recomendações sobre a eficácia das execuções e a formação dos agentes de execução - **Plenário da CPEE**;

Tendo em vista a emissão das recomendações para a eficácia das execuções e para a formação dos Agentes de Execução, a CPEE adoptou a seguinte metodologia:

- Identificação dos problemas e sua análise;
- Elaboração dos critérios de análise, tendo em conta os critérios da Comissão Europeia da Eficiência da Justiça (CEPEJ), do Conselho da Europa;
- Análise anual dos dados;
- Recolha de contributos junto dos Membros da CPEE e dos 10 AE Fiscalizadores da CPEE;
- Convite dirigido aos Agentes de Execução para participar – a CPEE recebeu sugestões de 100 AE;
- Promoção do amplo debate junto do público em geral, no âmbito da organização de 2 Conferências Internacionais e um Workshop.

No dia 13 de Julho de 2010, o emitiu 93 recomendações, precedidas de uma análise rigorosa e exaustiva do 1.º ano de vigência do Decreto-Lei n.º 226/2008, como resulta da leitura do documento ***Recomendações para a Eficácia das Execuções da CPEE 2009/2010***¹².

¹² Disponível ao público no sítio da CPEE na Internet em Disponível ao público no sítio da CPEE na Internet em http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/RECOMENDACOES_DA_CPEE_2009-2010__.pdf.

No dia 22 de Novembro de 2011, o **Plenário da CPEE** emitiu 105 recomendações, também estas antecedidas de uma análise rigorosa e exaustiva do regime em vigor, como resulta da leitura do documento ***Recomendações para a Eficácia das Execuções da CPEE 2011/2012***¹³.

- f) Colocação de mais 850 Agentes de Execução no mercado, através da abertura de 3 procedimentos de contratação pública para a entrada de novos profissionais – permitindo o acesso aos advogados (até 2009 só era exercida por solicitadores), concorrência que assegura um aumento da qualidade de prestação do serviço público - **Plenário da CPEE**;
- g) Assegurar a exigência e a qualidade do acesso e da admissão de candidatos ao estágio de agente de execução - **Plenário da CPEE**.

Em 2009 e 2010, a CPEE escolheu uma entidade externa e independente: **a Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa**, a qual em 2010, de entre 900 candidatos, seleccionou os 300 melhor classificados no exame nacional de acesso ao 1.º estágio de agente de execução, e em Abril de 2011 realizou o exame final aos estagiários (após um estágio de 10 meses na Câmara dos Solicitadores), tendo aprovado 270 novos Agente de Execução.

No dia 29 de Janeiro de 2011 realizou-se o exame nacional de acesso ao 2.º estágio de agente de execução), estando a avaliação final destes Agentes de Execução estagiários agendada para o início do ano de 2012.

Já entraram na profissão 530 novos Agentes de Execução (advogados e solicitadores).

- h) Decisão acerca de pedidos de agentes de execução para suspender a recepção de processos novos - **Plenário da CPEE: 211 deliberações favoráveis, relativamente a 145 Agentes de Execução**;

13 Disponível ao público no sítio da CPEE na Internet em Disponível ao público no sítio da CPEE na Internet em http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/RECOMENDACOES_DA_CPEE_EFICACIA_DAS_EXECUCOES_FORMACAO_DOS_AGENTES_EXECUCAO_2011_2012.pdf.

- i) Emissão de parecer acerca da reinscrição como agente de execução - **Plenário da CPEE: 22 pareceres;**
- j) Decisão acerca de impedimentos, suspeições e escusas dos agentes de execução - **Grupo de Gestão da CPEE: 102 deliberações;**
- k) Destituição de Agentes de Execução com fundamento em actuação processual dolosa ou negligente ou em violação grave de dever que lhes seja imposto, nos termos do artigo 808.º/6 do CPC - **Grupo de Gestão da CPEE: 6 Agentes de Execução destituídos;**
- l) Apreciação das Participações/Queixas relativas à actividade do agente de execução, e deliberação de arquivamento ou instauração de processo disciplinar - **Grupo de Gestão da CPEE: 1.787 Participações Entradas** (71 Participações em 2009 + 409 Participações em 2010 + 1.667 Participações em 2011).

A apreciação de 1.522 Participações encontra-se pendente, por falta de assessoria técnica nos anos de 2010 e 2011.

- m) Instauração de processos disciplinares e aplicação das respectivas penas aos Agentes de Execução - **Grupo de Gestão da CPEE: 188 deliberações de instauração de processos disciplinares**, em relação a 106 Agentes de Execução;
- n) Suspensão preventiva de funções, com bloqueio das contas-clientes (medida cautelar) - **Grupo de Gestão da CPEE: 21 Agentes de Execução;**
- o) Suspensão de receber novos processos (medida cautelar) - **Grupo de Gestão da CPEE: 5 Agentes de Execução;**
- p) Expulsão de 3 Agentes de Execução de funções - **Grupo de Gestão da CPEE;**
- q) Realização de fiscalizações e inspecções aos Agentes de Execução - **Grupo de Gestão da CPEE: todos os agentes de execução fiscalizados.**

Foram fiscalizados pela CPEE 731 Agentes de Execução (n.º de Junho de 2011), alguns dos quais ainda estão a ser alvo de fiscalização pela CPEE:

- 105 Agentes de Execução - Fiscalização presencial;
- 626 Agentes de Execução - Fiscalização electrónica.

A conclusão de 600 Fiscalizações encontra-se pendente, por falta de efectivo financiamento e assessoria técnica nos anos de 2009, 2010 e 2011.

Com efeito, a CPEE contado apenas com o empenho e dedicação dos Membros do Plenário e do Grupo de Gestão, e de 9 Agentes de Execução seleccionados para efectuarem a fiscalização de outros Agentes de Execução, deslocando-se aos seus escritórios, em regra, por mais de um dia.

- r) Distinção de 9 Agentes de Execução pela sua boa prestação de serviço público *http://www.cpee.pt/ae_distinguidos/*.
- s) Elaboração de 2 Relatórios Anuais de actividade¹⁴.

5. O Futuro

Entendo que o futuro da actividade da CPEE passa pelo reforço da capacidade de promover a eficácia da cobrança de dívidas e da fiscalização dos Agentes de Execução, beneficiando da experiência e da activa participação da sociedade civil, dos cidadãos e das empresas que utilizam os serviços de Justiça, tendo em vista potenciar os bons resultados já obtidos.

¹⁴ Disponíveis ao público no sítio da CPEE na Internet em Disponível ao público no sítio da CPEE na Internet em http://www.cpee.pt/CPEE_Relatorios_Anuais_Actividades/.

Sábado, 5 de Novembro de 2011

9h00	Recepção aos convidados Eng.º FRANCISCO TAVARES – Presidente da Câmara Municipal de Valpaços
9h15	Sessão de abertura Exm.ª Sr.ª Presidente da Assembleia da República, Dr.ª ASSUNÇÃO ESTEVES
9h40	Dr. MARINHO PINTO – Bastonário da Ordem dos Advogados
9h45	<i>Revisão do mapa judiciário e suas implicações práticas</i> Prof. Dr. ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO – Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa e advogado
10h15	<i>Procedimentos Cautelares: “Processo Cautelar Comum”</i> Mestre Dr.ª LUCINDA DIAS DA SILVA – Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
	<i>Coffee-break</i>
11h15	<i>Ação Executiva – Problemas práticos</i> Mestre ARMINDO RIBEIRO MENDES – Docente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, membro da actual Comissão para a Reforma do Processo Civil e advogado
12h00	<i>A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista?</i> Professora Doutora MARIA JOSÉ CAPELO – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
12h45	Intervalo para Almoço *
	Moderador: Doutorando Dr. RICARDO COSTA – Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
14h00	<i>Audiência preliminar – Saneamento e Condensação</i> Mestre Dr. PAULO PIMENTA - Docente do Departamento de Direito da Universidade Portucalense, advogado e membro da actual Comissão para a Reforma do Processo Civil

15h00	<p><i>Meios de prova e decisão de facto</i> Professor Doutor LEBRE DE FREITAS – Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa</p> <p><i>Coffee-break</i></p>
16h30	<p><i>Recursos em Processo Civil</i> Professora Doutora ELISABETH FERNANDEZ – Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e advogada</p>
17h15	<p><i>Efeitos processuais da declaração de insolvência</i> Doutoranda MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO – Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto</p>
17h45	<p><i>Problemas práticos dos instrumentos financeiros</i> Professor Dr. AMADEU FERREIRA – Docente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Vice-Presidente da CMVM</p>
18h15	<p><i>Garantias e mecanismos de segurança do crédito no campo bancário</i> Professor Doutor JANUÁRIO DA COSTA GOMES – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</p>
18h30	<p><i>A projectada reforma da lei da insolvência</i> Professora Doutora CATARINA SERRA – Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho</p>
19h00	<p><i>O Processo Civil Português: diagnóstico e cura</i> Professor Doutor RUI PINTO – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</p>

Domingo, 6 de Novembro

14h00 **SESSÃO DE ENCERRAMENTO**

O Poder da Rua na Justiça Mediática

Prof. Dr. Carlos Magno – Jornalista e Professor de Filosofia da Comunicação

A Arbitragem como antecâmara de um processo civil

Professor Doutor João Calvão da Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*

Juiz Conselheiro Dr. Noronha do Nascimento – Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho Superior da Magistratura

Dr. Guilherme Figueiredo - Presidente do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados

Mestre Paula Meira Lourenço – Presidente da Comissão Para a Eficácia das Execuções

*

Juiz de Direito Dr. José António Alves Esteves – Juiz Presidente do Tribunal Judicial de Valpaços

