

O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes

2013

Fernando Pereira Rodrigues
Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça


ALMEDINA

**O NOVO PROCESSO CIVIL.
OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES**

AUTOR

Fernando Pereira Rodrigues

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO | ACABAMENTO

PAPELMUNDE

Novembro, 2013

DEPÓSITO LEGAL

366927/13

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objecto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

RODRIGUES, Fernando Pereira

O novo processo civil : os princípios
estruturantes. – (Monografias)

ISBN 978-972-40-5373-8

CDU 347

*Aos
Meus Netos*

Porque a fisionomia de alguns princípios se interpenetra e confunde parcialmente com a de outros, o texto nesses casos se repete, em parte, para evitar remissões nem sempre de fácil conferência.

Atendendo a que estes princípios têm sido versados de modo fragmentário pelos tratadistas do direito, visa-se com este trabalho coligi-los em compêndio para consulta fácil e abreviada, mas na noção, pretensamente, clarificadora de cada um deles.

E sempre no desiderato de uma conceção mais conseguida do direito processual.

Se para tanto se contribuir não terá sido inútil este trabalho.

Lisboa, Setembro de 2013

1.

Princípio do direito de acesso à justiça

A Declaração Universal dos Direitos do Homem aclama – «como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição» – entre outros, o seguinte princípio:

«Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida» (artigo 10º).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, reafirmando este princípio, acrescenta a exigência de que a causa seja examinada num «prazo razoável» e num «julgamento público», nos seguintes termos:

«Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de

qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça» (artigo 6º, nº 1).

Dando acolhimento a estes princípios do direito internacional, o artigo 20º da Constituição da República Portuguesa consagra o princípio do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, do seguinte modo:

«1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos».

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira escrevem a propósito deste direito o seguinte:

«O direito de acesso aos tribunais inclui, desde logo, no seu âmbito normativo, o *direito de ação*, isto é, o direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional, solicitando a abertura de um processo, com o conseqüente dever (*direito ao processo*) do mesmo órgão de sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada (cfr. art. 205º-1). O *direito ao processo* inclui a possibilidade de direito de vista do processo, o que implica que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a possibilidade de consulta dos autos

(em casa, no escritório) só pode ser restringida observados que sejam determinados pressupostos (extravio do processo, segredo de justiça).

O direito de acesso aos tribunais compreende desde logo um direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso, proibindo prazos de caducidade exíguos do direito de ação ou de recurso (cfr. Ac. TC nº 148/87). O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do *direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas*. Este direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efetiva. As partes formais num processo judicial em tramitação têm o direito de obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais preestabelecidos, ou, no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo.

Cabe também no âmbito normativo do direito a uma tutela judicial efetiva o direito a um processo justo baseado nos *princípios da prioridade e da sumariade* no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas. Este direito que encontra expressão concreta no direito de *habeas corpus* (art. 31º) e em algumas providências cautelares, não dispõe ainda de adequada densificação legal, tornando inoperantes, na prática, o exercício de certos direitos (ex.: garantir o direito de reunião contra uma proibição policial; reagir contra certos atos silentes da administração).

O âmbito jurídico normativo do acesso aos tribunais abrange ainda o *direito a um processo de execução*, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efetive toda a atividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal (cfr. art. 205º-3). Através deste direito pretende-se evitar que as decisões judiciais e a garantia de direitos e interesses se reduzam a meras declarações de intenção a favor de uma das partes» [*in* Constituição da República Portuguesa, anot., 3ª ed., 1993, pgs. 163 e ss].

Harmonizando-se com os preceitos supracitados e a doutrina aludida, estabelece o artigo 2º do CPC [aprovado pela Lei nº 41/2003, de 26/6] que:

«1. A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

2. A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação».

Este artigo reproduz o artigo 2º da lei anterior, sendo que no preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, justifica-se a garantia do acesso aos tribunais nos seguintes termos:

«Os princípios gerais estruturantes do processo civil, em qualquer das suas fases, deverão essencialmente representar um desenvolvimento, concretização e densificação do princípio constitucional do acesso à justiça.

Na verdade, tal princípio não se reduz à mera consagração constitucional do direito da ação judicial, da faculdade de qualquer cidadão propor ações em Tribunal, implicando, desde logo, como, aliás, a doutrina vem referindo, que a todos seja assegurado, através dos Tribunais, o direito a uma proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada.

Tal garantia constitucional implica o direito ao patrocínio judiciário, sem limitações ou entraves decorrentes da condição social ou económica, mas, igualmente, a obter, em prazo razoável, decisão judicial que aprecie com força de caso julgado a pretensão regularmente deduzida em juízo, a faculdade de requerer, sem entraves desrazoáveis ou injustificados a providência cautelar que se mostre mais adequada a assegurar o efeito útil da ação e a possibilidade de, sempre que necessário, fazer executar, por via judicial, a decisão proferida e não espontaneamente acatada.

O direito de acesso aos Tribunais envolverá identicamente a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito, que opere a justa e definitiva composição do litígio, privilegiando-se assim claramente a decisão de fundo sobre a mera decisão de forma.

A obtenção de uma decisão judicial que aprecie o mérito da pretensão deduzida ou ordene as providências cautelares ou executivas, destinadas a assegurá-la ou realizá-la coercivamente, dependerá estritamente da verificação dos pressupostos processuais de que a lei faz depender a regularidade da instância.

Como concretização desta ideia, importará fazer especial referência à revogação dos preceitos que, no regime vigente, condicionam o normal prosseguimento da instância e a obtenção de uma decisão de mérito, ou o uso em juízo de determinada prova documental, à demonstração do cumprimento de determinadas obrigações tributárias – salvo nos casos em que se trate de transmissão de direitos operada no próprio processo, dependente do pagamento de imposto de transmissão. Nos restantes casos, prescreve-se que o juiz se limita a comunicar à administração fiscal a infração eventualmente detetada, sem que o andamento regular da causa ou a utilização dos meios probatórios resultem prejudicados».

1.1. O direito de ação

O direito de ação pode dizer-se que é a faculdade conferida por lei a toda a pessoa de poder obter em juízo o reconhecimento de um direito que lhe assista ou a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente.

No direito romano definia-se a «ação» como o "*jus perseguendi judicio quod sibi debetur*" [o direito de reivindicar judicialmente o que lhe seja devido].

O direito de ação, hoje consagrado na lei, é mais amplo na medida em que envolve não só a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito, que opere a justa e definitiva composição do litígio, como também o direito ao patrocínio judiciário, sem limitações ou estorvos decorrentes da condição social ou económica, mas, igualmente, a obter, em prazo razoável, decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, a faculdade de requerer, sem entraves desrazoáveis ou injustificados a providência cautelar que se mostre mais adequada a assegurar o efeito útil da ação e a possibilidade de, sempre que necessário, fazer executar, por via judicial, a decisão proferida e não espontaneamente acatada, como se refere no preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95.

Por regra, o direito de ação tem como fundamento e finalidade assegurar um direito próprio, ou interesse, daquele que demanda.

Porém, no direito de participação procedimental e de ação popular, são seus titulares quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e associações e fundações defensoras de interesses protegidos por lei – designadamente a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público –, independentemente de terem, ou não, interesse direto na demanda (artigos 1º, nº 2, e 2º, nº 1, da Lei 83/95, de 31/08).

Por isso, a titularidade do direito ou do interesse que se pretende fazer valer em juízo é dispensado no exercício do direito de ação popular, por estarem em causa interesses coletivos e difusos, conferidos a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos e associações e fundações que tenham por objeto a defesa de tais interesses.

Note-se o que, a propósito, assinala Lebre de Freitas:

«Fala-se de interesses coletivos e difusos para qualificar interesses individuais generalizados, como tais próximos dos interesses públicos, mas de natureza ainda fundamentalmente privatística. Em causa está sempre a fruição de bens de uso pessoal não suscetíveis de apropriação exclusiva. O interesse coletivo reporta-se a uma comunidade genericamente organizada, cujos membros são como tais identificáveis, mas sem que essa organização se processe em termos de pessoa coletiva [...]. O interesse difuso reporta-se a um grupo inorgânico de pessoas, cuja composição é, em cada momento, ocasional e por isso não permite a identificação prévia dos respetivos titulares [...]. Em ambos os casos, a natureza geral do interesse leva a atribuir o direito de ação a pessoas em que pode não radicar (pessoas singulares) ou não radica nunca (associações e fundações) a titularidade individual do interesse em causa».

E para concluir acrescenta:

«Por isso se tem entendido que a tutela dos interesses coletivos e difusos radica numa conceção objetiva do direito e que o cidadão ou a associação que proponha uma ação com esse fim faz valer uma legitimidade originária específica, independente da radicação dum direito subjetivo ou dum interesse material [...]. Consequentemente, a decisão que for proferida nessa ação, constituindo, nos termos gerais, caso julgado entre as partes, estende a sua eficácia aos titulares do interesse em causa na medida em que lhes seja favorável, mas não na medida em que lhes seja desfavorável» [in Introdução ao Processo Civil, pg. 81-82].

Note-se ainda que o direito de ação, enquanto direito de acesso à justiça, é extensivo ao próprio demandado, que, ao defender-se por exceção e por impugnação e ainda ao deduzir pedido reconvenicional contra o autor, igualmente está a usufruir do mesmo direito de fazer valer em juízo os direitos ou interesses que lhe assistam.

Por isso, o direito de defesa é igualmente integrador do direito à jurisdição e postula que, ao ser chamado a juízo, o réu tome conhecimento efetivo e integral da demanda e lhe seja concedido um prazo para deduzir oposição e ainda lhe seja facultado o acesso ao apoio judiciário, se dele carecer.

Na verdade, o direito de ação, no caso de insuficiência económica, envolve também o direito ao apoio judiciário e à consulta jurídica, de que pode beneficiar tanto o autor como o réu.

Com efeito, a Lei do Apoio Judiciário [Lei 34/2004, de 29/7, alterada pela Lei 47/2007, de 28/8], estabelece, no seu artigo 1º, que:

«1. O sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a promover que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, de conhecer, fazer valer ou defender os seus direitos.

2. Para concretizar os objetivos referidos no número anterior desenvolver-se-ão ações e mecanismos sistematizados de informação jurídica e de proteção jurídica».

O processo de acesso ao direito e aos tribunais envolve as modalidades de informação jurídica e de proteção jurídica.

A informação jurídica consiste nas ações tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal, através de publicações e outros meios adequados de comunicação, incumbindo ao Estado, através do Ministério da Justiça, realizar de modo permanente e planeado essas ações de informação (ver artigo 4º).

A proteção jurídica abrange as modalidades de consulta jurídica e de apoio judiciário.

A consulta jurídica consiste no esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a questões ou casos concretos nos quais avultem interesses pessoais legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão. No âmbito da consulta jurídica cabem ainda as diligências extrajudiciais que decorram diretamente do conselho jurídico prestado ou que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada (artigo 14º).

A consulta jurídica pode ser prestada em gabinetes de consulta jurídica ou nos escritórios dos advogados que adiram ao sistema de acesso ao direito (artigo 15º, nº 1).

Por seu turno, o apoio judiciário compreende as seguintes modalidades: a) dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo; b) nomeação e pagamento da compensação de patrono; c) pagamento da compensação de defensor oficioso; d) pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo; e) nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono; f) pagamento faseado da compensação de defensor oficioso; g) atribuição de agente de execução (artigo 16º, nº 1).

O regime de apoio judiciário aplica-se em todos os tribunais, qualquer que seja a forma do processo, nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça e, também, com as devidas adaptações, nos processos de contraordenação. E ainda nos processos que corram nas Conservatórias, em termos a definir por lei (artigo 17º).

O apoio judiciário é concedido independentemente da posição processual que o requerente ocupe na causa e do facto de ter sido já concedido à parte contrária (artigo 18º, nº 1).

Importa salientar que o direito de ação no sentido amplo, que se vem expondo, não comporta o alcance, que por vezes é pretendido pelos pleiteantes, de assegurar o direito ao recurso em todos os graus de jurisdição admissíveis.

O que o artigo 20º, nº 1, da CRP e demais normas citadas garantem é que a todos é assegurado o direito a que a sua causa seja submetida a juízo, para a declaração e o exercício de direitos, através dos meios processuais adequados, que podem limitar-se a um único grau de jurisdição.

A norma constitucional e a substância do direito não exigem, apenas por si, a organização de competências e do processo em vários graus de jurisdição.

O acesso aos tribunais para a defesa de interesses legalmente protegidos basta-se com a previsão dos adequados procedimentos e meios de exercício, estando fora da garantia a previsão de tipos, modos, e sobretudo pluralidade de graus de recuso¹.

Desde que a parte tenha tido acesso ao tribunal e disposto dos meios processuais adequados que a lei lhe confere, na liberdade de conformação do legislador quanto à organização das competências e das instâncias de recurso, não pode existir qualquer violação do artigo 20º, nº 1, da CRP.

¹ Cf., a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 261/02, de 18 de junho, de 2002.

1.2. A ação abusiva

O direito de ação, acabado de expor, não pode ser entendido, todavia, como um direito arbitrário, de que seja lícito lançar mão, independentemente de qualquer interesse legítimo na litigância.

Com efeito, é presentemente um dado adquirido a aplicação geral do instituto do abuso do direito (artigo 334º do CC) no âmbito do direito processual civil, pois que também o direito de ação não está imune ao abuso do direito previsto para o direito substantivo, com todas as consequências daí decorrentes.

Deste modo, o abuso do direito é, indubitavelmente, aplicável ao direito de ação judicial, ou, de uma forma mais ampla, ao exercício de quaisquer posições no processo.

O instituto do abuso do direito traduz a aplicação, nas diversas situações jurídicas, do princípio da boa fé, princípio que equivale à capacidade que o sistema jurídico tem de, mesmo nas decisões mais periféricas, fazer apelo aos seus valores fundamentais.

A aplicação da boa fé e do abuso do direito no domínio do processo civil é de inconcusso acolhimento, o que desde logo sucede no plano substancial do processo, pois que as ações judiciais instauradas contra a confiança previamente infundida ou em grave desequilíbrio, de modo a provocar danos máximos a troco de vantagens mínimas, não podem deixar de ser abusivas. Haverá, então, abuso do direito de ação judicial no seu todo.

Mas também as atuações processuais, nos parâmetros apontados, sempre que defrontem o princípio da boa fé, se podem traduzir em situação de abuso do direito de ação, que, contudo, não está sujeito às restrições da litigância de má fé.

Com efeito, no abuso do direito de ação é de tomar em consideração qualquer violação de boa fé, dolosa ou meramente negligente, sendo que qualquer pessoa é responsabilizável, mesmo as pessoas coletivas, desde que se verifique a existência de danos, sendo que todos os danos devem ser considerados.

Encontramo-nos, assim, perante mais um instrumento de que a parte lesada com ação injustificada pode lançar mão com vista ao ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos, facultado pelas exigências globais do sistema e que transcende em muito as margens estreitas da litigância de má fé².

² Ver M. Cordeiro, *in* Litigância de Má Fé Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo", Almedina, pg. 85 e ss.

Importa salientar que na vigência do Código de Seabra, sancionando-se já a teoria do abuso do direito, apesar da ausência de norma expressa, coibia-se, todavia, de forma clara, o abuso do direito de ação, que seria caracterizado, quer pelo excesso de chicana, quer por se sustentar um litígio por emulação ou com erro grosseiro.

Em todo o caso, já no Acórdão do STJ, de 17.05.1940, se entendeu que comete abuso do direito de ação, incorrendo em responsabilidade civil, o exequente que nomeia e faz penhorar bens, sabendo não pertencerem ao executado, mas sim a um terceiro, para quem se haviam transmitido por trespasso do estabelecimento que o executado fez com reserva do passivo [*in* Coleção Oficial, 39, pg. 230].

De igual modo, no Acórdão da Relação de Coimbra, de 28.10.1958, se considerou haver abuso do direito de ação quando o litigante aciona por capricho ou por malévolo espírito de vexar e arreliar o que é acionado, intentando ações com base em pretensões de fantasia, requerendo diligências e interpondo recursos a pretexto de defesa, mas em que só há maldade, com mira a obrigar o adversário a transigências e concessões deprimentes e prejudiciais, ou em que há erros grosseiros e indesculpáveis [*in* Jurisprudência das Relações, 4º, pg. 1075].

Também noutra Acórdão da mesma Relação, de 21.02.1968, se entendeu haver abuso do direito, e não litigância de fé (que tem por conceitos distintos), numa ação de interdição por demência, quando a ação é proposta com um fim repreensível, verificado quando a injustiça ou inutilidade da pretensão do autor forem manifestas, havendo apenas um desejo de vexar, alegando-se factos sem consistência, para, com a sua publicidade, causar dano à reputação da pessoa visada com a pretensa interdição [*in* Jurisprudência das Relações, 14º, pg. 185].

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, existe uma permanente ilustração jurisprudencial de situações de abuso do direito perpetradas através do direito de ação judicial.

A esta luz, a generalidade das decisões judiciais que exemplificam o abuso do direito, ocorrem, justamente, aquando do exercício indevido do direito de ação.

Assim, no Acórdão do STJ, de 21.10.93, entendeu-se que o recurso representará um abuso do direito de ação quando se recorra apenas por recorrer, sabendo-se que assim procedendo se atrasa a definição do problema ajuizado; neste caso esse abuso do direito de ação integrará má fé e terá

de ser sancionado porque o seu agente estará a fazer um uso manifestamente reprovável de um meio processual, entorpecendo a ação da justiça [acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj>].

Também, no Acórdão da Relação do Porto, de 20.05.1997, se julgou que constitui um nítido abuso do direito de ação, terem os autores pedido a anulação das deliberações tomadas em assembleia-geral, com fundamento no disposto no artigo 56º, nºs 1 e 2, do Código das Sociedades Comerciais, quando foram eles que impediram a realização da assembleia no local para onde tinha sido convocada, e em que não estiveram presentes nem participaram porque deliberadamente não quiseram [citado por Rui Correia de Sousa, *in* Litigância de Má Fé, 2ª ed. pg. 24].

Também no Acórdão da mesma Relação, de 22.01.2002, se afirmou que constitui abuso intentar uma ação de execução específica de uma promessa contra os promitentes adquirentes de ações de uma sociedade que, entretanto, perdeu o seu valor, por ter sido declarada falida [*in* CJ, 2002, I, pg. 188].

Ainda no Acórdão da Relação do Porto, de 02.02.2006, se defendeu que, depositando o inquilino, demandado numa ação de despejo por falta de pagamento de rendas, as devidas até à contestação acrescidas da indemnização legal, mas fazendo-o, não nos termos previstos no RAU, mas antes como depósito autónomo, e não questionando o locador, nem o valor das rendas depositadas, nem o da indemnização, nem pretendendo impugnar o depósito, mas insistindo no “despejo” apenas porque, formalmente, o depósito não obedeceu aos preceitos daquele diploma, pretende exercer um direito com fundamento estritamente formal, o que consubstancia abuso do direito na vertente processual, já que almeja, pela via adjetiva, alcançar uma pretensão que, em bom rigor, foi satisfeita pelo locatário, nenhum prejuízo relevante lhe advindo do modo como foi feito o depósito, que fez caducar o direito exercido [acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp>].

O exercício abusivo do direito de ação faz incorrer o autor na obrigação de indemnizar pelos danos causados e em termos mais abrangentes dos conferidos pela litigância de má fé, como acima já se aludiu.

Com efeito, aquele que, com dolo ou mera culpa, e ainda que por meios judiciais, viole ilícitamente o direito alheio ou uma norma de proteção, é responsável, civilmente, pelo ressarcimento dos prejuízos a que der adequada causa.

O mesmo pode suceder através da violação de obrigações, já que o exercício abusivo do direito de ação pode, logo por si, implicar uma violação contratual. Assim sucederá quando ele traduza a inobservância de um "*pactum de non petendi*" ou de uma convenção arbitral.

A culpa "*in agendo*" resultará, nesse caso, do incumprimento de um contrato, o qual, sendo válido, deve ser cumprido, pois que a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos, prevista no artigo 405º do CC, carece de complementar-se com o dever de observância dos pactos firmados.

Por isso, no artigo 406º, nº 1, do mesmo Código, se estipula que o contrato deve ser pontualmente cumprido, sendo que o cumprimento pontual do contrato se satisfaz não só com o sentido mais restrito de cumprimento "a tempo", mas também e sobretudo com o significado mais abrangente de cumprimento "ponto por ponto", em toda a linha da prestação, a que o devedor se encontra adstrito, satisfazendo-se, integralmente, todos os deveres dele decorrentes.

Havendo incumprimento das obrigações assumidas contratualmente, incorrer-se-á na responsabilidade contratual, nos termos dos artigos 798º e seguintes do CC.

Mas o exercício abusivo do direito de ação pode ainda traduzir a violação dos mais diversos direitos subjetivos, como por exemplo: do direito ao bom nome e reputação – através de uma ação caluniosa; do direito ao património e à iniciativa económica – por um pedido de insolvência sem que se verifiquem os pressupostos legais e que conduza à total paragem da entidade requerida; do direito de propriedade – através de qualquer invocação que o contradiga, impedindo o seu pleno gozo, etc..

O regime dos ilícitos perpetrados através de ação judicial seguirá o prescrito para o incumprimento das obrigações – artigos 798º e seguintes – ou para a responsabilidade extracontratual (aquiliana) – artigos 483º seguintes – consoante a concreta figura em causa.

Haverá incumprimento sempre que o exercício do direito de ação judicial envolva a inobservância de uma obrigação previamente assumida. Já se viu que tal poderá resultar da violação de uma convenção de arbitragem ou de um "*pactum de non petendi*", nas situações em que tais pactos não sejam interditos.

Como se sabe, o direito de ação é irrenunciável, pois que, de outra forma, estaria aberta a porta à livre constituição de obrigações naturais o que, perante o artigo 809º do Código Civil, não é admissível, no nosso ordenamento jurídico.

No entanto, ele pode ser restringido em certos limites. E quando o for por contrato, a violação das obrigações resultantes pelo intempestivo mover de uma ação judicial conduz à aplicação dos artigos 798º e seguintes, do Código Civil.

Estará em causa, obviamente, o princípio basilar "*pacta sunt servanda*", patente no artigo 406º, nº 1, do Código Civil.

A propositura de uma ação, ou, mais genericamente, a prática de qualquer ato judicial, pode comportar a violação dos diversos direitos subjetivos integráveis no artigo 483º, nº 1, do Código Civil. Neste particular, não haverá quaisquer limites, tudo dependendo do concreto caso registado.

Pode ainda acontecer que uma ação judicial não colida, de modo direto, com qualquer direito subjetivo, mas traduza a violação de normas destinadas a defender interesses alheios: a segunda previsão do artigo 483º, nº 1, do CC, habitualmente conhecida como violação de normas de proteção. Aqui igualmente se verifica a previsão de ilicitude.

Atendendo a que o agente se move no âmbito do seu direito de ação judicial, poderia, à primeira vista, pensar-se que a sua conduta se encontraria justificada, mas não é assim.

Torna-se necessário distinguir as situações, conforme se verifique: ou a improcedência por falta de requisitos para a própria ação; ou a improcedência por razões de processo ou fundo ou ainda a procedência, mas com consequências ilícitas.

Caso seja instaurada uma ação com falta de requisitos, por exemplo se é requerida a insolvência de uma entidade perfeitamente solvente, verifica-se que, afinal, não havia nenhum concreto direito de ação, pelo que a atitude do seu autor é ilícita. Poderá, então e quando muito, discutir-se se agiu dolosa ou culposamente ou se sem culpa.

Se uma ação intentada improceder, por razões processuais ou de fundo, conclui-se que o direito prefigurado pelo direito de ação, afinal, não existia. Tal não obsta, todavia, a que o autor tivesse, na realidade, o direito à ação judicial.

Sucedem que esse direito não é ilimitado havendo que confrontá-lo com o direito de fundo da outra parte, à luz das regras sobre colisão de direitos (artigo 335º do CC). Desse confronto se aferirá da eventual existência de uma quota-parte em que o regime da colisão seja favorável ao autor e desfavorável ao réu. Se tal se verificar, a atuação daquele, ao propor a ação, poderá considerar-se justificada nessa medida.

Para a hipótese de a ação proceder, verificar-se-á a existência do direito de ação e a do próprio direito de fundo, que fez vencimento. Porém, nem toda a atuação coberta pelos direitos em presença poderá ficar automaticamente justificada, pois que, ainda que em margem estreita, sempre se poderão causar danos e nessa hipótese, de novo, haverá que recorrer ao regime da colisão.

Na verdade, no domínio do direito substantivo, a atuação levada a efeito ao abrigo de um direito e que cause danos a outrem, atingindo os direitos do lesado ou normas destinadas a proteger interesses alheios, não fica, sem mais, legitimada, tendo de se recorrer à ponderação dos direitos em confronto.

E esses mesmos princípios terão de se aplicar ao direito de ação judicial, por se estar em presença de idênticas e justificativas razões.

A responsabilidade pela ação efetivar-se-á, em princípio, através de uma ação própria, até por dificuldades ou obstáculos de natureza processual, pois que nem sempre será de fácil viabilidade enxertar, numa ação em curso, uma nova matéria, ainda que se posse discutir a admissibilidade de reconvenção para o efeito (artigo 266º do CPC)³.

Mas não existe no nosso direito processual nenhuma regra de tipicidade das ações, designadamente para fins de ressarcimento pelos danos sofridos, pelo que caberá a cada interessado eleger os meios processuais que, em concreto, se mostrem mais adequados ao êxito da sua demanda.

A nossa lei contempla várias situações de atuações culposas, causadoras de danos patrimoniais e não patrimoniais, conexas com o exercício abusivo do direito de ação, de que se podem colher os exemplos que se seguem.

Assim, a propósito da providência cautelar comum, diz o artigo 374º, nº 1, do CPC, que se a providência for considerada injustificada ou vier a caducar por facto imputável ao requerente, responde este pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal.

Ora, fácil é antever, em face de uma providência injustificada e que tenha sido decretada pela invocação de factos inverídicos, que de tal situação podem decorrer danos patrimoniais e morais de grande monta, cujo ressarcimento se justifica e cujo apuramento apenas se poderá fazer no âmbito de ação própria.

³ Ver M. Cordeiro, *in* Litigância de Má Fé ..., citada, pg. 129 e ss.

E o que se diz das providências cautelares diz-se de qualquer outra providência, ou ação, em que as iniciativas processuais de alguém tenham, injustificadamente, afetado de forma negativa o património ou fortuna de outrem.

E é extensível aos danos morais sempre que as iniciativas processuais do seu autor colidam com direitos de personalidade ou com regras de ordem pública de tutela pessoal.

Note-se, todavia, que qualquer demanda judicial representa sempre, para quem a sofre, uma fonte de incómodo e, mesmo, de angústia, pelo que enaltecer esse aspeto seria dificultar o acesso aos tribunais, que a Constituição da República assegura.

No entanto, há ações inúteis e outras que, sendo úteis, nelas se envereda por uma litigância reprovável, transformando-se, sem qualquer necessidade processual, num conjunto de incómodos, danos e ofensas contra a outra parte, com a violação de direitos subjetivos ou de normas de proteção, pelo que representam, em termos normais, muito mais do que o risco comum que qualquer pessoa corre de, a todo o tempo, ser demandada.

Sendo assim, não se compreenderia que no Direito não houvesse mecanismos, de natureza substantiva e processual, para se exercer um papel preventivo e compensatório relativamente a tais situações.

No campo obrigacional, são de referir ações que traduzam a quebra de pactos de "*non petendi*" e de convenções arbitrais, em relação às quais se pode lançar mão de ação própria, de condenação em indemnização, para apreciar as consequências daí decorrentes.

Outra situação de inadimplemento, que em ação própria pode ser considerada, é a do incumprimento de transações judiciais, consubstanciado, por exemplo, por um recurso intentado da sentença que tenha homologado o acordo concluído, em tribunal, pelas próprias partes.

Ou por uma inexecução de uma transação, com quebra de expectativas legítimas, despesas acrescidas, perda de clientela e, quiçá, danos não patrimoniais.

Caso de particular relevância e responsabilidade é o do requerente da insolvência, pelas graves consequências que um pedido de insolvência pode ter junto do requerido, com o envolvimento do seu bom nome na praça pública, com inevitáveis reflexos para os negócios e graves danos patrimoniais e até morais.

Em todo o caso, uma vez citado para uma insolvência, sobre o devedor recai o ónus de se opor [30º] e, mais do que isso, sobre ele impende o ónus

da prova da sua solvência [30º, nº 4], sendo ainda certo que mesmo antes de citado, podem ser tomadas medidas cautelares [31º, nº 4] e ser nomeado um administrador provisório [32º, todos do CIRE], o que tudo se pode traduzir numa sucessão de danos.

Um requerimento de insolvência injustificado, mesmo quando não aceite, é capaz de provocar prejuízos em catadupa, de montantes consideravelmente elevados, que só em ação própria, em discussão de causa, se poderão com rigor definir.

Com efeito, o meio processualmente adequado para reagir a danos ilícitos causados com ações judiciais não poderá ser, apenas, o do pedido de condenação em multa e em indemnização, por litigância de má fé.

Isto por razões práticas, ou técnico-jurídicas, pois que ficam fora da condenação por litigância de má fé:

- as atuações danosas ilícitas, meramente negligentes;
- as atuações ilícitas cuja danosidade se prolongue no tempo, de modo a ser insindicável no mero incidente da má fé;
- as atuações ilícitas cuja complexidade genética e cujas consequências difíceis de abordar apenas sejam compagináveis, em termos de razoável administração da justiça e de efetivação do contraditório, em ação própria;
- as atuações ilícitas que envolvam a conjugação com terceiras pessoas: estas, não sendo partes no processo considerado, sempre escapariam à litigância de má fé;
- as atuações cuja ilicitude provenha não do processo em si, mas da conjugação de diversas ações judiciais.

Acresce que o instituto da litigância de má fé tem origem pública e tem finalidades sancionatórias e repressivas, funcionamento oficioso e um perfil muito estrito e pouco diferenciado⁴.

Fazendo uso de todo os recursos da responsabilidade civil, alcança-se uma abrangência de ressarcibilidade dos danos mais ampla, seja reparando prejuízos ilícitos que escapariam aos estreitos limites da litigância de má fé, seja permitindo debater causas com uma profundidade inatingível pelos mecanismos da referida litigância.

⁴ Ver M. Cordeiro, *Litigância de Má Fé ...*, citada, pg. 147-148.

O abuso do direito de ação faculta aos interessados e, em certa margem, ao próprio tribunal, sancionar as condutas que, embora legitimadas pelo exercício de direitos, se apresentem, todavia, como disfuncionais, por contrárias aos valores fundamentais do sistema.

São tais valores, por tradição, figurados pela locução “boa fé”, concretizando-se através dos princípios mediante a tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

No exercício do direito de ação terão de estar presentes estes princípios impostos pela boa fé, para que a litigância não possa ser havida por abusiva e ilícita, com a consequência do dever de indemnizar pelos danos causados.

Uma ação judicial não pode ser instaurada sem quaisquer fundamentos ou com invocações inexatas ou falsas ou apenas com o intuito de causar danos ao interlocutor processual.

De há muito que se deixou de alvitrar que o direito de ação possa funcionar como uma causa de exclusão da ilicitude, isto é, que uma determinada atuação danosa não seja responsabilizante se traduzir, meramente, o exercício do direito de ação.

Por isso, uma ordem jurídica moderna não pode deixar de estar atenta e prevenida para oferecer aos seus destinatários vias de defesa e de compensação, nas hipóteses de indevido e danoso exercício do direito de ação judicial.

A parcimónia com que a lei faculta o manuseio da litigância da má fé, a acutilância desnecessária de muitos litigantes e a necessidade de tutela dos lesados, conduzem a que, com fundamento na doutrina que se deixa aludida, se considere instituído um sistema de ressarcimento de todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, ilícita e culposamente causados, se decorrentes de exercício reprovável ou inconsiderado de ação ou de atuação processual.

2.

Princípio da proibição da autodefesa

O artigo 1º do Código do Processo Civil [que reproduz o anterior artigo 1º, na redação introduzida pelo Dec.-Lei 47 690, de 11.05.1967] consagra o princípio da proibição da autodefesa, nos seguintes termos:

«A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei».

Este princípio é afluído de há longa data no nosso ordenamento jurídico. Já nas Ordenações Filipinas⁵ se estabelecia que não podia o credor realizar penhora por si próprio, sem autoridade da justiça, mesmo que no contrato lhe fosse conferido poder para tanto. Mas se alguém fosse forçado da posse de alguma coisa pela força e logo a pretendesse, também pela força, reaver, poderia fazê-lo.

Como se vê, nas Ordenações Filipinas estabelecia-se a regra de o credor não poder satisfazer o seu crédito por suas próprias mãos, apossando-se dos bens do devedor, excepcionalmente, se admitindo, todavia, o uso da força para que fosse reavido o bem, também pela força desapossado.

O Código de Seabra [Código Civil de 1867], nos artigos 2535º a 2537º, traçava as linhas gerais de defesa dos direitos através da ação, com arredo da autoridade própria para o efeito, exceto nos casos previstos na lei.

⁵ Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro, 13ª ed., Coimbra, Imp. Univ., 1865, Tomo III, pg. 69.

Assim, estatua o artigo 2535º que «ninguém é autorizado a fazer-se restituir ao exercício dos seus direitos por autoridade própria, salvo nos casos declarados na lei». E o artigo 2536º dispunha que «a lei estatui, por que meios os lesados ou ameaçados nos seus direitos podem ser restituídos, indemnizados ou assegurados na fruição deles». E o artigo 2557º acrescentava que «estes meios são os juízos e as ações».

Quer dizer: a partir do Código de Seabra fica claramente estabelecido que a justiça privada para satisfação de um direito está vetada, ressalvados os casos excepcionais, que o legislador expressamente eleja de permissão da autoridade própria.

A verdadeira “*ratio*” do princípio assenta na necessidade da realização da justiça segundo critérios de isenção e de igualdade, com afastamento de toda a paixão e da prevalência do interesse individual sobre o interesse da coletividade. A justiça realizada à medida do interesse do titular do direito e promovida por este próprio, segundo o maior ou menor acervo de meios ao seu alcance, designadamente a possibilidade de uso da força física, não podia deixar de redundar na sua categórica denegação, com todos as repercussões no seio da comunidade.

Por isso, apenas em casos excepcionais e dentro dos limites estabelecidos na lei, se permite e autoriza que alguém recorra à força com o objetivo de realizar ou assegurar o próprio direito.

E esses casos excepcionais encontram-se regulados na lei civil, dado o seu carácter de normas de direito substantivo. Aliás, o preceituado no artigo 1º do CPC também é mais de cariz substantivo, ainda que se compreenda a sua inserção na lei do processo, enquanto norma justificadora da necessidade de recurso a este meio, como regra, para realização do direito.

Vejamos, pois, os casos excepcionais admitidos a lei.

2.1. A ação direta

Estabelece o artigo 336º do CC que

«1. É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a ação direta for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo.

2. A ação direta pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro ato análogo.

3. A ação direta não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.»

A ação direta consiste no recurso à força, ou às vias de facto, com vista a realizar ou assegurar o próprio direito, podendo consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro ato análogo.

Diz Antunes Varela que «a ação direta pode consistir na apropriação da coisa [...] (que outrem se propunha ilegitimamente destruir ou ocultar), na destruição dela (quando a outra pessoa pretendesse utilizá-la para fins ilícitos), na sua deterioração (quando, por ex., se queira impedir a saída de veículo com importantes artigos furtados), na eliminação de certas resistências ao exercício do direito (se o senhorio impede o inquilino de retirar da casa as coisas que lhe pertencem, sem para tal dispor de qualquer direito de retenção; se o dono impede o acesso ao seu prédio, indispensável nos termos do art. 339º, para combater o incêndio no prédio vizinho) ou em outros atos de natureza análoga».

E explica que «entre os atos de natureza análoga, a que se refere a parte final do nº 2 do artigo 336º conta-se a própria detenção do obrigado, se houver a fundada suspeita, por ex., de que pretende evadir-se para ocultar o paradeiro das coisas que deva restituir. O detentor terá, nessa altura, de promover a rápida entrega do detido às autoridades, sob pena de incorrer nas sanções penais correspondentes» [*in* Direito das Obrigações, vol. I, 3ª ed., pg. 443-444]

O recurso à ação direta, como meio de realizar ou assegurar um direito, nomeadamente do direito de propriedade ou de outro direito real, é admitido em termos restritos, pressupondo a verificação dos seguintes requisitos: a) a existência de um direito próprio; b) a impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais; c) a sua indispensabilidade para evitar a inutilização prática do direito; d) o não excesso do necessário para evitar o prejuízo e e) o não sacrifício de interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.

A ocorrência destes requisitos é, obviamente, cumulativa, bastando, por isso, que um deles esteja ausente para obstar ao recurso da ação direta.

Assim, se inexistir o direito ou se este for litigioso; ou se houver possibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais; ou se for dispensável para evitar a inutilização prática do direito; ou se houver excesso do necessário para evitar o prejuízo ou, ainda, se houver sacrifício de interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar, não será legítimo o recurso à ação direta.

O recurso à ação direta, quando legítimo, não constitui o agente na obrigação de indemnizar, mas, quando inadmissível, por não se verificar algum ou nenhum dos requisitos exigíveis, faz incorrer o mesmo agente no dever de reparar os prejuízos causados.

Porém, pode acontecer que o titular do direito atue na convicção de que se verificam os necessários pressupostos da ação direta e eles de facto se não verifiquem. Nesse caso – diz o artigo 388º do CC – o agente tem de indemnizar os prejuízos causados, a menos que tenha agido com erro desculpável, ou seja, com aquele erro em que, na circunstância, teria incorrido o homem médio ou a pessoa dotada das normais faculdades de ação.

Note-se que a ação direta apenas pode recair sobre coisa que possa constituir objeto de determinadas providências judiciais ou policiais, não instituindo um caminho lateral para assegurar ou realizar direitos à margem dos que aquelas providências se destinam a acautelar.

Acresce que, como comentam Pires de Lima e Antunes Varela, «a licitude da ação direta, nos termos descritos pela lei, não dispensa o agente da necessidade de regularizar a situação, recorrendo aos meios coercivos normais (execução, arresto, penhora, etc.), logo que esse recurso seja possível sem prejuízo da exequibilidade prática do direito» [*in* Código Civil anotado, I, pg. 218].

2.2. A legítima defesa.

A legítima defesa tem assento no direito de resistência, consagrado no artigo 21º da Constituição da República, nos seguintes termos:

«Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública».

Por seu lado, estabelece o artigo 337º do CC que:

«1. Considera-se justificado o ato destinado a afastar qualquer agressão atual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro,

desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo ato não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.

2. O ato considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposo do agente».

Explica Antunes Varela que «a legítima defesa [...] consiste na reação destinada a afastar a agressão atual e ilícita da pessoa (a vida, a honra, a integridade corporal, o pudor, a liberdade) ou do património, seja do agente, seja de terceiro.

Apesar de ser uma atitude de reação (e não de ataque ou iniciativa, como a ação direta ou a ação em estado de necessidade), a legítima defesa pode causar danos na pessoa ou no património do autor da agressão, sobretudo quando haja excesso na reação. A defesa considera-se legítima, porque, não podendo o Estado, apesar de todo o arsenal dos seus meios de prevenção, evitar a prática de factos ilícitos, justo é se reconheça aos particulares a faculdade de, em certos termos, se defenderem de alguns deles pelos seus próprios meios» [*in* ob. cit., pg. 444-445].

O recurso a legítima defesa pressupõe se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) Uma agressão ilícita: por contrária à lei (mesmo que só objetivamente), haja ou não imputabilidade ou culpa por banda do agressor;
- b) Uma agressão atual: uma ação ofensiva presente (iniciada mas não consumada), não passada (com dano realizado) nem futura (mesmo que iminente) ou apenas previsível ou provável (por nestas ser possível recurso aos meios normais);
- c) Contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro: podendo dirigir-se contra o próprio titular do direito, desde que se não trate de um direito disponível ou desde que o titular haja excedido os limites da sua livre disponibilidade;
- d) Impossibilidade de recurso aos meios normais (a autoridade pública): por não ser viável ou ineficaz e haver necessidade de imediata reação;
- e) Adequação de meios utilizados: os usados não devem provocar um dano manifestamente superior ao que se pretende afastar.

Quem pratica um ato em legítima defesa, verificando-se os necessários pressupostos e não utilizando desproporção manifesta de meios, pratica um ato lícito e, conseqüentemente, não responde pelos danos causados.

Mas se o titular do direito atuar convencido de que se verificam os necessários pressupostos da legítima defesa, sem que eles de facto se verifiquem, o agente tem de indemnizar os prejuízos causados, a menos que tenha agido com erro desculpável [artigo 388º do CC], ou seja, com aquele erro em que, no caso, teria incorrido o homem normal.

Por outro modo, se atuar com erro não desculpável no tocante à verificação dos pressupostos, já o agente ao usar da defesa não fica isento da reparação dos prejuízos que venha a causar.

Mesmo que se verifique um excesso na defesa, o ato tem-se ainda por justificado e lícito nos casos em que o excesso decorra da perturbação, ou do medo não culposo, com que o agente atuou. Ou quando a desproporção de meios não seja manifesta, pois que, por regra, não é possível ao agente saber, com rigor, até onde podem chegar os danos provenientes da agressão.

Note-se que o excesso na defesa pode resultar, quer da impropriedade do meio utilizado como do facto de o interesse do atacante ser manifestamente superior ao do defendente.

O meio utilizado deve ser o estritamente necessário para afastar a agressão. E deve ser um meio racional, não se podendo reagir a tiro se para repelir a agressão é bastante o uso da força muscular.

Não dispondo quem se defende de uma alternativa de meios a utilizar, por possuir apenas um, deverá utilizar este, se impróprio, com as cautelas necessárias a que os danos causados não resultem agravados pelo meio empregado. Se o agente apenas dispõe de uma arma de fogo para se defender, não deve disparar para matar quando basta atirar para assustar e afugentar o agressor.

2.3. O estado de necessidade.

Quanto ao estado de necessidade estabelece o artigo 339º do CC que:

«1. É lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.

2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equi-

tativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade».

Antunes Varela dá-nos a seguinte noção deste instituto: «o estado de necessidade consiste na *situação de constrangimento em que age quem sacrifica coisa alheia, com o fim de afastar o perigo atual de um prejuízo manifestamente superior*» [in ob. cit. pg. 448].

No estado de necessidade apenas é admitido o sacrifício (ação danosa) de coisas ou direitos patrimoniais, sendo que a destruição ou danificação de tais bens depende dos seguintes requisitos: a) a existência de um perigo atual; b) perigo que ameace bem jurídico pertencente à pessoa do agente ou de terceiro; c) bem jurídico manifestamente superior ao bem sacrificado.

A figura justifica-se naquelas situações em que ocorre uma colisão de interesses juridicamente protegidos, tornando-se necessário sacrificar um deles para remover o perigo de sacrifício que ameace um outro, havido como interesse superior.

Quanto à obrigação de indemnizar por parte de quem atua em estado de necessidade há que distinguir se o perigo foi provocado por culpa do agente (estado de necessidade subjetivo) ou se foi provocado por outro motivo (estado de necessidade objetivo).

No primeiro caso o agente é obrigado a ressarcir os prejuízos causados com a sua atuação. No segundo caso mostra-se excluída a ilicitude do ato, por ocorrência de uma causa de justificação, pelo que, em princípio, inexistente obrigação de indemnizar, sem prejuízo, todavia, de o tribunal poder fixar uma indemnização em termos equitativos – e não em conformidade com os critérios gerais de direito – a suportar não só pelo agente como por aqueles que tiraram proveito ou contribuíram para o estado de necessidade.

Note-se que reportando-se a lei à licitude, em estado de necessidade, da ação danosa de destruição ou danificação de coisa alheia, por igualdade ou maioria de razão, se tem de admitir a ação de simples uso de coisa alheia sem autorização do respetivo dono, com iguais conseqüências, quanto à obrigação de indemnizar.

As três figuras de autotutela acabadas de tratar, contradistinguem-se, segundo M. J. de Almeida Costa, do seguinte modo:

«A ação *direta* ou *justiça privada*, que em tempos primitivos teve tão larga importância, consiste no recurso à força, sob a forma de ataque, com o fim de realizar ou assegurar por autoridade própria a sanção de

um direito já violado do agente (ex.: A apodera-se à força de uma coisa infungível que B lhe deve e se propõe destruir). Ao passo que a *legítima defesa* e o *estado de necessidade* apresentam o traço comum de a lesão do direito alheio, em que se traduzem, ser para o efeito da conservação (defesa) de um interesse ou bem ameaçado.

Todavia, na *legítima defesa* apenas se reage contra uma agressão ilícita (A atinge B em defesa da sua pessoa ou fazenda); enquanto, no *estado de necessidade*, a situação de perigo de dano para o bem jurídico em causa tanto pode resultar de uma agressão como de caso fortuito ou de força maior (ex.: o capitão que lança o carregamento ao mar para impedir o naufrágio do navio; os bombeiros que danificam uma seara para que o fogo não se propague). O traço fundamental da distinção assenta em que, na *legítima defesa*, se reage contra quem criou a situação de perigo e, no estado de necessidade, se salvaguarda o bem jurídico através da lesão de interesses de terceiro que nada contribuiu para a situação de perigo.

Observe-se, também, que na ação *direta* se trata de realizar ou assegurar um direito próprio. Ora, a *legítima defesa* e o *estado de necessidade* referem-se tanto à proteção de interesses do agente como de terceiro» [in *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4ª ed., pg. 112].

2.4. Defesa da Posse

Estatui o artigo 1277º do CC o seguinte:

«O possuidor que for perturbado ou esbulhado pode manter-se ou restituir-se por sua própria força e autoridade, nos termos do artigo 336º, ou recorrer ao tribunal para que este lhe mantenha ou restitua a posse».

Prevê este artigo dois meios de tutela da posse nos casos de perturbação ou de esbulho, que são o da ação direta, já estudada, e do recurso à ação judicial.

Como já se viu (artigo 336º), a ação direta, ou o recurso à força para assegurar o próprio direito, apenas se permite quando haja impossibilidade de recorrer aos meios coercivos normais (judiciais ou policiais) e nas condições estritamente necessárias à defesa da posse, sendo de afastar a ação direta quando ela sacrifique interesses superiores aos que o possuidor visa assegurar.

Normalmente, consumada a perturbação ou o esbulho, deixa de ser possível a ação direta, para se tornar obrigatório o recurso à ação judicial, uma vez que não é lícito o recurso à violência como meio de satisfação do direito e, muito menos, como processo de represália.

Pode suceder, no entanto, que não obstante a consumação da perturbação ou do esbulho, se justifique o uso da própria força e autoridade, por esta se mostrar indispensável para se evitar a perda da coisa esbulhada, pois que, nesta situação, a todo o tempo, é de admitir a utilização da ação direta.

Note-se que sendo lícito o recurso à ação direta, para assegurar a relação possessória, por maioria de razão será permitida a *legítima defesa* nos termos que acima se deixaram delineados⁶.

2.5. Defesa da propriedade e de todo o direito real.

O artigo 1314º do CC preceitua que:

«É admitida a defesa da propriedade por meio de ação direta, nos termos do artigo 336º»

Anotam Pires de Lima e Antunes Varela, em comentário a esta norma, o seguinte:

«A disposição deste artigo corresponde, quanto à defesa do direito de propriedade, à disposição do artigo 1277º, relativa à defesa da posse. E não podiam deixar de coincidir as duas disposições, pois que, quando o possuidor ou o proprietário recorre à força nas condições previstas no artigo 336º, defende simultaneamente a sua posse e o seu direito de propriedade. A distinção só poderá fazer-se quando o ofendido recorrer aos tribunais, e a ação direta é, por sua natureza, anterior à intervenção dos meios coercivos normais.

[...] Podia seguramente dispensar-se esta disposição, dado o carácter genérico do artigo 336º, assim como se podia dispensar a disposição do artigo 1277º. O facto, porém, de existir um preceito especial no antigo Código aconselhava a mantê-la, para evitar dúvidas de interpretação.

A ação direta pode revestir qualquer das formas discriminadas no nº 2 do artigo 336º, consoante a natureza dos meios necessários e praticáveis para evitar a inutilização prática do direito. Poderá inclusiva-

⁶ Ver Pires Lima e Antunes Varela, in *Código Civil anotado*, Vol. III, pg. 48.

mente consistir na inutilização ou deterioração da coisa de outrem, se tal for necessário e adequado, para evitar a perda da coisa que o proprietário quer salvar.

Ao lado da ação direta, é admitida, como meio de tutela da propriedade, a legítima defesa (art. 337º), quer o ato do defendente se destine a defender coisa própria, quer o património de outrem» [in Código Civil anotado, Vol. III, pg. 118].

Quanto à defesa de outros direitos reais, encontra-se ela prevista no artigo 1315º do CC nos termos previstos para a defesa do direito de propriedade, mas “com as necessárias correções”.

3.

Princípio do contraditório

“Audiatur et altera pars” [ouça-se também a outra parte].

Um dos princípios de maior relevo no nosso direito é, inquestionavelmente, o princípio do contraditório.

Este princípio é de tal proeminência em determinadas matérias que levou o legislador a conferir-lhe, a par de outros, o estatuto de direito constitucionalmente garantido.

Assim, estabelece a Constituição da República que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa e que todo o arguido deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório (*vide* artigo 20º).

Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são igualmente assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

O próprio ofendido tem o direito de intervir no processo, para defesa dos seus direitos (*vide* artigo 32º).

O direito de defesa do arguido não pode sequer ser afetado em caso de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (artigo 19º).

Em caso de detenção do arguido será esta detenção submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição daquele à liberdade ou imposição de medida de coação adequada, devendo

o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa (artigo 28º).

No âmbito do regime da função pública são garantidas ao arguido, em sede processo disciplinar, a sua audiência e defesa (artigo 269º).

E em matéria política é reconhecido às minorias o direito de oposição democrática (artigo 114º).

O princípio do contraditório em matéria de processo civil, começa a ser enunciado no artigo 3º do CPC, mas ao longo de todo o diploma se lhe faz constante apelo.

Reza assim o preceito citado:

«1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2. Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4. Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final».

Neste preceito se consagra em termos gerais o princípio do contraditório, ainda que nele se comece por fazer referência ao princípio do dispositivo, de que abaixo nos ocuparemos.

A redação do preceito corresponde, no essencial, à que era dada ao artigo 3º da lei anterior pelo Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, em cujo preâmbulo se justifica o relevo conferido ao princípio do contraditório nas alterações introduzidas na lei do processo por aquele diploma nos seguintes termos:

«Significativo realce foi dado à tutela efetiva do direito de defesa, prevendo-se que nenhuma pretensão possa ser apreciada sem que ao legítimo contraditor, regularmente chamado a juízo, seja facultada oportunidade de deduzir oposição.

O incremento da tutela do direito de defesa implicará, por outro lado, a atenuação da excessiva rigidez de certos efeitos cominatórios ou preclusivos, sem prejuízo de se manter vigente o princípio da auto responsabilidade das partes e sem que as soluções introduzidas venham contribuir, de modo significativo, para a quebra da celeridade processual.

Afirmam-se como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação e procuram deles extrair-se consequências concretas, ao nível da regulamentação dos diferentes regimes adjetivos.

Assim, prescreve-se, como dimensão do princípio do contraditório, que ele envolva a proibição da prolação de “*decisões-surpresa*”, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, e aplicando-se tal regra não apenas na 1ª instância mas também na regulamentação de diferentes aspetos atinentes à tramitação e julgamento dos recursos».

O princípio do contraditório (ou da contraditoriedade) está intrinsecamente conexo com outro princípio pilar do processo civil, que é o princípio da igualdade das partes, a que abaixo se dará o devido tratamento, e decorre necessariamente da característica da imparcialidade do órgão incumbido de administrar uma justa composição do litígio.

Este princípio da contraditoriedade, para Guasp, não é mais do que uma faceta do princípio da bipolaridade, segundo o qual «a eficácia de um ataque deve fazer-se depender sempre da possibilidade de uma defesa ulterior e a admissibilidade de uma defesa ir sempre vinculada à atitude de um ataque prévio» [Ataques y Defensas en el Derecho Civil, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, III, pg. 296].

Desde sempre traduzido no brocardo latino de que «*nemo condemnatur sine auditur*» (ninguém se condene sem ser ouvido), o princípio do contraditório proíbe que o tribunal resolva um conflito de interesses que lhe tenha sido colocado sem que proceda à audição da parte contra a qual tal conflito venha a ser resolvido.

Por tal motivo, o processo está estruturado para facultar o debate sempre que o mesmo se justifique e dentro do condicionalismo previsto na lei, a cada uma das partes se permitindo formular as suas pretensões, aduzir os fundamentos de facto e de direito, oferecer as provas e contraprovas e

discorrer sobre o seu valor, proferir alegações, bem assim sindicar o conteúdo das decisões.

3.1. O contraditório na alegação dos factos.

No âmbito da dialética, de ataque – defesa, em que o processo se exercita, o princípio da contraditoriedade exerce uma função mais alargada que a de mera oposição, ou de resistência, a determinada pretensão, que é a função de influir a boa composição da lide, em pé de igualdade ao da outra parte.

Dentro desta dinâmica do processo, se facultam, por regra, os articulados necessários para o exercício do direito de resposta.

Assim, instaurada a ação, com a apresentação da petição inicial, é o réu citado para oferecer a sua contestação e se o réu não contestar ou se contestando – podendo fazê-lo tanto por impugnação como por exceção – não apresentar reconvenção, encerra-se a fase dos articulados e com ela a discussão na alegação dos factos.

Porém, se o réu contestar e deduzir pedido reconvenicional, é facultado ao autor apresentar a réplica, na qual pode defender-se do pedido reconvenicional, tanto por exceção como por impugnação (*vide* artigos 569º a 587º do CPC).

Isto acabado de dizer sem prejuízo da eventual apresentação de articulados supervenientes, nos quais, se admitidos, igualmente é assegurado o direito de resposta (artigo 588º do CPC).

O regime processual anterior admitia, aparentemente, mais amplo direito de defesa, ou seja, de exercício do direito do contraditório quanto à alegação dos factos.

Com efeito, se o réu apresentasse defesa por exceção ou se deduzisse pedido reconvenicional, era facultado ao autor apresentar a réplica, na qual podia responder quer às exceções deduzidas pelo réu, como defender-se do pedido reconvenicional, tanto por exceção como por impugnação e ainda modificar o pedido e a causa de pedir.

E se o autor se defendesse por exceção do pedido reconvenicional ou modificasse o pedido ou a causa de pedir podia ainda o réu responder através de tréplica [*vide* artigos 486º a 503º do CPC na versão anterior].

Note-se que esta ampla possibilidade de discussão se verificava em sede de processo ordinário, pois que quando ao processo sumário se limitavam os articulados à petição, contestação e resposta às exceções e ao pedido reconvenicional, facultando-se, todavia, resposta a exceção deduzida ao

pedido reconvenicional na audiência preliminar (artigos 783º a 787º do CPC na versão anterior).

E no tocante ao processo sumaríssimo, onde havia lugar apenas a petição e contestação e nunca a audiência preliminar, a resposta às exceções podia ser feita no início da audiência final (artigos 793º a 796º do CPC na versão anterior).

O regime atual, apesar de limitar os articulados admissíveis, não coarta, todavia, o direito de defesa, na parte que mais releva, que é o de responder às exceções, pois que apenas relega o seu exercício para a audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, para o início da audiência final, conforme o artigo 3º, nº 4, do CPC, acima transcrito.

Acresce que havendo cabimento a uma resposta por verificada exceção contra uma exceção deduzida, terá a parte sempre oportunidade de a apresentar na mesma audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final, sempre por força do disposto no mesmo artigo 3º, nº 4, do CPC.

Com efeito, salienta, a propósito, Lebre de Freitas o seguinte:

«Sendo sempre teoricamente possível a dedução duma contraexceção [...], a resposta à exceção eventualmente deduzida no último articulado admissível poderá ainda, sob pena de ofensa do princípio do contraditório, ser dada na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final, como expressamente resulta do novo art. 3-4 [...]. Também na medida em que, excecionalmente, o juiz pode introduzir factos principais no processo [...], o princípio do contraditório exige que ambas as partes se possam pronunciar sobre o exercício desse poder funcional, isto é, sobre a ocorrência dos respetivos pressupostos e sobre a existência do facto em causa (notório, de conhecimento derivado do exercício da função judicial ou integrante da simulação do litígio). Nos termos do art. 3-4, às partes deve ser sempre facultada, antes da decisão, uma tomada de posição sobre o facto que o juiz oficiosamente se propõe introduzir. Ponto é que se trate dum facto fundamental, pois outro é o regime dos factos instrumentais».

E em nota de rodapé dá sugestiva ilustração de exceção a uma exceção, do seguinte modo:

«Por exemplo, excecionada, numa ação de dívida, a prescrição, a alegação da sua interrupção pelo reconhecimento do direito prescribendo

(art. 325-1 CC) constitui uma contraexceção, à qual será possível contrapor a incapacidade do devedor, com a consequente anulabilidade do ato de reconhecimento (arts. 125 e 295 CC), e a esta o facto de o menor dolosamente se ter feito passar por maior para praticar o ato (art. 126 CC) ou ainda, mas agora improcedentemente (art. 287-2 CC), a caducidade do direito de anulação (art. 125-1 CC)» [*in* Introdução ao Processo Civil, pg. 98].

O que significa que a parte que tenha motivo para oferecer resposta a uma exceção, mesmo que contra outra exceção, que por sua vez já constitua resposta a exceção, terá sempre oportunidade para o fazer na audiência prévia se a esta houver lugar e, não havendo, na audiência final.

3.2. O contraditório no oferecimento e produção de provas

Mas o princípio do contraditório não se circunscreve ao plano da alegação dos factos. Outrossim se estende ao da apresentação e da produção das provas, com que cada uma das partes entenda lançar mão na defesa dos seus interesses em jogo no pleito.

A cada uma das partes é legítimo, antes de mais, deduzir oposição, se para tal tiver motivo, à admissibilidade das provas oferecidas pela parte contrária, quer por falta de tempestividade quer por obstáculo legal. E, consequentemente, sindicá-la a respetiva decisão, se desfavorável lhe for.

Depois, à prova apresentada por uma das partes poderá a outra apresentar contraprova ou prova a desvalorizar o alcance probatório da prova do adversário, da mesma natureza ou não, desde que legalmente admissível.

Por isso, para que determinada prova possa ser invocada contra alguém ou tenha plena eficácia em relação a certa pessoa, é necessário que esta tenha tido possibilidade de se pronunciar quanto à mesma, oferecendo a sua defesa.

Com efeito, o direito de defesa é uma garantia fundamental da ordem jurídica, motivo por que em sintonia com o princípio geral estabelecido no artigo 3º do CPC – que não consente que a ação seja julgada sem que o réu seja citado para deduzir oposição – o artigo 415º exige a audiência contraditória para que a prova seja oponível com eficácia plena em relação à parte contra a qual é oferecida.

A audiência contraditória tem precisamente como desiderato permitir à parte contra a qual a prova é oferecida poder contrariá-la, desdizê-la, ou até com lealdade aceitá-la por verídica. Para o exercício desta faculdade de

fiscalização da produção de prova, a parte contra a qual a prova é apresentada, tem direito a que lhe sejam concedidas todas as condições de assistir às diligências em que a mesma prova é realizada, de a examinar, e de exercer nesse ato e fora dele os poderes que a lei processual lhe concede.

Sucede, todavia, que em casos especiais, determinados por razões que sobrelevam o interesse particular, a prova se admite sem intervenção da parte contrária, mormente quando se torne necessário tomar providências de carácter urgente contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida, como sucede com o arresto, a restituição provisória de posse, as providências preventivas e conservatórias em geral e com a declaração da insolvência requerida por credor.

É que nestes casos excepcionais a audiência prévia da parte contrária colocaria em risco o sucesso da providência contra a mesma requerida caso ela fosse ouvida previamente.

Mas a parte não é privada da audiência, designadamente quanto aos meios de prova utilizados para o decretamento da providência, apenas terá de ter lugar “*a posteriori*”, a partir do momento em que a parte seja admitida a intervir. Então poderá examinar as provas realizadas sem a sua intervenção e deduzir contra as mesmas todas as contraprovas de que se encontre munida.

Nos casos de providências decretadas sem audição da parte e nos casos de prova por documentos e por apresentação de coisa móvel ou imóvel, que são casos de provas pré-constituídas, a parte contrária não pode, no entanto, exercer mais que o direito de impugnar o valor e eficácia de tais provas.

O princípio da audiência contraditória, verdadeiramente, apenas em relação aos restantes meios de produção de prova se pode exercitar plenamente, como é o caso da prova por perícia, por inspeção judicial, por depoimento de parte e por inquirição de testemunhas.

Em relação a estes meios de prova a parte contrária é notificada para todos os atos de preparação e realização das provas.

Assim, tratando-se de prova pericial, a parte contrária é notificada, designadamente para apresentar os seus quesitos, para o ato da nomeação de peritos e das respostas aos quesitos.

No caso de prova por inspeção judicial, ambas as partes têm de ser notificadas do despacho que designar o dia e hora da inspeção, podendo estar presentes no ato e pedir esclarecimentos.

Quanto à prova por depoimento de parte ou de testemunhas, igualmente as partes são notificadas da data e local da inquirição, que, em regra, tem lugar na audiência final, sendo que a garantia da audiência contraditória fica assegurada, desde que a parte é colocada, por meio da notificação, em condições de assistir ao ato de produção da prova e exercer aí os poderes processuais conferidos pela lei.

Não é necessário que a parte intervenha de facto, mas sim que tenha tido toda a oportunidade de o fazer, dado que a sua inércia não lhe aproveita, por não poder mais tarde pretender tirar proveito de não ter intervindo.

Note-se que ambas as partes devem ser colocadas em plano de igualdade, gozando as duas dos mesmos poderes, no que concerne à produção de provas, independentemente da posição especial que cada uma detenha em função do interesse, ou não, no seu sucesso.

Aliás, de acordo com o artigo 4º do CPC, segundo o qual o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

A garantia da contraditoriedade das provas tem de se considerar alargada às provas colhidas oficiosamente pelo tribunal, devendo, por isso, facultar-se às partes a pronúncia que considerem oferecer, designadamente sobre o seu valor probatório, antes de o tribunal o haver fixado.

Note-se que, antes de o tribunal proceder à apreciação final de todas as provas produzidas no processo e de fixar o elenco dos factos provados, é facultado às partes procederem a debates (orais) discorrendo sobre o valor das provas em apreço e emitindo pronúncia sobre o sentido da deliberação a proferir pelo tribunal (artigos 604º, nº 3, al. e), do CPC), num evidente exercício do contraditório direccionado a influenciar a decisão.

3.3. O contraditório na alegação do direito

Quem demanda tem o dever de expor na sua petição, entre o mais, as razões de direito que servem de fundamento à ação (artigo 552º, nº 1, al. d), do CPC) e quem é demandado tem o dever de expor as razões de direito pelas quais se opõe à pretensão do demandante (artigo 572º, al. b), do CPC).

O que significa que o contraditório quanto à alegação do direito se inicia desde logo nos articulados e, nesta parte, até por proposição do legislador, por ser necessário que as partes ao longo do processo procurem mostrar a

razão, em face do direito constituído, daquilo que invocam nas peças processuais que subscrevem.

Abra-se, no entanto, um parêntese para referir que a exposição das razões de direito nos articulados nunca pode consistir – porque estaria deslocada do momento adequado – numa exaustiva dissertação sobre o aspeto jurídico da causa.

Como dizia Alberto dos Reis, «os articulados servem, em resumo, para pôr a questão ao tribunal, para definir e delimitar os termos precisos do litígio; convertê-los num longo arrazoado jurídico, num debate de argumentos, considerações e razões de direito, é adulterá-los e desvirtuá-los, transformando-os em alegações jurídicas» [*in* Código do Processo Civil anotado, vol. II, pg. 355].

A verdadeira discussão pelos litigantes do aspeto jurídico da causa terá lugar a final em alegações orais (artigo 604º, nº 3, al. e) do CPC).

Estes debates orais sobre o aspeto jurídico da causa, constituem a sede própria e a ocasião soberana conferida por lei às partes para explanarem as razões que sustentem a posição por cada uma assumida em relação ao pleito, bem assim para rebaterem as proposições da parte contrária, fazendo do contraditório a arma adequada para influenciar uma decisão favorável às suas pretensões.

Mas o exercício do contraditório por parte dos pleiteantes não se esgota nestes debates que antecedem a prolação da sentença, pois que o mesmo continua a ter inteiro cabimento e justificação plena no caso de impugnação da decisão através de recurso para o tribunal superior.

Assim, interposto recurso por uma ou ambas as partes é a parte contrária notificada para responder à alegação do recorrente, nela podendo, desde logo, impugnar a admissibilidade ou a tempestividade do recurso, bem como a legitimidade do recorrente (artigo 638º, nºs 5 e 6, do CPC).

No caso de o recorrido também ter decaído na ação, pode pedir ao tribunal a ampliação do âmbito do recurso, para que conheça, mesmo a título subsidiário, do fundamento do seu decaimento, prevenindo a necessidade da sua apreciação (artigo 636º, nº 1, do CPC).

E nesta hipótese, pode também o recorrente responder à matéria da ampliação (artigo 638º, nº 8, do CPC).

Pode ainda o recorrido, na respetiva alegação e a título subsidiário, arguir a nulidade da sentença ou impugnar a decisão proferida sobre pontos determinados da matéria de facto, não impugnados pelo recorrente,

prevenindo a hipótese de procedência das questões por este suscitadas (artigo 636º, nº 2, do CPC).

Reporta-se este último normativo à hipótese de o recorrente ter impugnado a decisão recorrida no tocante à decisão da matéria de facto, onde o princípio do contraditório, mais uma vez, não pode deixar de ser observado, facultando até ao recorrido impugnar outros pontos determinados da matéria de facto, não impugnados pelo recorrente.

Acresce que se o recorrente impugnar a decisão da matéria de facto com base nos meios probatórios constantes da gravação, incumbe ao recorrente, sob pena de rejeição do recurso nessa parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda. E nessa condição incumbe ao recorrido proceder na contra-alegação à indicação dos depoimentos gravados que infirmem as conclusões do recorrente (artigo 640º, nºs 1 e 2, do CPC).

A observância do contraditório no âmbito das alegações de recurso é de tal modo obrigatório que é extensível ao próprio aditamento ou esclarecimento das conclusões.

Como se sabe, decorre do disposto no artigo 639º do CPC e do que se mostra tratado, aliás abundantemente, na doutrina e na jurisprudência, quem recorre carece, nas suas alegações, de concluir, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos pelos quais pede a alteração ou a anulação da decisão recorrida⁷.

As conclusões do recurso – pelas quais se delimita o seu objeto e que, logicamente, devem promanar da alegação produzida – destinam-se a apresentar, perante o Tribunal “*ad quem*”, um quadro sintético das questões decidendas (*thema decidendum*) e dos fundamentos ou razões, de facto e de direito, pelos quais se pretende o provimento do recurso.

Com o resumo da alegação produzida, visa-se que, de forma abreviada, mas clara e distinta, o tribunal, que vai conhecer do recurso, divise de imediato e sem entrave o seu âmbito e os fundamentos invocados.

As conclusões prolixas, extensas ou difusas, que não constituam uma verdadeira sinopse do que se pretende com o recurso e do que, de essencial, o fundamenta, não são admissíveis, e, por isso, o tribunal deve convidar o recorrente a completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las.

⁷ Ver A. dos Reis, in Cod. Proc. Civ. anot. V, pg. 358 e Rodrigues Bastos, in Notas ao Cod. Proc. Civ., 3º, 299.

Ora, apresentando o recorrente aditamento ou esclarecimento em consequência do convite que lhe foi feito, o recorrido pode apresentar resposta.

O que tem inteira justificação porque o recorrido pode ter motivo bastante para colocar em causa o mérito do recurso com fundamento no modo como as conclusões das alegações foram tiradas.

Sabendo-se que o tribunal que vai apreciar o recurso não pode conhecer senão das questões emergentes das conclusões, por estas se fixando o objeto e âmbito do recurso, e que estas devem promanar do invocado no corpo das alegações, onde o recorrente carece de apontar as razões da discordância com o julgado, o recorrido pode ter motivo e interesse em chamar a atenção do tribunal para qualquer restrição ou obstáculo no conhecimento do recurso, designadamente naqueles casos em que se coloque questão nova ou questão apenas abordada nas conclusões.

3.4. O contraditório como remédio contra as “*decisões-surpresa*”

Como acima já se viu, no preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro consignava-se que se prescrevia como dimensão do princípio do contraditório, que ele envolve a proibição da prolação de “*decisões-surpresa*”, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, e aplicando-se tal regra não apenas na 1ª instância mas também na regulamentação de diferentes aspetos atinentes à tramitação e julgamento dos recursos.

E no texto da lei (artigo 3º, nº 3 da atual, que corresponde ao da anterior) veio o legislador deixar expresso que o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

A propósito deste normativo, introduzido pela reforma do processo de 1995-1996, escreve, Lebre de Freitas o seguinte:

«Mas a proibição da chamada *decisão-surpresa* tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente [...]; se nenhuma das partes as tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever

basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito da causa seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade (art. 3-3) [...].

Não basta, pois, para que esta vertente do princípio do contraditório seja assegurada, que às partes, em igualdade [...] seja dada a possibilidade de, antes da decisão, alegarem de direito (arts. 657, 790-1 e 796-2, respetivamente para o processo ordinário e sumário, em 1ª instância; arts. 690, 705 e 743, em instância de recurso). É preciso que, mesmo depois desta alegação, possam fazê-lo ainda quanto a questões de direito novas, isto é, ainda não discutidas no processo. Mas, ao verificar se uma questão de direito é nova, o tribunal deverá atender ao facto de as partes terem dado ou não cumprimento ao disposto nos arts. 467-1-d e 488, na parte em que impõem que na petição inicial se exponham os fundamentos de direito da ação e na contestação os fundamentos de direito da defesa. Estes preceitos, tidos até agora como meramente indicativos, por a falta dessa exposição não ser sancionada [...], devem passar, após, a revisão do código, a ser interpretados como impondo, respetivamente ao autor e ao réu, um ónus. Se não for observado no articulado respetivo, deverá o juiz convidar a parte a suprir a irregularidade (art. 508-2). Se ela não o fizer, tal poderá ter como consequência a inaplicabilidade da vertente do princípio do contraditório ora considerada [...]; mas este ónus não pode ser interpretado como impondo mais do que a indicação da norma jurídica ou do princípio geral de direito tido por aplicável, só a total omissão desta indicação sendo sancionada, em paralelismo com a situação de falta absoluta da causa de pedir. Ao juiz compete, quando repute a indicação insuficiente, introduzir no processo, antes ou depois da discussão jurídica da causa, as questões novas que poderão constituir fundamentação da sentença» [in ob. citada, pgs 102 a 105].

Subscreve-se inteiramente o entendimento defendido na sobredita citação, uma vez feitas as necessárias adaptações.

Com efeito, bem andou o legislador ao arredar do processo a eventualidade das “*decisões-surpresa*”, que se verificavam anteriormente à reforma do processo de 1995-1996, por não proibidas e até por falta de previsão legal que facultasse a audição das partes.

Antes que seja proferida qualquer decisão no processo, susceptível de afetar o interesse das partes, existe toda a vantagem, para estas e para o

tribunal, que as mesmas se pronunciem, querendo, sobre determinado sentido da decisão que aquelas não consideraram na pronúncia que fizeram no processo.

A vantagem é clara para o julgador porque depois da audição das partes e de analisar iguais ou diferentes pontos de vista, pode proferir uma decisão com maior convicção e segurança.

Para as partes a vantagem também é evidente, por lhes ser dada a possibilidade de apresentarem seus argumentos a favor ou contra a decisão, de algum modo a podendo ainda influenciar.

Não raras vezes acontece que na análise de determinada questão colocada ao tribunal na ação escapa à discussão um aspeto relevante e decisivo, muitas vezes apenas detetado nos tribunais superiores, impondo-se tomá-lo em consideração na decisão a proferir. Em tal situação, devem as partes ser ouvidas previamente para não serem surpreendidas com a decisão.

Outras vezes sucede que as partes colocam questões, interpõem recursos, suscitam incidentes e existe um obstáculo de natureza processual ou de orgânica judiciária que obsta ao seu conhecimento, sem que as partes tenham admitido essa eventualidade. Se o tribunal é absolutamente incompetente, se o recurso é inadmissível por falta de alçada, se o incidente é intempestivo e nenhuma das partes suscitou a questão, deve o tribunal previamente à decisão proceder à audição das partes.

O tribunal apenas está dispensado de o fazer em caso de manifesta desnecessidade.

Em termos gerais, será manifesta a desnecessidade se a decisão a proferir não for susceptível de afetar negativamente o interesse das partes.

Anota, adrede, Lebre de Freitas:

«É, por exemplo, manifestamente desnecessário convidar as partes a pronunciar-se sobre a qualificação dum contrato, integrando a causa de pedir, como compra e venda, se o autor, embora não invocando explicitamente esta qualificação, o descreveu faticamente como tal, em termos inequívocos e não contrariados, de facto nem de direito, pelo réu. Mas já será necessário o convite se o juiz entender que, não obstante as partes, explícita ou implicitamente, terem tomado o contrato como de compra e venda ao longo de todo o processo, a sua qualificação jurídica correta é de empreitada ou de doação; ou ainda se, concordando embora com a qualificação que as partes lhe atribuíram, o juiz se propuser aplicar uma norma jurídica, específica ou genérica, do respetivo

regime (por exemplo, o art. 895 CC ou o art. 280-2 CC) que as partes durante o processo não tiveram em conta. A falta deste convite, quando deva ter lugar, gera nulidade (art. 201)» [in ob. citada, pg. 103].

Suscitando-se dúvida sobre se existe, ou não, manifesta desnecessidade na audição das partes, por uma questão de cautela, deve optar-se pela audição, pois que se evita que as partes venham, posteriormente, invocar a nulidade da decisão por falta da sua audiência prévia.

3.5. Exceções ao princípio do contraditório

As exceções ao princípio do contraditório verificam-se em sede de determinadas providências previstas na lei, designadamente providências cautelares, numas delas – arresto e restituição provisória da posse – proibindo-se a audiência prévia da pessoa contra quem se requer a providência; noutras – procedimento cautelar comum; embargo de obra nova; arrolamento e declaração de insolvência – considerando-se embora a audição como devida, deixa-se, todavia, ao critério do julgador dispensá-la se o sucesso da diligência o exigir e noutras ainda – interdição por demência e por prodigalidade – negando-se a audição por inutilidade desta, dada a impossibilidade de oposição pelo requerido.

Vejam os

I. Casos em que se proíbe a audiência prévia da pessoa contra quem se requer a providência

a) O arresto

Estabelece o artigo 391º, nº 1, do CPC que «o credor que tenha justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do credor».

E o artigo 393º, nº 1, do mesmo CPC diz que «examinadas as provas produzidas, o arresto é decretado, sem audiência da parte contrária, desde que se mostrem preenchidos os requisitos legais».

Como se vê, a lei é perentória e terminantemente impeditiva da audição do arrestante antes que o arresto seja decretado.

O que significa que o juiz deve deferir, ou indeferir, o pedido de arresto sem que a parte contrária seja ouvida, o que se justifica em qualquer das hipóteses. Se a providência for para indeferir não pode ter qualquer utili-

dade ouvir o requerido, até por falta de interesse deste em responder. Se o arresto for para deferir justifica-se que o arrestado não seja ouvido antes do decretamento da providência, por manifesto risco de frustração da mesma.

Em todo o caso, nunca pode o juiz ouvir o requerido com vista a remover a dúvida sobre se deve, ou não, ser decretado o arresto.

Como se sabe, destina-se o procedimento cautelar de arresto a precaver o «*periculum in mora*», resultante da normal tramitação do pleito em juízo e traduz-se numa apreensão judicial de bens tendente à garantia de um crédito, de que, a nível de uma indagação sumária, se verifique uma indiciária probabilidade, ou verosimilhança, da sua existência e do perigo da sua insatisfação.

Concretizando-se o arresto numa apreensão judicial de bens – imóveis, móveis ou direitos – tem de se aceitar que a audição prévia do requerido poderia conduzir à frustração da diligência, designadamente no tocante a bens de mais fácil sonegação.

Note-se, porém, que após o decretamento da providência e arredado o perigo de ocultação dos bens, terá o requerido oportunidade para o exercício do contraditório, nos termos que abaixo se expõem, em relação a todas as providências decretadas sem audição prévia do requerido.

b) A restituição provisória da posse

«*Spoliatur ante omnia restituendus*» (o espoliado antes de mais deve ser restituído [à posse da coisa]).

No que respeita ao procedimento cautelar de restituição provisória da posse, diz o artigo 377º do CPC que «no caso de esbulho violento, pode o possuidor pedir que seja restituído provisoriamente à sua posse, alegando os factos que constituem a posse, o esbulho e a violência».

E o artigo 378º, do mesmo diploma, acrescenta que «se o juiz conhecer, pelo exame das provas, que o requerente tinha a posse e foi esbulhado dela violentamente, ordenará a restituição, sem citação nem audiência do esbulhador».

O estatuído nos normativos citados é igualmente consagrado na lei civil, no artigo 1279º do CC, segundo o qual «o possuidor que for esbulhado com violência tem direito a ser restituído provisoriamente à sua posse, sem audiência do esbulhador».

Note-se que a violência tanto pode ser a que tenha sido exercida sobre coisas ou sobre pessoas e, neste último caso, tanto releva a violência física como a violência moral.

Tal como no procedimento cautelar de arresto, na restituição provisória da posse, com fundamento em esbulho violento, a lei proíbe a audiência do requerido, para que não seja colocada em risco a diligência.

Mas quanto à restituição provisória da posse até há uma razão acrescida para que o requerido não seja ouvido, que é o facto de ele estar, através do esbulho violento, na posse ilegítima do bem. Havendo prova bastante do esbulho e da violência sobre coisas ou pessoas, não faria sentido ouvir o esbulhador sobre a restituição provisória do bem ao espoliado.

II. Casos em que é obrigatória a audiência da pessoa contra quem a providência é requerida, exceto se a audiência colocar em risco a providência

a) Na providência cautelar comum

Com a reforma processual civil operada pelo DL 329-A/95, de 12/12, as providências cautelares não especificadas, largamente enraizadas na nossa tradição como um meio de proteção de direitos ameaçados, foram eliminadas e substituídas por um «procedimento cautelar comum», no qual se insere a regulamentação dos aspetos comuns a toda a justiça cautelar. Este regime mantém-se na atual lei processual.

Assim, preceitua o artigo 362º, nº 1, do CPC, que «sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado».

Por outro lado, o artigo 368º, nº 1, do mesmo Código, complementa que «a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão».

Para o efeito diz o artigo 366º, nº 1, que «o tribunal ouve o requerido, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência».

Como se constata, requerida uma providência cautelar comum, por princípio, o requerido deverá ser ouvido antes que a providência seja decretada. Excepcionalmente não se procederá à audiência do requerido, se tal audiência colocar em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

Assim, cabe ao julgador, caso a caso, avaliar se a audiência do requerido é susceptível de comprometer o sucesso da providência.

Como é sabido da experiência dos tribunais, quem requer a providência cautelar comum pede sempre que ela seja decretada sem a audiência da parte contrária, invocando o risco de a providência fracassar.

Compreende-se este modo de litigar, por se desejar facilitado o decretamento da providência, mas o julgador, embora sem menosprezar as razões invocadas pelo requerente, não deixará de avaliar, com o necessário distanciamento, da necessidade, ou não, da não audiência prévia do requerido.

Desde que não ocorra uma razão objetiva para se afastar a audiência do requerido, este deve ser ouvido, até porque pronunciando-se disporá o tribunal de elementos mais seguros para decretar, ou indeferir, a providência.

b) No embargo de obra nova

Estatui o artigo 397º, nº 1, do CPC que «aquele que se julgue ofendido no seu direito de propriedade, singular ou comum, em qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou na sua posse, em consequência de obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause ou ameace causar prejuízo, pode requerer, dentro de trinta dias, a contar do conhecimento do facto, que a obra, trabalho ou serviço seja mandado suspender imediatamente».

Assinala, a propósito deste normativo [em comentário ao artigo correspondente da lei anterior (artigo 412º)], Rodrigues Bastos o seguinte:

«É muito lato, à face da nossa lei, o campo de aplicação do embargo de obra nova. Subjetivamente, qualquer titular de um direito real ou pessoal de gozo, ou o possuidor em nome próprio, é admitido a usar desse meio preventivo de defesa do seu direito, prejudicado, ou ameaçado de o ser, pela obra nova. O emprego dos termos *obra*, *trabalho* ou *serviço novo* mostra, também, que objetivamente qualquer atividade lesiva dos referidos direitos é apta a desencadear essa reação, estando, assim, ultrapassada a questão de saber se só as construções (e não as demolições ou cortes de árvores) poderiam ser embargadas.

O que se deixa dito não quer significar, porém, que se percam de vista as limitações, quer expressas na lei, quer resultantes da própria natureza e finalidade que há a assinalar a estes embargos.

Em primeiro lugar, destinando-se os embargos a suspender a execução da obra, tem necessariamente de reconhecer-se que o seu emprego

se não justifica se esta já estiver concluída, devendo considerar-se assim, aquela que atingiu a finalidade que se propunha, embora não estejam ainda realizados certos trabalhos complementares, como a pintura de uma casa que se construiu, ou a remoção dos efeitos de qualquer outro serviço que se tenha levado a cabo.

Do mesmo modo, e por idêntica razão, não pode usar-se dos embargos de obra nova se esta ainda se não iniciou. Pode parecer ao leitor mais apressado que esta proposição está em desacordo com a letra mesma da lei, que se contenta com a ameaça de prejuízo para a sua admissão. Mas não há qualquer contrariedade entre essas duas regras, porque a obra iniciada pode não lesar ainda efetivamente os direitos do embargante e constituir já ameaça de vir a produzir essa lesão. Para se ter por iniciada a obra, o trabalho ou o serviço, é necessário que haja começo da sua execução material, não significando início do trabalho, os preparativos feitos para o executar, e menos ainda os projetos técnicos de que dependa a sua realização.

Também porque a obra, trabalho ou serviço a embargar têm de ter a característica de novos, não é passível destes embargos a atividade despendida na reconstituição ou reconstrução de uma realidade que já tenha tido existência, desde que não haja inovação alguma» [in Notas ao Código do Processo Civil, Vol. II, 3ª edição, pgs. 194-195].

A transcrição feita, onde se exara entendimento que não parece comportar dúvida razoável, tem importância para a questão de saber se o juiz antes de decretado o embargo de obra nova, ou de ratificado o embargo extrajudicial, deve ouvir o dono da obra.

O artigo 415º, nº 2, do CPC, na versão anterior a 1996, dispunha que «o juiz, se o julgar conveniente pode [...] ouvir o dono da obra».

Este normativo foi revogado pelo Decreto-Lei nº 180/96, de 25 de setembro, tendo-se dispensado esta regra especial, para esta matéria ficar sujeita à disciplina geral do procedimento cautelar comum, por aplicação do estipulado no artigo 392º do CPC [hoje no artigo 376º].

E, como já se viu [artigo 366º, nº 1, do CPC], nos termos do procedimento cautelar comum «o tribunal ouvirá o requerido, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência», ou seja, por princípio, o requerido deverá ser ouvido antes que a providência seja decretada. Excepcionalmente, não se procederá à audiência do requerido, se tal audiência colocar em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

Para o julgador poder decretar a providência não pode ter dúvida sobre a existência de obra nova, já iniciada e não concluída.

Se os factos colocarem em dúvida sobre se se trata de obra nova ou se de obra de remodelação; ou se não for claro que a obra já se tenha iniciado ou ainda se se admitir que, no essencial, já se mostra concluída, tudo aconselha a que o julgador oiça o dono da obra antes de decidir o embargo para remover estas dúvidas e aquilatar da necessidade do decretamento do embargo.

Inexistindo dúvidas de tal natureza, mesmo assim se aconselha a audiência do dono da obra se não houver prejuízo em que esta se faça, por o andamento da obra se configurar como lento e prolongado.

c) No arrolamento

Nos termos do artigo 403º, nº 1, do CPC, «havendo justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos, pode requerer-se o arrolamento deles».

E conforme os nºs 1 e 2 do artigo 405º o requerente fará prova sumária do direito relativo aos bens e dos factos em que fundamenta o receio do seu extravio ou dissipação. E produzidas as provas que forem julgadas necessárias, o juiz ordenará as providências se adquirir a convicção de que, sem o arrolamento, o interesse do requerente corre risco sério.

Nada de específico prevê a lei quanto à audiência, ou não, do requerido.

Assim, terá de aplicar-se a regra do procedimento cautelar comum, segundo a qual, por princípio, o requerido deverá ser ouvido antes que a providência seja decretada. Excepcionalmente, não se procederá à audiência do requerido, se tal audiência colocar em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

Deste modo, cabe ao julgador, caso a caso, avaliar se a audiência do requerido é susceptível de comprometer o sucesso da providência.

O que quer dizer que se o extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos, se puder desencadear com a audiência do requerido, deve evitar-se a sua audiência. Caso contrário aplicar-se-á a regra da sua audiência.

Note-se que nos (restantes) procedimentos cautelares: de suspensão de deliberações sociais (artigo 381º, nº 1); de suspensão das deliberações da assembleia de condóminos (artigo 383º, nº 2); de alimentos provisórios (385º, nº 2) e de arbitramento de reparação provisória (artigo 389º, nº 1), há

sempre lugar a audiência da parte contra a qual é requerida a diligência e só após tal audiência o tribunal toma posição sobre a pretensão do requerente.

d) Na declaração de insolvência

Dispõe o artigo 28º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁸ que «a apresentação à insolvência por parte do devedor implica o reconhecimento por este da sua situação de insolvência, que é declarada até ao 3º dia útil seguinte ao da distribuição da petição inicial ou, existindo vícios corrigíveis, ao do respetivo suprimento».

Significa o preceituado no artigo 28º do CIRE que sendo a insolvência requerida pelo próprio devedor não há lugar a citação, ou seja, ao exercício do contraditório, por não haver cabimento à dedução de oposição, pese embora se tenham de verificar os requisitos legais para a sua declaração.

Porém, se a insolvência for requerida contra o devedor já o artigo 12º do CIRE estipula que:

«1. A audiência do devedor prevista em qualquer das normas deste Código, incluindo a citação, pode ser dispensada quando acarrete demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro, ou por ser desconhecido o seu paradeiro.

2. Nos casos referidos no número anterior, deve, sempre que possível, ouvir-se um representante do devedor, ou, na falta deste, o seu cônjuge ou um seu parente, ou pessoa que com ele viva em união de facto.

3. O disposto nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, relativamente aos administradores do devedor, quando este não seja uma pessoa singular».

Por seu lado, o artigo 29º, nº 1, do mesmo CIRE, expressa que «sem prejuízo do disposto no nº 3, do artigo 31º, se a petição não tiver sido apresentada pelo próprio devedor e não houver motivo para indeferimento liminar, o juiz manda citar pessoalmente o devedor, no prazo referido no artigo anterior».

E o artigo 31º, nº 3, do mesmo diploma, diz que «a adoção das medidas cautelares pode ter lugar previamente à citação do devedor, no caso de a

⁸ Aprovado pelo Decreto -Lei nº 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos -Leis nºs 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, 185/2009, de 12 de agosto e pela Lei nº 16/2012, de 20 de abril.

antecipação ser julgada indispensável para não pôr em perigo o seu efeito útil, mas sem que a citação possa em caso algum ser retardada mais de 10 dias relativamente ao prazo que de outro modo interviria».

Como se constata do disposto na lei, no processo de insolvência, por regra, o devedor, sendo a pessoa contra a qual a insolvência é requerida, deve ser ouvido antes que a providência seja decretada pelo tribunal.

Todavia, o tribunal pode dispensar a audiência do devedor quando esta comporte demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro, ou por ser desconhecido o seu paradeiro.

A enunciação não é taxativa, podendo por idêntico motivo justificativo, referir-se outras situações de dispensa de audiência do devedor, como o facto de este se furtar à tentativa de citação ou de se encontrar temporariamente incapacitado para a receber, por doença ou outra razão.

Sucedem que mesmo quando o devedor deva ser citado, o juiz pode adotar medidas cautelares, prévias à citação daquele, no caso de a antecipação ser julgada indispensável para não pôr em perigo o seu efeito útil.

4.

Princípio da igualdade das partes

“Non debet actori licere, quod reo non permittitur” [não deve facultar-se ao autor o que ao réu se não permite].

Estatui o 13º da Constituição da República (*princípio da igualdade*) que:

«1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

Este princípio constitucional tem como imediato significado, primário ou negativo, o de proibir todos os privilégios e discriminações, o que impõe, desde logo, ao órgão legislativo o dever de criar leis iguais para todos os cidadãos.

Mas o seu alcance mais significativo reside na aplicação da lei, que deve ser efetuada, pelos tribunais e agentes administrativos, do mesmo modo em relação a todo e qualquer destinatário.

Por isso é que o artigo 4º do CPC, como emanação direta do princípio constitucional da igualdade, dispõe que:

«O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais».

Este princípio da igualdade das partes, enquanto concretização do princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da CRP, agora também com expressão como um princípio processual, determina que o Tribunal deve assegurar, durante todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso dos meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

O princípio da igualdade das partes impõe que ambas as partes sejam colocadas no processo em perfeita paridade de condições, usufruindo de idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida⁹.

Perante este princípio tanto vale uma parte como outra, ambas devendo ter igual tratamento e, conseqüentemente, ambas devendo ter as mesmas oportunidades de expor as suas razões, no desiderato de convencer o tribunal para a composição do litígio a seu favor¹⁰.

Deste modo, ambas as partes devem poder exercer as mesmas faculdades e direitos e estar oneradas com os mesmos deveres e cominações, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de paridade em face da outra e ambas devem ser tratadas pelo tribunal com o mesmo procedimento.

A igualdade das partes é em certa medida acautelada pela lei processual de forma, expressa e especificada, ao facultar a ambas as partes a prática dos mesmos atos, ainda que nas suas posições particulares, ao conceder-lhes os mesmos prazos para a sua prática e a garantir-lhes as mesmas comunicações.

Porém, importa assinalar o que, adrede, escreve Lebre de Freitas:

«O princípio da igualdade de armas constitui, tal como o do contraditório, manifestação do princípio mais geral da igualdade das partes, que implica a paridade simétrica das suas posições perante o tribunal [...]. No que particularmente lhe respeita, impõe o equilíbrio entre as partes ao longo de todo o processo, na perspetiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respetivas teses: não implicando uma identidade formal absoluta de todos os meios, que a diversidade das posições das partes impossibilita [...], exige, porém, a identidade de faculdades e meios de defesa processuais das partes e a sua sujeição a ónus e cominações idênticos, sempre que a sua posição perante o processo é equiparável [...], e um jogo de compensações gera-

⁹ Ver M. de Andrade, *in* *Noções Elementares do Processo Civil*, 2ª edição, pg. 353.

¹⁰ Ver Castro Mendes, *in* *Direito Processual Civil*, 1980, vol. I, pg. 224.

do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objetiva intrínseca de certas posições processuais leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra [...]. Próximo do princípio constitucional da igualdade e não discriminação (art. 13 CR), o princípio da igualdade de armas impõe um «estatuto de igualdade substancial [...] das partes» (art. 3-A) e deve jogar igualmente, no caso de pluralidade de autores ou de réus [...], entre os vários sujeitos litisconsorciados ou coligados [*in ob. cit.*, pg. 105-106].

O «estatuto de igualdade substancial» significa uma igualdade não meramente, nem necessariamente, formal, justamente pela impossibilidade de atingir a igualdade formal absoluta das partes.

Contudo, a finalidade do princípio não deve ser entendida no sentido de consagrar o papel assistencial do juiz, impondo-lhe que preste auxílio à parte que dele se mostre carecida em virtude do deficiente exercício dos seus direitos e faculdades processuais – sem prejuízo da atuação do princípio da cooperação – pois que, de contrário, é que estaria a violar o princípio da igualdade.

O obstáculo mais problemático de contornar na observância do princípio da igualdade das partes advém do facto de haver determinadas diferenças na posição processual das partes que se torna difícil, ou até impossível, ultrapassar.

Com efeito, a posição processual das partes é, em muitos dos seus aspetos, substancialmente distinta, pois que estar no processo como autor não é a mesma coisa que estar no mesmo processo como réu.

Assim, desde logo enquanto o autor pode escolher o momento que lhe aprouver para a propositura da ação e, em certos casos até escolher o tribunal, já o réu não pode escolher nem o tribunal nem tempo para se defender, pois que terá de sujeitar-se a fazê-lo dentro do prazo que a lei lhe confere para o efeito, o que comporta uma desigualdade desfavorável ao réu.

Em compensação, enquanto o autor ao apresentar a sua demanda carece de satisfazer a todos os pressupostos processuais para que a petição seja recebida, ou não venha a claudicar, já o réu para se defender se pode limitar à negação dos factos, o que faz recair sobre o primeiro um ónus mais gravoso do que aquele que impende sobre o segundo.

Por outro lado, à parte sobre a qual recaia o dever da prova de determinados factos está numa posição mais desvantajosa em relação à outra

parte que nada tem de provar para a decisão lhe ser favorável caso a primeira não satisfaça com o ónus probatório.

Existem, assim, inevitáveis fatores de desigualdade das partes, que o legislador, pela natureza das coisas, não podia remover, ficando-se, por isso, pelo estabelecimento do princípio de aplicação tendencial a todas as situações em que se mostre viável o tratamento equitativo.

Sendo impossível afastar todas as situações de desigualdade entre as partes, atenuou, todavia, o legislador a verificação dessa desigualdade em determinados casos, como sucedeu com a extensão do benefício da prorrogação do prazo de contestação de que goza o Ministério Público a qualquer das partes [artigo 569º, nºs 4 e 5 e 586º do CPC].

Acresce que todas as situações de igualdade formal entre as partes determinadas pela lei processual devem ser respeitadas pelo tribunal, não podendo este, por exemplo, conceder a uma das partes um articulado suplementar, em face do número taxativo de articulados previstos na lei, ainda que na situação concreta se verifique uma manifesta diferença de qualidade entre os articulados de cada uma das partes.

Como não pode o tribunal deixar de respeitar os prazos perentórios, definidos em abstrato para ambas as partes em condição de igualdade formal, designadamente para alegações de recurso (artigo 638º, nºs 1 e 5 do CPC).

Abra-se, no entanto e a propósito, um parêntese para referir que os prazos perentórios, como é o prazo para apresentação das alegações de recurso, não podem ser prorrogados, fazendo o seu termo extinguir o direito de praticar o ato (artigo 139º, nº 3, do CPC).

A possibilidade da prática dos atos processuais, após decorrido o prazo normal, apenas está prevista para os três dias úteis subsequentes ao termo do prazo mediante o pagamento de multa (artigo 139º, nº 5, do CPC), para o caso de invocação de justo impedimento, que venha a considerar-se como verificado (artigo 140º, nº 2 do CPC) e para o caso do acordo das partes para uma única prorrogação e por igual período (artigo 141º, nº 2, do CPC).

E é necessário não esquecer que estas normas processuais relativas ao prazo perentório são normas de direito absoluto ou coativo, cujo cumprimento o juiz tem como imperativo fazer acatar em relação a ambas as partes, em consonância com o princípio da igualdade de que nos vimos ocupando.

Deste modo, não pode ficar ao critério do julgador uma derrogação do regime do prazo perentório, com seus efeitos preclusivos, pondo em causa princípios fundamentais do direito processual, que é direito público.

Em face destes princípios, admita-se, por simplicidade de raciocínio, que num determinado caso a prorrogação do prazo, por exemplo para apresentação das alegações de recurso, não podia ser concedida, em face das normas processuais vigentes e que a concessão do prazo as violou, facultando-se ao recorrente uma dilatação do prazo por 15 dias, que, efetivamente, veio a utilizar, mas de que não devia beneficiar.

Se assim acontecer, que consequências se devem considerar decorrentes para a prática do ato por parte do recorrente?

Como tem sido entendimento pacífico da jurisprudência, e não obstante o que fica exposto, a concessão de prazo à parte superior ao estabelecido na lei para a prática de ato processual, vindo a parte a praticar o ato em momento posterior ao que a lei efetivamente prevê, mas dentro do prazo por excesso concedido, não pode obstar a que o ato deva ser considerado como tempestivamente praticado, por a parte não poder ser prejudicada por virtude de um erro, apenas de imputar ao tribunal, mesmo que ela para tanto até eventualmente tenha concorrido, ao requerer o que, porventura, não devia ter requerido.

Note-se que a lei até é expressa no que concerne aos atos da secretaria, ao dizer que “os erros e omissões dos atos praticados pela secretaria, não podem em qualquer caso, prejudicar as partes” (artigo 157º, nº 6, do CPC).

E no que concerne à citação, decorre da lei que se for indicado prazo superior ao que a lei concede deve a defesa ser admitida dentro do prazo indicado, a não ser que o autor tenha feito citar o réu em termos regulares (artigo 191º, nº 3, do CPC).

Assim, se a secretaria, ao indicar à parte (nos termos do artigo 227º, nº 2, do CPC) o prazo para oferecer a sua defesa, comete um erro indicando-lhe um prazo superior ao previsto na lei e a parte vem a utilizar todo o prazo concedido para apresentar o seu articulado, não pode esta ser prejudicada pelo erro da secretaria, pelo que o ato se deve considerar como praticado em tempo.

Tratamento igual terá que ter a situação se for o juiz a mandar, por erro, contestar num prazo superior ao legal, pois que de igual modo está em causa o interesse da parte que não pode ser prejudicado.

E em qualquer dos casos estamos em face de prazos perentórios que, por erro da secretaria ou do tribunal, foram desrespeitados.

No que respeita à prorrogação por parte do juiz de um prazo perentório, como é o prazo para apresentação de alegações de recurso, que é um prazo improrrogável, se aquela prorrogação se verificar, em consequên-

cia de erro de apreciação, e a parte vier a utilizar o prazo da prorrogação indevida, entendemos, dentro do mesmo critério, que a parte não pode ser prejudicada com a ilegalidade da decisão e o ato deve ser considerado como praticado em prazo.

Quer dizer: nos casos que se deixam indicados, com carácter de excepcionalidade justificada, o interesse da parte sobreleva o interesse público do respeito pelo cumprimento do prazo perentório.

Entendimento contrário ao que aqui se defende não seria razoável nem compreensível pelos prejuízos que poderia comportar para a parte interessada na prática do ato e para segurança que tem de haver no tratamento dos prazos, designadamente da sua comunicação às partes e até, de algum modo, pela seriedade, respeito e consideração em que devem ser tidos os atos do tribunal de tal natureza.

Por outro lado, o entendimento que aqui se defende não coloca em causa os princípios que regem os prazos de natureza perentória, enquanto princípios que devem ser seguidos e que o tribunal se deve esforçar por fazer cumprir, pois que o que se trata é de prevenir os casos colaterais, em que por incúria ou erro, é o tribunal a conceder à parte um alargamento indevido do prazo, que, depois de concedido, criando naquela uma legítima expectativa daquele benefício, não pode ser retirado, por não haver outra solução aceitável para sanação da irregularidade.

Esta solução não viola o princípio da igualdade das partes, pois que cada uma delas, colocada em idêntica situação, deve ter o mesmo tratamento, de não ver prejudicada a prática do ato.

No que concerne ao conteúdo precetivo do princípio da igualdade das partes, aliás já em parte acima aludido, anota Miguel Teixeira de Sousa [no domínio da lei anterior mas adaptável à lei atual] o seguinte:

«a. O artº 3º-A tem como destinatário o tribunal, pois que é a este órgão que o preceito atribui a função de garantir a igualdade substancial das partes. Mas esta função pode ser entendida de duas formas bastante distintas: – se essa função for concebida com um conteúdo positivo, aquele preceito impõe ao tribunal o dever de promover a igualdade entre as partes e de, eventualmente, auxiliar a parte necessitada; – se, pelo contrário, essa função for entendida com um conteúdo negativo, só se proíbe que o tribunal promova a desigualdade entre as partes. Importa verificar em que sentido o artº 3º-A deve ser interpretado.

O direito português concede ao tribunal certos poderes instrutórios (cfr. art's 535º, nº 1, 612º, nº 1, 622º, 645º, nº 1, e 653º, nº 1) e inquisitórios: quanto a estes últimos, resulta do disposto nos art's 264º, nº 2, e 265º, nº 3, que o tribunal pode investigar e considerar os factos instrumentais relevantes para a decisão da causa. Mas o uso destes poderes instrutórios e inquisitórios é orientado, não pela necessidade de obter a igualdade entre as partes, mas pela de procurar proferir uma decisão de acordo com a realidade das coisas. Mesmo que, por exemplo, a testemunha que o juiz pretende ouvir officiosamente (artº 645º, nº 1) possa provar um facto favorável à parte mais forte, ainda assim o juiz não deve deixar de a convocar para depor em juízo. O dever de procurar a verdade sobrepõe-se ao dever assistencial do juiz perante qualquer das partes, o que demonstra que os poderes instrutórios e inquisitórios não são concebidos como meios de promover a igualdade substancial entre elas.

Mas isto significa apenas que a expressão do princípio da igualdade deve ser procurada fora daqueles poderes instrutórios ou inquisitórios, o que de modo algum exclui um amplo campo de aplicação desse princípio. Esta aplicação verifica-se tanto no referido conteúdo positivo, que impõe ao tribunal um dever de construir a igualdade entre as partes, como no conteúdo negativo, que o proíbe de originar, pela sua conduta, uma desigualdade entre as partes.

b. A referência à igualdade substancial que consta do artº 3º-A não pode postergar os vários regimes imperativos definidos na lei, que originam desigualdades substanciais ou que se bastam com igualdades formais. Quer dizer: a igualdade substancial é algo que não pode ser alcançado através da supressão dos fatores de igualdade formal, mas através de um auxílio suplementar a favor da parte carenciada do auxílio. Essa igualdade substancial não é obtida através de um *minus* imposto a uma das partes, mas de um *maius* concedido à parte necessitada. Nas palavras sugestivas de Vollkommer, a “igualdade formal perante o juiz” necessita de ser completada por uma “igualdade substancial através do juiz” [...]. Assim, o dever de assegurar a igualdade substancial das partes terá aplicação sempre que a lei imponha uma intervenção assistencial do tribunal. Por exemplo: o artº 508º, nºs 1, al. b), 2 e 3, permite que o juiz convide as partes a aperfeiçoarem os seus articulados; se detetar uma insuficiência ou imprecisão num dos articulados de uma das par-

tes, infringe o dever de assegurar a igualdade substancial entre elas se a não notificar para corrigir o vício.

Este conteúdo positivo do princípio da igualdade substancial das partes permite, aliás, colmatar uma lacuna patente na nova versão do Código de Processo Civil: o artº 266º, nº 2, prevê o dever de o juiz se esclarecer perante as partes, mas só parcialmente se encontra na lei uma previsão quanto ao dever de o juiz se esclarecer sobre assuntos que a elas digam respeito [...]. Do conteúdo positivo do princípio da igualdade substancial das partes decorre que o tribunal deve elucidar qualquer das partes, se da informação veiculada depender a efetiva igualdade processual delas em juízo.

Entendido desse modo, o princípio da igualdade substancial não choca com o princípio da imparcialidade do tribunal. Esta imparcialidade traduz-se numa independência perante as partes, mas, no contexto do princípio da igualdade, imparcialidade não é sinónimo de neutralidade: a imparcialidade impõe que o juiz auxilie do mesmo modo qualquer das partes necessitadas ou, dito de outra forma, implica, verificadas as mesmas condições, o mesmo auxílio a qualquer delas; a neutralidade determina a passividade do juiz perante a desigualdade substancial das partes. Portanto, o juiz não tem de ser neutro perante as situações de desigualdade que existam ou que se possam criar entre as partes, mas deve ser imparcial perante elas, dado que, quando tal se justifique, deve auxiliar qualquer delas.

c. O conteúdo negativo do princípio da igualdade substancial destina-se a impedir que o juiz crie situações de desigualdade substancial entre as partes. Assim, por exemplo, esse princípio obsta a que o tribunal fixe, para cada uma das partes, prazos diferentes para o exercício da mesma faculdade ou o cumprimento do mesmo ónus» [*in* Estudos Sobre o Novo Processo Civil, pgs. 42-45].

E sobre a questão de saber se a igualdade substancial entre as partes também deve ser um critério de decisão do tribunal, adita o mesmo autor:

«a. Particularmente discutível é saber se a igualdade substancial entre as partes também deve ser um critério de decisão do tribunal, ou seja, determinar se, para obter a igualdade substancial referida no art. 3º-A, o juiz pode proferir uma decisão cujo conteúdo seja definido pela situação de desigualdade entre as partes. Parece que tudo depende de

uma expressa previsão legal que permita que a decisão considere esses fatores de desigualdade.

Quanto às decisões sobre o mérito da causa, elas são determinadas pelos critérios resultantes da lei ou que por ela sejam permitidos, como a equidade (artº 4º CC) e a discricionariedade própria dos processos de jurisdição voluntária (artº 1410º). Assim, o tribunal só pode introduzir na sua decisão as correções que a lei permita ou que resultem de qualquer daqueles critérios formais de decisão. Por exemplo: o artº 494º CC permite que, quando a responsabilidade do lesante se funde em mera culpa, a indemnização possa ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponde aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Quanto às decisões de forma, a solução é semelhante sempre que uma previsão legal permita a sua adaptação à situação concreta das partes. Encontra-se um exemplo de uma tal previsão no artº 145º, nº 7: o juiz pode determinar a redução ou dispensa da multa pela prática de um ato fora do prazo nos casos de manifesta carência económica da parte ou quando o respetivo montante se revele manifestamente desproporcionado.

b. Mais duvidoso é determinar se o artº 3º-A também pode ser entendido como permitindo o proferimento de uma decisão cujo conteúdo atende à situação de desigualdade substancial das partes. Suponha-se que o juiz aplica a uma das partes uma multa num determinado montante e que, depois disso, deve aplicar à outra parte, por um comportamento idêntico desta, uma outra multa; pode discutir-se se esta segunda multa deve possuir um quantitativo idêntico à primeira ou se este montante deve ser corrigido (para mais ou para menos) de acordo com a situação económica da parte. A resposta é especialmente melindrosa, mas o artº 3º-A parece impor que, na aplicação dessa sanção processual, o juiz atenda à desigualdade económica das partes e, portanto, defina o montante da multa de acordo com as capacidades económicas dos litigantes» [*in* ob. cit. pgs. 45-46].

Saliente-se ainda que o princípio da igualdade das partes é mais difícil de prosseguir no âmbito da ação executiva, porque aí as partes estão, à partida, em posição de desequilíbrio, na medida em que o direito do exe-

quente já se mostra pré-constituído, por sentença ou documento bastante, do que decorre uma posição de prevalência daquele sobre o executado, ainda que a este sempre assista a faculdade de utilização dos mecanismos legais de oposição à demanda e de defesa de direitos de que seja detentor.

5.

Princípio do dispositivo

“Nemo iudex sine actore” [ninguém é juiz sem autor]

O artigo 3º, nº 1, do CPC, já acima citado, a propósito do princípio do contraditório, relembre-se, estabelece o seguinte:

«O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição».

Por seu lado, o artigo 5º do mesmo CPC reza assim:

«1. Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas.

2. Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:

a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;

b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;

c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

3. O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito»