

José Lebre de Freitas

Introdução ao Processo Civil

Conceito e Princípios Gerais

2.^a Edição

Reimpressão



JOSÉ LEBRE DE FREITAS

INTRODUÇÃO AO PROCESSO CIVIL

CONCEITO E PRINCÍPIOS GERAIS

2.^A EDIÇÃO

Reimpressão



Coimbra Editora

2009

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, porém, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra. Os infractores são passíveis de procedimento judicial.

A INSTRUMENTALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O direito é um sistema de normas de conduta ⁽¹⁾. Quando se faz esta afirmação, está-se fundamentalmente pensando no conjunto das *normas primárias* ⁽²⁾ do direito material (ou *substantivo*), que têm por função pautar a actuação dos sujeitos jurídicos de acordo com valores sociais próprios ⁽³⁾.

Para que se revistam de juridicidade, essas normas primárias (imperativas, proibitivas ou permissivas) carecem da possibilidade de coactivamente serem feitas respeitar ⁽⁴⁾. Toda a norma primária de conduta

⁽¹⁾ KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1983, p. 221. Como tal, insere-se na «família geral das normas de conduta» ou «de comportamento» (HART, *O conceito de direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1961, p. 20).

⁽²⁾ Usamos a expressão num sentido lato em que engloba não apenas as normas (*imperativas e proibitivas*) pelas quais «aos seres humanos [e outros sujeitos de direito] é exigido que façam ou se abstenham de fazer certos actos, quer queiram quer não» (HART, *O conceito*, cit., p. 91), mas também as normas (*permissivas*) que, em lugar de imporem *deveres*, conferem *poderes*, públicos ou privados, de actuação, cujo exercício é susceptível de criar novas estruturas de direitos e deveres (acto administrativo, negócio jurídico). Estas novas estruturas, ordenadoras de comportamentos dos sujeitos, podem também resultar da ocorrência de meros *factos* jurídicos; as normas que os prevêm e estatuem o seu efeito só *indirectamente* constituem normas de conduta.

⁽³⁾ Em primeiro lugar, a justiça e a segurança (OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O direito — Introdução e teoria geral*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 182); da primeira é legítimo autonomizar hoje a protecção dos direitos humanos (FREITAS DO AMARAL, *Manual de introdução ao direito*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 56). Independentemente da questão de saber em que medida o direito se apropria de valores de outras ordens axiológicas (social, moral) e em que medida os valores do direito podem ser tidos como originários.

⁽⁴⁾ Embora uma importante corrente do pensamento contemporâneo sustente a existência de normas jurídicas não garantidas, cremos ser característica diferenciadora do

é garantida por uma *norma secundária sancionatória*, que se impõe no caso de violação da primeira.

A *violação da norma* é, por natureza, concreta. No campo do direito privado, a norma abstracta de conduta singulariza-se em situações subjectivas radicadas nos sujeitos jurídicos, tendo como substracto de fundo o plano das solidariedades de interesses e dos conflitos de interesses gerados perante bens raros ⁽⁵⁾. A violação da norma de conduta surge quando outrem actua ⁽⁶⁾ afectando a integridade duma situação jurídica tutelada pelo direito. Sem prejuízo dos casos em que lhe é permitida a acção directa, o titular da situação jurídica tutelada pode então recorrer aos tribunais, a fim de a fazer valer, com o que, ao procurar assegurar a satisfação do seu interesse, desencadeia o mecanismo de garantia da norma de conduta violada. A verificação da violação pressuporá a prévia identificação, interpretação e aplicação dessa norma.

Mas nem só a violação consumada leva os sujeitos de direito privado a recorrer aos tribunais. Também a *prevenção da violação*, quando alguém ameaça realizá-la ou falsamente aparenta ser titular dum interesse tutelado, e o *exercício de direitos potestativos* podem justificar o recurso a juízo. Podem, designadamente, divergir entre si as posições intelectuais dos titulares de interesses em conflito sobre a existência ou o conteúdo de determinada situação jurídica, gerando-se assim situações de *dúvida* ou *incerteza subjectiva* ⁽⁷⁾ carecidas de definição. Em causa

direito a sua coactividade, consistente na aplicabilidade da sanção num processo para tal juridicamente organizado (ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1994, ps. 31 e 196-197, e *Juristische Methodenlehre*, München, Beck, 1994, p. 6). A conclusão próxima chega quem afirma que a *sanção* é característica diferenciadora do direito, mais ampla do que a coacção e englobando consequências como a da invalidade do contrato ou a da dissolução duma associação (FERNANDO BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, ps. 60-63).

⁽⁵⁾ JOÃO CASTRO MENDES, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa, Dantídio, 1984, p. 19.

⁽⁶⁾ Ou omite actuar. A omissão constitui uma conduta ou comportamento negativo.

⁽⁷⁾ E não objectiva. O direito, como sistema, constitui um conjunto intrinsecamente coerente. Situações objectivamente incertas são só aquelas que se consolidam, caducam ou determinam por via dum evento *futuro* (condição, escolha, anulação, confirmação e outras: RENATO CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, Giappichelli, 1942, ps. 18-30).

estarão então apenas a identificação, a interpretação e a incidência concreta das normas de conduta aplicáveis.

Em todos os casos, o recurso aos tribunais para tutela de situações jurídicas e concomitante garantia de normas de conduta de direito privado postula a aplicação de *normas instrumentais* (ditas *adjectivas*) que regulem as actuações dos sujeitos de direito privado e dos tribunais tendentes à concretização jurisdicional do direito substantivo. O conjunto dessas normas, recortado no âmbito do direito público, constitui o *direito processual civil*. O *processo civil* constitui o seu campo específico de aplicação.

O direito processual civil é assim, numa definição que dificilmente deixará de ser tautológica, o conjunto das normas reguladoras do processo civil ⁽⁸⁾, o que nos remete para o conceito de processo civil.

A análise deste conceito pode, na esteira de CASTRO MENDES ⁽⁹⁾, ser feita mediante o exame sucessivo dos seus elementos fundamentais: a *estrutura*, a *função*, o *objecto* e os *sujeitos* do processo civil.

⁽⁸⁾ SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1987, p. 258; CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1985, I, p. 33; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria do processo declarativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, p. 27. Outros falam de normas reguladoras dos comportamentos humanos no processo civil (WOLFGANG HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, Otto Schwartz, 1970, ps. 21 e 24-25) ou das relações entre o tribunal e as partes na tarefa de accertamento e realização do direito (PETER ARENS, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1988, p. 2). Redutoras são as definições que apelam apenas à regulação da actividade exercida pelos tribunais (INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, I, p. 180) ou, pior ainda, pelos juízes (OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O direito*, cit., p. 345) e não, mais latamente, à actividade exercida nos tribunais (SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 249). A transplantação da noção de norma de conduta para o campo do direito processual é patente nestas definições.

⁽⁹⁾ CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, ps. 35-125 (estrutura, objecto, função e meio).

salvada sempre, fora o caso da do art. 199, a possibilidade de *sanação* (arts. 196 e 200-1; também art. 193-3); só a parte interessada na invalidade pode *argui-la* (art. 203-1 CPC); é admitida a *renúncia*, expressa ou tácita, à arguição (art. 203-2 CPC); excepto no caso do art. 200, a arguição está sujeita a prazo, que é, em regra ⁽²⁸⁾, de 10 dias sobre o momento do conhecimento, real ou presumido, do vício, ou da sua cognoscibilidade por uma parte diligente (arts. 153-1 e 205-1). Em com-pensação, quando o vício tenha lugar durante a prática dum acto a que o juiz presida e for nele conhecido, deve logo o *juiz*, oficiosamente, fazer cumprir a lei (art. 205-2). O regime-regra da invalidade do acto processual, sendo mais próximo do regime da anulabilidade de direito substantivo, não deixa de revestir aspectos do regime da nulidade, pelo que constitui um *misto* de ambas as figuras ⁽²⁹⁾.

trina manteve (ALBERTO DOS REIS, *Comentário*, cit., II, p. 357; JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 388), mas que não tem grande rigor. Melhor se falará de nulidades *típicas* relativamente àquelas que, englobando essas (e a simples nulidade da citação) são especificamente tratadas na lei, sendo atípicas as restantes. Em *A acção declarativa* aparecem especificamente tratados o erro na forma de processo (5.2.3) e a falta e a nulidade da citação (6.6.1), bem como a ineptidão da petição inicial (5.2.1).

⁽²⁸⁾ Se a parte estiver presente, por si ou por mandatário, no momento em que forem cometidas, o direito de arguição preclui com o termo do acto (art. 205-1). No caso da falta de citação, a arguição deve ter lugar logo que o réu ou o Ministério Público intervenha no processo, constituindo o primeiro acto de intervenção ou sendo simultânea com outro acto que então se pratique, e não relevando o conhecimento — não oficial — do vício (art. 196). O mesmo se aplica nos casos de nulidade de citação em que esta tenha sido edital ou em que ao réu não tenha sido indicado o prazo para a contestação; mas, fora destes casos, a arguição da nulidade da citação deve fazer-se no prazo que tiver sido, ainda que erroneamente, indicado para a contestação (art. 198-2). O erro na forma de processo, tal como a ineptidão da petição inicial, podem ser arguidos no prazo da contestação (art. 204-1).

⁽²⁹⁾ Isso explica um pouco a imprecisão e a flutuação terminológicas do legislador.

3.

FUNÇÃO

3.1. ESPÉCIES DE ACÇÕES

A sequência processual dirige-se a finalidades diversificadas, consoante o tipo de pedido que o autor formula ao tribunal ao instaurar o processo ⁽¹⁾.

Sob a epígrafe «espécies de acções, consoante o seu fim» ⁽²⁾, o art. 4 distingue as *acções declarativas* das acções executivas e, dentro das primeiras, as acções de simples apreciação, de condenação e constitutivas.

Na *acção de simples apreciação*, o autor pede ao tribunal que declare a existência ou inexistência de um direito ⁽³⁾ ou dum facto jurí-

⁽¹⁾ O pedido (ou pedidos) deduzido pelo autor na petição inicial, com que abre a sequência processual, pode vir a ser alterado, ampliado ou reduzido, nos termos dos arts. 272 e 273. Pode o réu, em reconvenção deduzida no acto da contestação, deduzir, por sua vez, um pedido (ou pedidos) contra o autor e até, em certos casos, contra terceiro chamado a intervir no processo (arts. 274 e 329-2). Podem ainda, em certos casos, terceiros deduzir um pedido (ou pedidos) contra o réu ou até contra o autor (arts. 320, 323-1, 327-3, 342-1 e 350-1). De todas estas situações se trata *infra*, II, 10.2. O que se diz no texto é aplicável, não só ao pedido inicial, mas também aos restantes.

⁽²⁾ «O termo *acção* tem, no art. 4, o sentido de pedido. No art. 4 contém-se primariamente uma classificação de pedidos» (CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, p. 231).

⁽³⁾ Por exemplo: o autor pretende ser declarado proprietário de determinada coisa contra alguém que anda afirmando que não o é, ou porque de outro modo não pode registar o seu direito (Código do Registo Predial, art. 116), ou que seja declarado que o réu não é proprietário de certa coisa que ele, autor, possui, ou ainda que não é pai ou mãe do réu, contrariamente ao que este anda afirmando.

dico (4) (5). É uma acção de utilização rara, cuja admissibilidade geral foi durante muito tempo discutida (6), que reveste manifesta utilidade em certos casos em que se pretende obter o reconhecimento dum direito (7), mas que tem dado lugar a dificuldades em outros casos em que a sua utilidade é menos nítida (8). Com ela, a declaração do direito encontra-se, se assim se pode dizer, no seu estado mais puro (9).

(4) Por exemplo: o autor pretende que seja declarado que a celebração de determinado contrato de empreitada, que o réu afirma ter tido lugar, na realidade não se verificou; ou que determinado contrato, que celebrou, é nulo, ou pelo contrário válido; ou que ocorreu simulação processual (art. 779-1); ou ainda que certo documento, que o réu afirma ter sido por ele, autor, assinado, na realidade não foi, ou que a sua assinatura foi aposta em outro texto, seguidamente falsificado. A mera declaração da existência (ou inexistência) ou da validade (ou nulidade) dum acto jurídico, ou da simulação do litígio, bem como a da genuinidade ou da falsidade dum documento, com abstracção dos respectivos efeitos, constituem apreciação da existência (ou inexistência) dum facto produtor de efeitos de direito, isto é, dum facto jurídico.

(5) Por falta de interesse processual (*infra*, nota 17), é dificilmente imaginável uma acção de simples apreciação da existência ou inexistência dum situação jurídica diversa do direito subjectivo, sem prejuízo da sua apreciação em acção de condenação. Assim, por exemplo, a expectativa do adquirente por contrato sujeito a condição suspensiva, ou a do alienante por contrato sujeito a condição resolutiva, pode ser feita valer em acção de condenação que a vise conservar (art. 273 CC), mas dificilmente em acção de simples apreciação.

(6) Desconhecida, com alcance geral, no direito romano, ainda no domínio do CPC de 1876 se discutia a sua admissibilidade geral, que o CPC de 1939 consagrou (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinário e sumário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1928, ps. 242-246, e *Comentário*, cit., I, p. 19; CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, ps. 236-237).

(7) Nomeadamente, por necessidade de sentença de justificação de direito real ou de posse para o efeito de inscrição registral (arts. 116 e 118-2 do Código do Registo Predial).

(8) A exigência da necessidade de recurso a juízo para justificar a acção de simples apreciação levou a doutrina a apurar o conceito de interesse processual (*infra*, nota 17).

(9) No Projecto da Comissão Varela de CPC (*Código de Processo Civil — Anteprojecto*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1993), as acções de simples apreciação foram denominadas acções de simples declaração (art. 17-2-c), em sintonia com a denominação que têm no direito processual italiano («mero accertamento»: cf. CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, Giappichelli, 1995, p. 60, ou FRANCESCO LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2000, I, p. 12) e anglo-saxónico («declaratory judgments»).

Na *acção de condenação* (10), vai-se mais longe: sem prejuízo de o tribunal dever ainda emitir aquele juízo declarativo, dele se pretende também (e fundamentalmente) que, em sua consequência, condene o réu na prestação duma coisa ou dum facto (11). O pedido de declaração prévia do direito ou do facto jurídico pode ser expresso (12), caso em que se verifica uma cumulação de pedidos (art. 470); mas pode o autor limitar-se a pedir a condenação do réu e então o juízo prévio de apreciação mais não é do que pressuposto lógico do juízo condenatório pretendido.

Pressuposto lógico da condenação é também a violação dum direito; mas não é necessário que a violação esteja consumada à data do recurso a juízo ou mesmo à data da sentença (13). A acção de condenação pode, com efeito, ter lugar na previsão da violação do direito, dando então lugar a uma intimação ao réu para que se abstenha de o violar (cf. art. 1276 CC; acção possessória de prevenção) ou à sua condenação a satisfazer a prestação no momento do vencimento (arts. 472 e 662).

Pela *acção constitutiva*, exerce-se um direito potestativo (14). O juízo

(10) Por exemplo, o autor, afirmando-se proprietário ou possuidor, pretende que o réu seja condenado a restituir-lhe a coisa própria ou possuída; ou, afirmando-se credor, pretende que o réu seja condenado a efectuar a prestação devida.

(11) Revista ou não a prestação natureza obrigacional. Também as pretensões reais (fundadas num direito real) podem constituir objecto da acção.

(12) O autor pede que o tribunal declare que ele é proprietário ou possuidor e que, consequentemente, condene o réu na restituição; ou que o tribunal declare que o contrato que invoca como causa de pedir (*infra*, 4.6) é válido e, consequentemente, que o réu seja condenado a cumpri-lo.

(13) Como acontece no caso da acção de restituição do art. 1278 CC ou na de cumprimento do art. 817 CC.

(14) Por exemplo: o autor pede ao tribunal que, com determinado fundamento, declare a dissolução, por divórcio, do seu casamento com a ré; que seja fixada uma pensão de alimentos; que, com fundamento em erro, seja anulado um negócio jurídico que celebrou com o réu; que, por contrária à lei ou aos estatutos da sociedade, seja anulada uma deliberação social; ou que, por incumprimento de contrato-promessa, seja emitida sentença de execução específica. Para que haja uma acção constitutiva, é necessário que se esteja perante um *direito potestativo de exercício judicial* (cf. JOÃO CASTRO MENDES, *Teoria geral do direito civil*, Lisboa, Associação Académica, 1979, II, ps. 124-126), a ela não dando lugar o exercício do *direito potestativo de exercício extrajudicial* (por exemplo, a resolução ou denúncia de contrato, ou ainda, no campo das faculdades potestati-

do tribunal já não se apresenta limitado, como nas duas sub-espécies anteriores, pela situação de direito ou de facto pré-existente: perante o pedido de alteração das situações jurídicas das partes, o juiz, pela sentença, cria novas situações jurídicas entre elas, constituindo, impedindo, modificando ou extinguindo direitos e deveres que, embora fundados em situações jurídicas anteriores, só nascem com a própria sentença. O aspecto declarativo desta, indo além do juízo prévio sobre a existência do direito potestativo, reside fundamentalmente na definição, só para o futuro ou retroactivamente, da situação jurídica constituída.

Diferentemente da acção declarativa, a *acção executiva* tem por finalidade a reparação material dum direito violado. Não se trata já de declarar direitos, pré-existentes ou a constituir. Com ela passa-se da formulação concreta da norma jurídica para a sua actuação prática, mediante o desencadear do mecanismo da garantia. Pode ter como finalidade a reintegração dum direito real, mediante a entrega da coisa sobre que incide ao respectivo titular, ou a realização específica duma prestação obrigacional não pecuniária; mas visa, mais frequentemente, a realização coactiva duma obrigação pecuniária, primária ou de indemnização, tenha-se esta última constituído como sucedâneo duma relação primária de obrigação incumprida ou na sequência da violação dum dever genérico de conduta ⁽¹⁵⁾.

vas, a escolha de prestação na obrigação alternativa). Os direitos potestativos de exercício judicial só através de acção se podem fazer valer, sem prejuízo de o mesmo resultado de alteração das situações jurídicas das partes poder ser obtido por um meio que, diversamente do exercício do direito potestativo (que postula a passividade da pessoa sujeita aos efeitos desse exercício), requiera a manifestação de vontade da contraparte (divórcio por mútuo consentimento; anulação por acordo; celebração do contrato prometido), em circunstâncias análogas ao que pode suceder no âmbito dos direitos potestativos de exercício extrajudicial (resolução por acordo; escolha por acordo). Estes, por sua vez, não podem ser exercidos por meio de acção, embora a petição inicial duma acção possa conter a declaração de vontade que consubstancia o seu exercício e que, como declaração receptícia, chegará ao conhecimento do réu através da citação. Assim, por exemplo, pode pedir-se ao tribunal que declare ter sido resolvido um contrato, ainda que a declaração de resolução só tenha sido feita na petição; mas não se lhe poderá pedir que efectue, ele próprio, pela sentença a emitir, essa resolução. Está-se então perante uma acção de mera apreciação, não perante uma acção constitutiva.

⁽¹⁵⁾ A execução para entrega de coisa determinada (art. 827 CC) pode ter na sua base um direito real (do exequente) ou um direito de crédito, em ambos os casos por ela

Este quadro de finalidades do processo civil ⁽¹⁶⁾ vem confirmar a sua instrumentalidade relativamente ao direito substantivo (*supra*, 1): o direito de acção, como vertente fundamental do direito à jurisdição (*infra*, II, 2.2), é o direito de recorrer aos tribunais pedindo a tutela dum interesse protegido pelo direito material ⁽¹⁷⁾; o tipo de pedido for-

se realizando uma norma jurídica primária, sem prejuízo de, não sendo possível a entrega da coisa devida, se passar a executar a obrigação de indemnizar (art. 931), que, imposta por uma norma secundária sancionatória, surge como sucedâneo da obrigação originária de prestação de coisa. Já a execução para prestação de facto, seja este um facto positivo fungível (art. 828 CC) ou consista na demolição de obra feita em violação duma obrigação de omissão (art. 829 CC), consistindo na prestação do facto por terceiro e como tal representando *para o credor* o cumprimento coercivo da norma primária de obrigação, implica sempre, *para o devedor*, a obrigação de a custear, isto é, uma obrigação pecuniária sucedânea da obrigação de prestação originária, sem prejuízo também de o credor poder optar por uma indemnização independente da prestação por terceiro (art. 933-1) e sendo que não há alternativa a esta quando o facto a prestar seja infungível (art. 767-2 CC). Obrigação pecuniária secundária é ainda a de indemnizar por violação de normas genéricas de conduta (não obrigacionais), como as que mandam respeitar a vida alheia, o direito de propriedade ou a saúde pública. Ao invés, a obrigação pecuniária primária (obrigação, por exemplo, de restituição no mútuo em dinheiro) conserva a sua natureza após a violação e pela execução que se instaure é coactivamente realizada ainda a norma que a impõe. Seja, porém, qual for o tipo de execução, ela atingirá o seu fim (se for uma execução específica) ou tornar-se-á inútil (se for uma execução por equivalente) quando o devedor, na sua pendência, voluntariamente realiza a prestação originariamente devida, tal como atingirá também o seu fim quando, sendo uma execução por equivalente, o devedor voluntariamente cumpre a obrigação de indemnização sucedânea que se executa.

⁽¹⁶⁾ Estamo-nos ocupando apenas do processo contencioso, excluindo o de jurisdição voluntária (*infra*, 4.5).

⁽¹⁷⁾ Pode, não obstante existir um *interesse material*, organizado ou não em direito subjectivo, faltar o *interesse processual* ou interesse em agir, isto é, o interesse em recorrer aos tribunais para tutela do primeiro. A questão da exigibilidade do interesse em agir, como pressuposto processual, tem sido posta sobretudo no domínio da acção declarativa de simples apreciação, para a qual os defensores do pressuposto exigem que se verifique uma situação de incerteza objectivamente grave, de molde a justificar a intervenção judicial: a negação, ainda que meramente verbal, dum direito do autor, a afirmação dum direito contra ele, o início duma actuação do réu conforme com essa negação ou afirmação (requerimento de apoio judiciário ou passagem de procuração a advogado para a propositura duma acção), a existência dum documento falso ou dum contrato nulo total ou parcialmente contrário aos interesses do autor — são exemplos que usam ser dados, não bastando nunca uma incerteza *subjectiva* independente da ocorrência de factos que possam afectar o interesse material do autor (MANUEL DE ANDRADE,

mulado pelo autor ⁽¹⁸⁾, condicionando a espécie de providência que o tribunal deverá emitir ⁽¹⁹⁾, constitui a escolha ⁽²⁰⁾ da forma de tutela judi-

Noções, cit., ps. 79-80). Na acção declarativa constitutiva, pelo contrário, o interesse processual está *in re ipsa*, isto é, na simples afirmação que o autor faz da existência dum seu direito potestativo carecido de exercício judicial (MANDRIOLI, *Corso*, cit., I, p. 70). O mesmo acontece nas acções de condenação quando o autor afirma que o seu direito foi violado. Mas a discussão em torno da exigência legal do interesse processual volta a pôr-se, ainda que com menos acuidade que na acção de simples apreciação, no caso da acção de condenação proposta na simples previsão da violação futura duma obrigação ainda não vencida (cf. ANTUNES VARELA, *Manual*, cit., ps. 182-185, em sentido afirmativo, e CASTRO MENDES, *DPC*, cit., II, ps. 159-163, em sentido negativo): do art. 662 (condenação *in futurum* do réu que não conteste a obrigação vencida) e do art. 449-2-c (admissibilidade da acção de condenação que seja desnecessária por o credor já ter um título extrajudicial com manifestação de força executiva: cf. art. 46) retira-se a inexigibilidade geral do pressuposto na acção de condenação, não obstante o interesse processual ser exigido quando se pretenda a condenação do réu no cumprimento duma obrigação de constituição futura provável (a acção só é admissível se a falta de título executivo, isto é, de sentença, à data do vencimento da obrigação por constituir puder causar grave prejuízo ao credor: art. 472). A ideia de que a falta de interesse processual só é invocável pelo réu, o que explicaria o seguimento das acções que este não contestasse, não obstante o autor ter lançado mão de um tipo de acção inadequado (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 104), não colhe: a exigência do interesse processual baseia-se fundamentalmente na necessidade de não sobrecarregar os tribunais com acções inúteis, razão de ordem pública que justifica o seu conhecimento oficioso (ADOLF SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe, Müller, 1951, ps. 167 e 174), imposto, aliás, pelo art. 495; a própria falta dum conflito de interesses na base do processo (*infra*, 4.4), traduzindo-se em falta de interesse processual e podendo dar azo a acções injustificadas contra incertos, não pode deixar de ser oficiosamente conhecida. Pode, pois, concluir-se que a exigência do interesse processual só entre nós se pode pôr — diversamente do que acontece em outros sistemas, como o alemão (§§ 256 a 259 ZPO) e o italiano (art. 100 CPC) — enquanto exigência dum interesse sério para o recurso a juízo, mas independentemente da espécie de acção que se venha a propor (*A falsidade*, p. 193 (55), e *CPC anotado*, II, n.º 3 da anotação ao art. 449, n.º 4 da anotação ao art. 472 e n.º 3 da anotação ao art. 494). A falta do interesse processual, quando exigido, constitui *exceptio dilatoria inominada*, como tal geradora de absolvição da instância (*infra*, 3.5).

⁽¹⁸⁾ Ou pelo réu, em reconvenção.

⁽¹⁹⁾ De acordo com o princípio dispositivo (*infra*, II.6.3). O conteúdo do pedido condiciona também o conteúdo da providência, como se verá ao tratar do objecto do processo (*infra*, 4.1).

⁽²⁰⁾ Não livre. A exigência da adequação do meio de tutela será maior para quem defenda que o interesse processual deve ser verificado perante a espécie de pro-

ciária pretendida para a realização do interesse que se afirma juridicamente protegido pelas normas de direito material ⁽²¹⁾.

3.2. A TUTELA DO DIREITO MATERIAL

É na base desta constatação que, para a doutrina clássica, a função do processo civil consiste na tutela do direito material, entendido este quer no sentido (*objective*) de sistema de normas de conduta, ao tribunal cabendo impor a sua observância e reprimir a sua violação ⁽²²⁾, quer no sentido (*subjective*) de direito radicado num sujeito jurídico carecido da ajuda dos tribunais para o exercer ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾, quer no duplo sentido de

vidência pretendida, a qual deverá então ser recusada se não se verificar o interesse correspondente, ainda que ocorra o interesse geral em recorrer aos tribunais. Mas a natureza do direito ou do interesse material que se quer fazer valer condiciona a escolha: não pode, por exemplo, fazer-se valer o direito potestativo mediante uma acção de condenação, sem prejuízo de se poderem cumular no mesmo processo pedidos correspondentes à acção constitutiva e à acção de condenação (a anulação dum contrato e a res-tituição da coisa entregue em cumprimento, por exemplo). Por outro lado, a acção executiva tem pressupostos específicos, o primeiro dos quais o título executivo (art. 45).

⁽²¹⁾ O autor deve afirmar-se titular dum interesse material ou, em casos determinados (substituição processual, *infra*, 5 (5-A); acção popular, *infra*, II.2.2.2), afirmar a existência dum interesse de que não é titular, mas que uma norma excepcional lhe consente fazer valer em juízo. A pretensão basta, como veremos (*infra*, 4.6), a afirmação do direito ou interesse, independentemente da sua existência, que é já uma questão de mérito.

⁽²²⁾ Por todos: NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1952, p. 2; GIAN ANTONIO MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1960, ps. 3-4 e 82-83; ALDO ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Milano, Cedam, 1997, I, ps. 1-5 e 25-28 («acertamento da vontade abstracta da lei no caso concreto»).

⁽²³⁾ Por todos: KONRAD HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Aalen, Scientia Verlag, 1968, reedição da edição de Leipzig de 1912, p. 2; HENCKEL, *Prozessrecht*, cit., p. 63; WOLFGANG GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, 1974 (2.ª edição), p. 18; LUISO, *DPC*, cit., ps. 8-9.

⁽²⁴⁾ Na acção executiva, tal como na acção declarativa constitutiva, o exercício do direito conduz à sua realização (ou dum seu equivalente). Já não assim na acção de condenação, que é uma etapa no caminho da realização do direito, e, muito menos, na acção de simples apreciação. Mas, requerendo a tutela judiciária dum direito subjectivo, está-se sempre, com maior ou menor intensidade, afirmando a existência dum direito que se pretende exercer, imediatamente ou no futuro (no caso do direito de crédito, mediante

direito objectivo e de direito subjectivo, tidos como os dois lados da mesma medalha (25).

É hoje dado cientificamente adquirido que nem todas as situações jurídicas subjectivas se reduzem à figura do direito subjectivo (26). Por outro lado, através da acção executiva e da acção de condenação pretende-se fazer valer o direito a uma prestação e através da acção constitutiva pretende-se exercer um direito potestativo; mas a acção de simples apreciação pode não visar a declaração sobre a existência dum direito (27), mas a declaração sobre a existência dum facto jurídico, e aqui trata-se de tutelar um interesse do autor que é independente da configuração de um direito subjectivo (28).

Tidas em conta estas constatações, a ideia de que o processo civil tem por função a tutela de direitos subjectivos, ou de interesses juridicamente protegidos mas não organizados em direito subjectivo (28-A), é

a exigência do cumprimento da obrigação: João ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 1980, ps. 113 e 141).

(25) Por todos: GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, *Neue Tendenzen der Prozesshandlungslehre*, Zeitschrift für Zivilprozess, 87 (1974), ps. 135-136; WOLFGANG BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen, Mohr, 1982, ps. 28-29; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1993, p. 3.

(26) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral do direito civil*, Lisboa, Associação Académica, 1987-1988, I, ps. 251 e ss., ou DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 1982, ps. 32 e ss.

(27) Ou sobre a inexistência dum direito. A acção de simples apreciação negativa dum direito não visa, por definição, tutelar um direito (do autor), mas negar a existência dum direito do réu. Implicando a exigência do interesse processual (*supra*, nota 17) que o direito (negado) do réu seja contrário a um direito incompatível do autor ou tenha como correlativo um dever deste para com o réu, a negação da tutela do direito concreto do réu pode ainda ser reconduzida à ideia de tutela dum direito, concreto ou abstracto (à liberdade de auto-vinculação), do autor.

(28) A propositura duma acção de nulidade de contrato ou de falsidade de documento pressupõe que o autor tem interesse em que o contrato seja nulo ou o documento falso, mas o objecto do processo abstrai dos direitos que pudessem resultar do contrato (ou da sua nulidade) ou do facto provado através do documento (ou da sua falsificação) para se reduzir à apreciação da nulidade ou da falsidade pretendida.

(28-A) «Tutela de situações materiais protegidas», incuindo os direitos subjectivos (Luiso, *DPC*, cit., I, ps. 8-9).

adequada a traduzir as finalidades objectivamente (29) visadas pelo autor ao propor a acção. O art. 202-2 da Constituição consagra esta ideia, quando diz que aos tribunais incumbe «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos». Tido em conta o princípio dispositivo (*infra*, II.6), a perspectiva subjectivista da doutrina clássica sobre a função do processo civil conserva importantes virtualidades definitórias do elemento teleológico do conceito e, ao mesmo tempo que reduz a paralela perspectiva objectivista à ideia de que a tutela do direito objectivo só *mediatamente* é atingida (30), permite também identificar alguns desvios da função processual em normas legais do sistema que, sobrepondo a segurança à justiça ou os interesses de pessoas públicas aos interesses das pessoas privadas, sacrificam a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos à realização de outras finalidades que à primeira deviam manter-se subordinadas (31).

(29) Independentemente das intenções do autor. O desvio do processo das suas finalidades objectivas, por através dele se procurarem atingir resultados anómalos, configura, quando bilateral, a simulação do litígio (*infra*, 3.6) e, quando unilateral, a má fé processual (art. 456-2).

(30) De acordo com o princípio dispositivo, na vertente do impulso processual, «por mais grave que seja a violação da lei substantiva civil, é lícito ao interessado agir em juízo ou abster-se disso. Este sistema não está em harmonia com um pretenso fim de interesse público do processo civil: se este servisse para a tutela da lei, em caso de violação desta devia ser posto em marcha oficiosamente por um órgão público (como o processo penal), não deixado ao arbítrio dos particulares» (CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, p. 94). Mas esta constatação não impede que, uma vez havida a iniciativa de recurso aos tribunais e enquanto ela se mantiver (isto é, enquanto o autor não venha eventualmente desistir da instância ou do pedido: *infra*, II.6.2), a tutela do direito subjectivo indistinctamente sirva a finalidade de tutela (ou garantia) do direito objectivo.

(31) A sobreposição da segurança à justiça é sobretudo nítida nos *processos cominatórios plenos*, isto é, naqueles em que a revelia (falta de contestação) do réu dá lugar à sua imediata condenação no pedido, ainda que dos factos alegados pelo autor não se devesse retirar a consequência jurídica correspondente a essa condenação (cf. os arts. 784-2 e 795-1 da versão anterior à revisão de 1995-1996), e por isso, fundamentalmente, foi afastada na revisão do código (ver, porém, *infra*, II.2.3.4); mas verifica-se também, embora mais atenuada, nos *processos cominatórios semi-plenos*, em que a revelia do réu dá lugar a que se tenham por provados, por admissão, os factos alegados pelo autor na petição inicial (art. 490-2). No primeiro caso, a tutela do direito subjectivo sobrepe-se directamente a finalidade de compor o litígio pelo meio mais expedito; no segundo caso, a constituição em meio de prova do silêncio do réu, não obstante ele poder não significar a sua aquies-

Por isso também, a instrumentalidade do processo civil é um elemento fundamental na interpretação das normas processuais (31-A).

3.3. A JUSTA COMPOSIÇÃO DO LITÍGIO

Nem sempre a tutela do direito subjectivo (ou do interesse legalmente protegido) se realiza no processo civil.

Para o demonstrar, tem-se argumentado com as regras que regulam a *distribuição do ónus da prova* e com a admissibilidade da *auto-composição do litígio* (32).

Nos sistemas processuais hodiernos, a dúvida insanável do juiz acerca da realidade dos factos alegados pelas partes é resolvida, não através dum *non liquet* (declaração do tribunal de que não pode decidir a causa), mas mediante a imputação a uma das partes das consequências negativas da falta de prova (33). A determinação da parte que sofrerá essa

cência à realidade dos factos alegados pelo autor (cf. *A confissão*, cit., p. 482 (55)), resulta na preterição da investigação da verdade e, portanto, na viciação da subsequente operação de aplicação, na sentença, do direito aos factos assim dados como provados. Saliente-se que a investigação da verdade, por alguns tida como fim do processo (cf. *idem*, p. 457 (37)), é, a justo título, afirmada ser um instrumento necessário à tutela do direito subjectivo (ROLF STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, Mohr, 1976, p. 51). A sobreposição à *outrance* do interesse das pessoas públicas ao das pessoas singulares leva, no processo executivo, por via do mecanismo dos privilégios creditórios, a frustrar a satisfação do direito do exequente (e dos demais credores preteridos), desviando o processo da sua função (cf. *A acção executiva*, 17.3.4.B).

(31-A) Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo civil e os princípios gerais da lei processual ordinária constituem, por esta ordem, os principais elementos de interpretação teleológica das normas processuais (ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 33).

(32) CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, ps. 94-97.

(33) O resultado do ónus da prova não constitui uma prova, contrariamente ao que sustenta CASTRO MENDES (*DPC*, cit., I, p. 96, e *Do conceito de prova*, cit., p. 404), mas, pelo contrário, uma ausência de prova: a decisão contra o titular do ónus baseia-se na dúvida e esta não surge como resultado da produção dum meio de prova, mas como consequência da não produção de meios de prova idóneos a formar uma convicção; nem o jogo das regras do ónus da prova constitui um meio de prova nem a sua consequência é um resultado probatório (*A confissão*, p. 278 (39)). Já a figura da *dispensa ou liberação* do ónus da prova, por disposição da lei ou convenção das partes (art. 344-1 CC),

consequência (e que, portanto, tem o ónus (34) de fazer a prova a prova do respectivo facto) faz-se de acordo com a regra do art. 342 CC: a cada uma das partes cabe a prova dos factos constitutivos da sua situação jurídica, ou dos elementos constitutivos do facto jurídico cuja existência quer que seja declarada (35), que constituem a *causa de pedir* (*infra*, 4.6), e à contraparte a prova dos factos impeditivos (36), modi-

se traduz na consecução dum resultado probatório sem a apresentação dum meio de prova nem qualquer actividade probatória (*idem*, ps. 481 (53) e 482 (54)), enquanto que a *presunção legal* (art. 350 CC) assenta numa actividade probatória (é provado, por um meio de prova, o facto que serve de base à ilação) e apela sempre a regras de experiência que, atendido o elevado grau de probabilidade ou verosimilhança da ligação concreta entre o facto provado e o facto probando, permitem dar este por assente (*idem*, ps. 279 (39) e 140 (23)). Ver também *infra*, II.6 (62), e *A acção declarativa*, cit., 14.3).

(34) Ter o ónus da prova não significa que se tenha o *exclusivo* da prova. Quer o tribunal oficiosamente (art. 265-3) quer a contraparte (art. 515) a podem também produzir. Ter o ónus da prova significa que é aconselhável ter a iniciativa da prova, a fim de evitar a consequência desfavorável da falta de prova. Por isso prefere alguma doutrina falar em *ónus de iniciativa da prova* (*infra*, II.6 (60)).

(35) A celebração duma compra e venda, a feitura do testamento de pessoa falecida, os actos configurativos da posse continuada durante o prazo da usucapião podem ser os factos constitutivos do direito de propriedade que o autor invoca. A celebração do empréstimo de certa quantia, os factos integrantes do vencimento da obrigação, a colisão de veículos culposamente causada podem ser os factos constitutivos do direito de crédito pecuniário invocado pelo autor. A deliberação social tomada com violação da lei ou do pacto social, a menoridade dum contraente, a declaração de se querer comprar o bem x quando, com conhecimento do vendedor, se queria comprar y podem ser os factos constitutivos do direito potestativo de anulação que o autor exerce. A celebração da compra e venda dum imóvel por documento particular, a fictícia celebração duma doação mediante acordo simulatório entre doador e donatário, a alteração gráfica dum documento autêntico podem ser os factos constitutivos da nulidade ou da falsidade que o autor pretende que seja declarada.

(36) O facto impeditivo inibe *ab initio*, ainda que com retroactividade, os efeitos do facto constitutivo. A figura foi criada em função da necessidade de resolver o problema do ónus da prova e a distinção entre o *facto impeditivo* e o *facto (não) constitutivo* nem sempre é fácil (cf. ADRIANO VAZ SERRA, *Provas*, Boletim do Ministério da Justiça, 110, ps. 126-128 e 132-151). Para a estabelecer, há que interpretar a norma de direito substantivo a aplicar e nela distinguir a *regra da excepção*; e, se da norma não resultar expressamente quem tem o ónus da prova dos factos que prevê (por exemplo, art. 505 CC), dever-se-á recorrer às máximas da experiência para determinar se estamos perante uma ocorrência *normal* (de que caberá fazer a prova a quem do efeito da norma se quer prevalecer) ou perante uma ocorrência *excepcional* (de que a contraparte terá o

ficativos ⁽³⁷⁾ ou extintivos ⁽³⁸⁾ dessa situação jurídica, ou os elementos impeditivos desse facto ⁽³⁹⁾, que fundam as *excepções peremptórias*.

ónus da prova). Para dar exemplos retirados da teoria geral do negócio jurídico, alega um facto impeditivo o réu que, confrontado com o pedido de condenação no cumprimento dum contrato, se defende dizendo que os efeitos do contrato não foram queridos entre as partes, entre si conluídas para o engano de terceiros, pelo que ele é nulo, que tinha, à data da celebração do contrato, menos de 18 anos e por isso o pretende anular por incapacidade, ou que queria adquirir um bem diverso do constante da sua declaração contratual, cujas características a parte contrária sabia serem-lhe essenciais, querendo por isso a anulação do contrato. Nos dois últimos casos, a identificação do facto impeditivo, con-traposto ao facto constitutivo (a celebração do contrato), não põe dificuldades de maior, dado a sua eficácia (anulatória) estar na exclusiva disponibilidade do réu (art. 287-1 CC), que, invocando-o, deduz uma *excepção em sentido próprio* (cf. CASTRO MENDES, *DPC*, cit., II, ps. 381-382, ADRIANO VAZ SERRA, *Compensação*, Boletim do Ministério da Justiça, 31, ps. 55-57, e *A confissão*, p. 29), que retroactivamente destrói os efeitos do facto constitutivo; fala, nestes casos, a doutrina alemã de *rechtschennende Tatsache*. No primeiro caso (simulação negocial, geradora de nulidade), trata-se já dum vício actual da situação jurídica do autor, que não chegou a constituir-se (CASTRO MENDES, *ibidem*; VAZ SERRA, cit., p. 58) e só a verificação da excepcionalidade da ocorrência (as declarações contratuais correspondem normalmente à vontade das partes, que querem os respectivos efeitos) é que permite configurar o facto impeditivo (cf. *A confissão*, p. 541 (42)); trata-se agora, para a doutrina alemã, dum *rechthindernde Tatsache* e a sua invocação pelo réu configura uma excepção em sentido impróprio ou *objecção*. Para outros exemplos: *A acção declarativa*, 7.5.3. Diversamente, constitui mera negação do facto constitutivo alegado pelo autor (a emissão das declarações contratuais), isto é, uma *impugnação* (art. 490), a alegação de que não foi respeitada a forma que a lei impõe para a compra e venda de bens imóveis: estando em causa um elemento essencial das declarações negociais, ao autor cabe a prova de que a escritura pública foi outorgada. Em crítica radical a estas categorias e critérios de distinção, hoje comumente aceites e sem alternativa credível à vista (cf. THOMAS KLICKA, *Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht*, Wien, 1995, p. 71); PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, Lex, 2000. A defesa da orientação tradicional não significa que, na operação da distribuição do ónus da prova, não se deva considerar, além da *estrutura* da norma de direito material, a sua *finalidade* (GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymans Verlag, 1995, p. 121).

⁽³⁷⁾ Por exemplo: um contrato reduzindo para 50 uma dívida de 100; um incêndio devido à força maior, que tenha destruído parte da coisa a prestar pelo réu (art. 793-1 CC); a constituição dum usufruto que reduziu à sua propriedade o direito invocado pelo autor.

⁽³⁸⁾ Por exemplo: o pagamento ou a ocorrência de outra causa de extinção das obrigações; a celebração dum contrato que transmitiu ao réu ou a terceiro o direito de propriedade invocado pelo autor.

⁽³⁹⁾ Em acção em que o autor pretende que seja reconhecida, sem mais, a vali-

Normalmente, ao autor (e ao réu reconvinde) cabe provar os factos constitutivos e ao réu (e ao autor reconvinde) os factos impeditivos, modificativos e extintivos, sem prejuízo de ao autor caber ainda a prova dos factos que impeçam, modifiquem ou extingam os efeitos dos que o réu alegue; mas nas acções de simples apreciação negativa dá-se o inverso (art. 343-1 CC). Assim, abstraindo destas últimas, se não for feita a prova dum facto constitutivo da situação jurídica, ou dum elemento do facto cuja existência o autor quer que seja declarada, o réu será absolvido do pedido; se não for feita a prova de nenhum facto impeditivo, modificativo ou extintivo da situação jurídica que o autor se arroga ou do facto cuja existência ele quer ver declarada, o réu será, desde que seja feita a prova do facto constitutivo, condenado no pedido (art. 516) ⁽⁴⁰⁾. Em qualquer dos casos, o tribunal profere uma *sentença de mérito*, isto é, uma decisão que, constituindo a resposta ao pedido formulado pelo autor, define as situações jurídicas das partes (ou dá por existente ou inexistente o facto), tal como o faria se tivesse chegado a uma certeza sobre a realidade (existência ou inexistência) de todos os factos alegados pelas partes. A diferença está em que, além, a sentença pode não se conformar à realidade dos factos (ocorrida, mas não provada) e, portanto, à existência efectiva das situações jurídicas definidas, enquanto que, aqui, a sentença é conforme a essa realidade (provada) e, portanto, às situações jurídicas existentes ⁽⁴¹⁾. Quando exista desconformidade, a sen-

dade dum contrato ou a genuinidade dum documento, constitui facto impeditivo, que o réu tem o encargo de provar; a invocação, respectivamente, de factos constitutivos dum causa de invalidade do contrato ou dum causa de falsidade do documento.

⁽⁴⁰⁾ Exemplo, finalmente, de factos que impeçam, modifiquem ou extingam os efeitos de factos, por sua vez, impeditivos, modificativos ou extintivos dos factos constitutivos alegados pelo autor, isto é, de factos integradores de *contra-excepções* (excepções a excepções), cuja prova cabe ao autor: em acção em que o autor queira fazer valer o direito de propriedade e em que o réu contra ele invoque a usucapião, alegando o autor, por sua vez, que o réu perante ele reconheceu o seu direito (art. 325 CC), ao autor cabe a prova deste facto; em acção de condenação no cumprimento de contrato, em que o réu invoque uma causa de anulabilidade, pode o autor alegar — e terá então o ónus de provar — que o réu, depois de cessado o vício que invocou, fez uma declaração confirmativa do negócio celebrado (art. 288 CC).

⁽⁴¹⁾ Salva sempre a possibilidade do erro de julgamento, aliás *juridicamente* apenas relevante para efeito de recurso e inverificável a partir do momento da decisão definitiva da causa.

tença acaba por não tutelar a situação jurídica que carecia da tutela judiciária.

Por outro lado, podem as partes, unilateralmente ou por acordo, pôr cobro a um processo pendente mediante negócio de auto-composição do litígio, com o que subtraem ao tribunal o poder de decidir a causa. Assim, pode o autor *desistir do pedido*, isto é, reconhecer que a pretensão que formulara é infundada, tal como pode o réu *confessar o pedido*, isto é, reconhecer o bem-fundado da pretensão formulada pelo autor (art. 293-1); e podem autor e réu *celebrar transacção*, isto é, acordar em concessões recíprocas para porem termo ao litígio (art. 1248 CC e art. 293-2). Também nestes casos se segue uma *sentença de mérito*, mas agora com natureza meramente homologatória, pois o tribunal limita-se a verificar se as partes no negócio eram capazes e tinham legitimidade para se ocupar do objecto negocial; bem como se este era disponível, só não homologando se se verificar incapacidade duma das partes ou indisponibilidade, subjectiva ou objectiva, do objecto (arts. 299-1 e 300-3). Havendo homologação, a sentença é proferida em conformidade com a vontade das partes e não mediante aplicação do direito objectivo aos factos provados, tutelando o direito subjectivo ou o interesse juridicamente protegido que, em conformidade, se verifique existir.

Além disso, por via de disposição legal que o permita ⁽⁴²⁾ ou, no campo do direito disponível, por acordo das partes, podem os tribunais — do Estado ou arbitrais ⁽⁴³⁾ — proferir um *julgamento de equidade* (art. 4 CC e art. 22 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto) e, quando o façam, não aplicam o direito objectivo ao caso concreto nem, consequentemente, verificam a existência do direito subjectivo, compondo o litígio sem recurso obrigatório à lei substantiva aplicável.

A constatação destes casos tem levado uma importante corrente doutrinária a dizer que a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos só *tendencialmente* constitui função do processo civil, sendo tão-só

⁽⁴²⁾ Assim, por exemplo, quando a lei atribui ao julgador o poder de fixar uma indemnização equitativa (arts. 339-2 CC, 489-1 CC, 496-3 CC, 566-3 CC), o poder de modificar equitativamente um contrato (art. 437-1 CC), o de reduzir uma cláusula penal (art. 812 CC) ou o de fixar o quinhão do sócio de indústria (art. 992-3 CC).

⁽⁴³⁾ A faculdade de as partes atribuírem aos tribunais do Estado o poder de decidirem segundo a equidade não usa ser exercida.

o meio normal, ao lado de outros, de compor os litígios ⁽⁴⁴⁾ e sendo a *justa composição do litígio* que constitui a função do processo civil ⁽⁴⁵⁾.

3.4. POSIÇÃO ADOPTADA

Todo o processo civil tem na sua base um conflito de interesses e visa a sua composição. Mas esta composição não pode fazer-se arbitrariamente ⁽⁴⁶⁾. Deixando de lado o julgamento equitativo, em todos os outros casos a sentença de mérito constitui um meio de tutela dos direitos subjectivos ⁽⁴⁷⁾ e é realizando esta tutela que os tribunais compõem os litígios que lhes são submetidos.

⁽⁴⁴⁾ CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, ps. 96-97 («preferencial e normalmente»).

⁽⁴⁵⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 245; CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, ps. 97-100. Para o primeiro, a auto-composição é justa porque a lei impõe limites à vontade das partes, vedando a auto-composição de litígios respeitantes a relações indisponíveis (art. 299-1), pelo que com ela se devem as partes conformar. Para o segundo, a composição é justa porque adequada à vontade das partes (CASTRO MENDES, *idem*, I, p. 183). A explicação não vale só para a auto-composição do litígio, mas também para a decisão segundo a equidade e, para quem a baseie — mal — na manifestação tácita duma «vontade» do réu (cf. LEBRE DE FREITAS, *A confissão*, cit., ps. 464 (8), 482 (55) e 497 (14)), para a cominação plena. Próximos da doutrina, prevalente na Itália, que vê a função processual na justa composição do litígio, estão os autores alemães que afirmam como fim do processo, ainda que juntamente com a tutela do direito (objectivo ou subjectivo), o restabelecimento da *paz jurídica* (SCHÖNKE, *Lehrbuch*, cit., p. 5; JÜRGEN COSTEDE, *Scheinprozesse*, Universität Göttingen, 1968, ps. 82 e 87; MANFRED WOLF, *Das Anerkenntnis im Prozessrecht*, Berlin, Müller, 1969, p. 30).

⁽⁴⁶⁾ Vai longe o tempo em que, como no antigo direito germânico, um litígio se decidia consoante o resultado dum jogo ou duma luta.

⁽⁴⁷⁾ No processo é verificado se o direito afirmado como existente na realidade existe: se existir, a tutela é conferida; se não existir, é negada. O mesmo quando a acção vise a verificação da existência dum facto jurídico, caso ao qual é facilmente adaptável o que se diz no texto. O que dizemos — e que seguidamente justificamos — abstrai do efeito cominatório pleno da revelia, que não passa duma aberração que a revisão de 1995-1996 visou suprimir. Na figura da cominação semi-plena, o vício do sistema está em assentar no silêncio da parte a prova do facto alegado pela parte contrária; mas, uma vez tida a admissão como um meio de prova, a definição do direito processa-se normalmente, subsumindo-se na norma jurídica abstracta os factos dados como provados.

Através da desistência do pedido, da confissão do pedido e da transacção, as partes dispõem da situação jurídica de direito substantivo afirmada em juízo, podendo ainda, no caso da transacção, constituir, modificar ou extinguir situações diversas dessa (art. 1248-2 CC). Estes actos dispostivos de direito civil determinam assim o conteúdo dos direitos e deveres das partes (em conformidade ou não com as situações jurídicas precedentes), que a subsequente homologação judicial vem tutelar, extinguindo o processo (tornado inútil pela supressão do litígio) e abrangendo-as na autoridade do caso julgado (*infra*, II.6.2). No momento de proferir a sentença homologatória, o juiz encontra-se assim perante as situações jurídicas definidas pelas partes. A tutela judiciária é, ainda aqui, tutela de situações jurídicas dela carecidas, já não porque necessitadas duma definição, mas porque à definição feita pelas partes falta a força do caso julgado (⁴⁸).

Quanto às regras da distribuição do ónus da prova, são, também elas, regras de direito substantivo (⁴⁹), tal como de direito substantivo é a

(⁴⁸) Seria diferente se a transacção, a confissão do pedido e a desistência do pedido fossem, em vez de negócios jurídicos privados, actos (ou negócios jurídicos) processuais ou se delas directamente resultasse a extinção do processo, sem a intermediação da sentença homologatória. A qualificação da confissão do pedido e da desistência do pedido como actos processuais é correntemente afirmada na doutrina germânica, para a qual a transacção é já, prevalentemente, um acto de dupla natureza (substantiva e processual) ou um acto misto de direito substantivo e de direito processual (cf. *A confissão*, ps. 412 e 414 (18)); entende-se que, no caso da transacção, a extinção do processo e a executibilidade resultam directamente do acto das partes, ainda que este não possa, pela sua natureza, revestir a força de caso julgado (ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, cit., ps. 814-815).

(⁴⁹) Já o vimos quanto à delimitação a fazer entre o facto constitutivo e o facto impeditivo (*supra*, nota 36): a análise da norma de direito substantivo, mediante a separação, no seu *Tatbestand*, daquilo que constitui a regra e daquilo que constitui a excepção, permite retirar dos elementos assim isolados as pretensões e as excepções processuais (para referências bibliográficas: LEBRE DE FREITAS, *A confissão*, cit., p. 210 (33)). Mais nítida ainda é a natureza substantiva da norma que fixa os efeitos modificativos ou extintivos dum facto jurídico. Não admira, pois, a colocação no Código Civil das normas relativas à distribuição do ónus da prova (arts. 342 a 345-1 CC). Aliás, em sistemas, como o alemão, em que a matéria da prova é toda regulada na lei de processo civil, incluindo as normas sobre a admissibilidade e a força probatória dos meios de prova (arts. 346 a 396 do nosso Código Civil), não deixam as regras de distribuição do ónus da prova de aparecer na lei civil e não na de processo.

figura do meio de prova (⁵⁰). O valor prático do direito subjectivo depende da prova, que confere certeza aos factos dos quais ele deriva (⁵¹). Um direito esvaziado da sua consistência prática, pela impossibilidade de demonstração da sua existência, equivale a um não-direito, como tal insusceptível de ser reconhecido por terceiros. Malgrado a prova do facto, o efeito que dele decorreria carece de juridicidade, pelo que, procedendo, em caso de dúvida insanável sobre a realidade dum facto, como se este não tivesse ocorrido, o juiz tutela as situações jurídicas das partes de acordo com a reconstrução dos factos que foi possível efectuar, não se podendo afirmar a possibilidade de existência dum desfasamento entre a realidade jurídica definida na sentença e uma realidade jurídica substantiva diversa (que, para o direito, é, para todos os efeitos, inexistente) (⁵²).

Também aqui o fim de tutela do direito (ou outra situação jurídica substantiva) se verifica, portanto.

Apenas, pois, a consideração do caso do julgamento de equidade, *maxime* arbitral, poderá levar a afirmar que, *ao lado* da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos (⁵³), também a composição dos litígios pode constituir uma finalidade *autónoma* do processo civil (⁵⁴).

(⁵⁰) Disso fizemos demonstração exaustiva em *A confissão*, cit., ps. 269-295, tomando posição numa polémica que já foi muito acesa.

(⁵¹) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, Coimbra, Arménio Amado, 1942, p. 505; ENRICO REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1957, II, p. 60. A prova condiciona a reconhecibilidade do facto por terceiros e, portanto, também o reconhecimento, fora do círculo dos que nele tenham tido intervenção, dos efeitos jurídicos que o facto é idóneo a produzir.

(⁵²) Diverso seria se a dúvida sobre a realidade dum facto constituísse prova do facto contrário àquele que a parte onerada não logrou provar (cf. *supra*, nota 33): a norma jurídica estatuidora desse efeito (verdadeira norma probatória) produziria então o desfasamento referido no texto, na medida em que, na realidade, o facto dado por provado não se prova. O que se diz no texto não deixa de ter aplicação aos casos em que a situação de dúvida a que se haja chegado resulte da perda dum prazo processual peremptório (*infra*, II.7), *maxime* do prazo para a proposição da prova (art. 512-1).

(⁵³) Esta tutela não se subordina, pois, à finalidade de composição dos litígios, como quer CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, ps. 96-97 e 128-129.

(⁵⁴) Poderia, mesmo assim, dizer-se que, quando a composição equitativa dos litígios tem lugar porque as partes assim quiseram, no campo do direito disponível, há, afinal, nestes casos (arbitragem voluntária segundo a equidade; julgamento pelo tribu-

Esta dualidade de funções vê-se, aliás, consagrada no art. 202-2 da Constituição ⁽⁵⁵⁾.

Fora da realização dessa função autónoma, a composição do conflito de interesses, que todo o processo civil pressupõe, faz-se sempre através da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, ambas (composição e tutela) se combinando assim na definição da função do processo civil.

3.5. DECISÃO DE MÉRITO E DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO DA INSTÂNCIA

A finalidade do processo não é alcançada, em nenhuma destas duas vertentes, quando, na acção declarativa, o tribunal não profere uma sentença de mérito ou, na acção executiva, não ordena as providências executivas por razão diferente da inexistência da obrigação exequenda, e o processo termina com uma sentença de absolvição da instância.

A sentença de mérito constitui, na acção declarativa, a resposta ao pedido formulado pelo autor. Pode ser de *condenação* (do réu) *no pedido* (a acção é procedente) ou de *absolvição* (do réu) *do pedido* (a acção improcede). Por outro lado, ao pedido do autor (exequente) responde o tribunal, na acção executiva, ordenando as providências adequadas ao caso (entrega de coisa; demolição de obra; penhora, venda e pagamento...) ou negando-as por ter sido verificada a inexistência da obrigação exequenda.

Mas, para que o tribunal se possa ocupar do mérito da causa (decidindo-a ou ordenando — ou negando — a execução), é necessário que

nal do Estado segundo a equidade) uma disposição *indirecta* dos direitos subjectivos; e que, quando ela tem lugar porque uma disposição legal o permite, é ainda esta lei que, em última análise, é pelos tribunais aplicada. Mas o argumento é forçado. Ele justificará antes a ideia de que a composição dos litígios é ainda uma composição feita de acordo com o direito, embora não aplicando as normas de conduta do direito positivo, isto é, uma composição *justa* (CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, p. 97).

⁽⁵⁵⁾ «Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (...) e dirimir os conflitos de interesses (...) privados».

se verifiquem determinadas condições, que constituem os *pressupostos processuais* ⁽⁵⁶⁾. Quando algum deles não se verifique, ocorre uma *excepção dilatória* e o juiz deve proferir uma sentença de *absolvição* (do réu) *da instância* (arts. 288-1 e 494), salvo se o processo dever ser remetido para outro tribunal ou a falta do pressuposto puder ser sanada (art. 288-2) ⁽⁵⁷⁾, ou ainda se, destinando-se a excepção dilatória a tutelar o interesse duma das partes (é o caso da falta de personalidade judiciária de sucursal, agência, filial, delegação ou representação, da incapacidade judiciária, da representação irregular, da falta de autorização ou deliberação, da falta de advogado: cf. arts. 8, 9, 23-1, 25, 32 e 60), nenhum outro motivo obstar, no momento da sua apreciação, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser inteiramente favorável a essa parte (art. 288-3) ⁽⁵⁸⁾. Quando é proferida a absolvição da ins-

⁽⁵⁶⁾ Os pressupostos processuais respeitam às partes (personalidade judiciária, capacidade e representação judiciária, patrocínio judiciário, interesse processual), ao tribunal (competência), ao objecto do processo (existência e ausência de contradição, não verificação de litispendência) e à relação entre as partes e o objecto (legitimidade processual): cf. CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, p. 105, e TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, cit., p. 74. Nos casos de cumulação de pedidos, dedução de pedido subsidiário e reconvenção, há pressupostos adicionais a considerar (*infra*, II.10.2.3, II.10 (13) e II.10.2.5). Discutível é que a não verificação do caso julgado constitua também um pressuposto processual (neste sentido, o art. 494-i, depois da revisão de 1995-1996). O título executivo constitui, na acção de execução, um pressuposto processual (cf. art. 45-1).

⁽⁵⁷⁾ De acordo com o art. 288-2, a absolvição da instância não tem lugar quando o processo deva ser remetido para outro tribunal e quando a falta do pressuposto tiver sido sanada. A primeira situação dá-se sempre no caso da incompetência relativa (art. 111-3) e, na incompetência absoluta, quando, sendo decretada depois dos articulados, as partes estejam de acordo em aproveitá-los (art. 105-2). A segunda situação só se dava, até à revisão de 1995-1996, quando a lei especificamente permitia a sanção; mas, no código revisito, a possibilidade de sanção e a imposição, para o efeito, da iniciativa oficiosa, sem prejuízo dos limites impostos pelo princípio dispositivo (cf. *infra*, II.6.6.2), são genericamente consagradas para todos os pressupostos, sem prejuízo de alguns, por sua própria natureza, não a admitirem (arts. 265-2 e 508-1-a), e especificamente reafirmadas relativamente a alguns (art. 31-A, relativo aos pressupostos da coligação; provenientes do regime anterior, os arts. 23, 25, 28-A-2 e 269-1). Os pressupostos são condições de regular constituição da instância (*infra*, II.2 (6)).

⁽⁵⁸⁾ É discutível a aplicação da norma, por via de interpretação extensiva, aos casos de litisconsórcio necessário, incluindo entre cônjuges (*infra*, II.10.2.2), em que a parte não tenha lançado mão do meio do art. 269. Estando então em causa o interesse de terceiro que, a intervir no processo, integraria uma *só parte processual* juntamente com o

tância, o resultado atingido não representa o atingir do fim do processo (⁵⁹), podendo, porém, ainda, para que este fim seja atingido, o autor mover nova acção contra o mesmo réu, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, isto é, repetir a causa (cf. art. 498-1), para nela conseguir a mesma decisão de mérito ou a realização das mesmas providências executivas de que a anterior não chegou a ocupar-se (⁶⁰).

3.6. A SIMULAÇÃO DO LITÍGIO

A função do processo civil seria frustrada se às partes fosse concedido ficcionar a existência dum litígio inexistente para obter uma sentença que, aparentemente tutelando direitos ou interesses legalmente protegidos, na realidade proporcionasse a obtenção dum resultado proibido por lei ou o engano de terceiros sobre as situações jurídicas das partes. A lei contém, por isso, dispositivos que visam evitar o desvio da função processual por via de simulação ou fraude.

Tem lugar a *simulação processual* quando as partes, de comum acordo, criam a aparência dum litígio inexistente para obter uma sentença cujo efeito apenas querem relativamente a terceiros, mas não entre si (⁶¹).

autor ou réu dele desacompanhado (art. 29), a consideração da paridade desse interesse com o deste pode, ao menos em certos casos, levar a defender a admissibilidade do proferimento da decisão de mérito favorável.

(⁵⁹) CASTRO MENDES, *DPC*, cit., I, p. 108.

(⁶⁰) Havendo sentença de absolvição da instância, não se produz o *caso julgado material*, privativo da decisão de mérito («decisão sobre a relação material controvertida»), mas apenas o *caso julgado formal*, que não obsta à repetição da causa, pois não se impõe fora do processo em que a sentença é proferida, mas só dentro dele (arts. 671-1, 672 e 497-1). Na acção executiva não se forma nunca o caso julgado material, sem prejuízo da possibilidade da sua formação nas acções declarativas que correm por apenso à acção executiva (*A acção executiva*, 20.1.4; também no meu artigo *Acção executiva e caso julgado*, Revista da Ordem dos Advogados, 1993, II, ps. 242 e ss.).

(⁶¹) A simulação negocial não se traduz tanto, como queria a doutrina tradicional, na divergência entre a vontade declarada e a vontade real (inexistente na simulação absoluta; com diverso conteúdo na simulação relativa) como na vontade (real) dos efeitos externos ou reflexos do negócio (*efeitos perante terceiros*) desacompanhada da vontade dos seus efeitos internos ou vinculativos (*efeitos entre as partes*); a sua nulidade é, não obstante esse conteúdo positivo da vontade real, consequência de as partes, ao separarem efei-

Tem lugar a *fraude processual* quando as partes, de comum acordo, criam a aparência dum litígio para obter uma sentença cujo efeito pretendem, mas que lesa um direito de terceiro (⁶²) ou viola uma lei imperativa (⁶³) (⁶⁴).

tos (internos e externos) que devem estar ligados, excederem o poder de autonomia que lhes é concedido pela lei (*A confissão*, p. 627 (4)). Paralelamente, na *simulação processual* as partes querem que o efeito da sentença se produza perante terceiros, mas não o querem entre si; como esta coisa não é lícita, simulam o litígio para o engano de terceiros, que serão levados a pensar que o autor, ganhando a acção, ou o réu, quando o autor a perca, quis este resultado para si. Assim, por exemplo, haverá simulação processual se A combinar com B mover-lhe uma acção de reivindicação do bem x, pertencente a B, mas que este quer evitar que apareça como seu perante C, credor de quem receia a proposição dum acção e a subsequente penhora (ou o prévio arresto) daquele bem, não obstante A e B combinarem que, ganha a acção por A, o bem continuará na posse de B, sem que A sobre ele pretenda (sempre nas suas relações com B) ter ou exercer qualquer direito.

(⁶²) No exemplo da nota anterior, supunha-se esta variante: A e B querem, em boa harmonia, conseguir através do processo o efeito da transmissão da propriedade do bem x do segundo para o primeiro, só não outorgando para o efeito uma escritura de compra e venda porque pretendem evitar que o credor C recorra, para a impugnar, ao meio da acção pauliana (art. 610 CC); estão até de acordo em que tudo se passe entre eles como se a transmissão da propriedade tivesse tido lugar na data em que A alega em juízo tê-la adquirido (de outro modo, o desfasamento entre o efeito acordado de transmissão presente e o efeito aparente de aquisição passada geraria uma simulação relativa). O prejuízo de terceiro pode, aliás, derivar da retroactividade acordada: supondo que A, ao proferir a acção, alega ter adquirido o bem x de B, mas há mais de 5 anos, quando é de hoje o acordo translativo entre ambos, pode assim visar-se impedir a C o recurso à acção pauliana tão-só por caducidade do seu direito de impugnação (art. 618 CC), quando, através dum negócio jurídico, A e B não podiam acordar na retroactividade do efeito real da compra e venda (art. 1317-a CC), mas apenas em efeitos obrigacionais correspondentes, entre as partes, a uma transmissão à data a que se pretendem reportar. Em qualquer dos casos, uma norma predisposta para a salvaguarda de interesses particulares (a que confere o direito de impugnação pauliana, a que estabelece para este direito o prazo de caducidade de 5 anos) é ofendida.

(⁶³) O art. 953 CC proíbe a doação entre determinadas pessoas (por exemplo, salvo em certas circunstâncias, entre pessoa casada e terceiro com quem ela mantenha relação sexual: art. 2196 CC). Se, para conseguir a transmissão que a lei não admite, for apresentada — e não seriamente contraditada — uma versão fáctica não correspondente à realidade, da qual resultaria que a coisa que se pretende doar pertence ao donatário, a vontade de ambas as partes de observarem a sentença a obter não impede que a simulação do litígio, mediante a alegação de factos que não se verificaram, configure a fraude processual.

(⁶⁴) O paralelismo entre a *fraude à lei* e a fraude processual é manifesto, em ambos os casos se procurando contornar a aplicação duma norma imperativa por um meio

A *simulação do litígio*, comum a ambas as figuras, passa quase sempre, mediante prévio acordo entre as partes, entre si conluídas, pela alegação, não contraditória ⁽⁶⁵⁾ ou apenas ficticiamente contraditória ⁽⁶⁶⁾, numa versão fáctica não correspondente à realidade ⁽⁶⁷⁾; mas, na variante da simulação processual, também pode consistir no acordo entre as partes em que o efeito que o autor declara pretender obter numa acção constitutiva não deverá valer entre elas, ainda que a fundamentação fáctica do pedido (base numa sentença de mérito favorável que ambas as partes pretendem que seja proferida) corresponda à realidade. Em todos os casos, o desvio consistente na pretensão de realização, por acordo entre ambas as partes, numa finalidade divergente da função do processo civil é essencial ao conceito de simulação ou de fraude processual. A alegação de factos que se sabe não se terem verificado e a omissão consciente de factos essenciais para a solução do litígio constituem *má fé processual* (art. 456-2-b), mas, ainda que nesta incorram ambas as partes e mesmo que o façam por acordo entre si, tal não basta para caracterizar aquele desvio funcional; paralelamente, a dedução de pretensão ou oposição

(negocial; judicial) que, em si considerado, não é ferido de ilicitude. Mas nem sempre a norma jurídica violada pela fraude processual é violável por fraude à lei: bastará, para tanto, que se esteja perante um efeito jurídico só atingível através do processo (MARCELLO DELLA VALLE, *Fraude (processo fraudolento)*, Enciclopedia del diritto, XXII, p. 90).

⁽⁶⁵⁾ O autor alega factos que não se verificaram e o réu não os impugna, com o efeito, no campo do direito disponível, de tais factos ficarem assentes (arts. 484-1 e 490-2).

⁽⁶⁶⁾ O autor alega factos que não se verificaram e o réu contesta, impugnando-os, dentro ou fora do campo do direito disponível; mas seguidamente o réu deixa que o autor prove os factos que alegou. A hipótese inversa pode dar-se, *maxime* no campo do direito indisponível: o autor alega factos verdadeiros, que o réu impugna ou não se estiver no campo do direito indisponível, ou que impugna se se estiver na esfera da disponibilidade das partes; seguidamente, as partes, conluídas, procedem por forma a que o autor não prove os factos que alegou, assim perdendo a acção e formando-se caso julgado. Uma situação deste último tipo (o conluio entre a mãe e o pai do menor, com ela não casado, para a propositura duma acção de investigação de paternidade que a mãe do menor, em representação deste, perderá, em prejuízo do menor) esteve na origem histórica dos arts. 778-3 e 780-3 (atribuição ao incapaz da qualidade de terceiro, para o efeito de recorrer extraordinariamente até um ano após a cessação da incapacidade: JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, reedição de 1981, p. 423).

⁽⁶⁷⁾ Autores há que restringem a estes casos a simulação do litígio (cf. A *confissão*, p. 644 (23)).

cujas falta de fundamento se conhece e o uso unilateral do processo com o fim de se conseguir um objectivo ilegal, de entorpecer a acção da justiça ou de impedir a descoberta da verdade constituem também *má fé processual* (art. 456-2, als. a e d), mas, por falta do *acordo para a realização dum fim anormal*, não constituem simulação ou fraude processual.

Quando o juiz se apercebe da simulação ou da fraude processual ⁽⁶⁸⁾, deve obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes (art. 665), *anulando officiosamente o processo* ⁽⁶⁹⁾. E quando, por não se ter apercebido do desvio funcional, o juiz tiver proferido uma decisão de mérito, o terceiro que com ela tenha sido prejudicado pode, nos casos de simulação ou de fraude a uma lei predisposta para a salvaguarda de interesses particulares, impugná-la, sem que a isso obste o trânsito em julgado ⁽⁷⁰⁾, mediante *recurso de oposição de terceiro* (art. 778-1).

⁽⁶⁸⁾ «Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei». A primeira parte da previsão legal (prática de acto simulado) deve ser interpretada extensivamente, de molde a nela caberem, não só os casos de simulação propriamente dita, mas também os de fraude a uma lei predisposta para a salvaguarda de interesses particulares. Na segunda parte (fim proibido por lei) cabem os casos de fraude a uma lei predisposta no interesse geral. É que apenas aquela primeira parte constitui a previsão do art. 778-1 (litígio assente sobre um acto simulado das partes com prejuízo objectivo de terceiro) e quer a simulação propriamente dita quer o primeiro tipo de fraude deverão dar lugar à recorribilidade da sentença por *oposição de terceiro* (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Simulação, força probatória dos documentos, validade de contrato de arrendamento*, Colectânea de Jurisprudência, 1991, I, p. 643 (23)).

⁽⁶⁹⁾ ALBERTO DOS REIS, *CPC*, cit., V, p. 103; MANUEL DE ANDRADE, *Noções*, cit., p. 283; ANTUNES VARELA, *Manual*, cit., ps. 696-697.

⁽⁷⁰⁾ O trânsito em julgado da sentença ocorre quando esta já não é passível de reclamação ou recurso ordinário. Mas o recurso extraordinário de oposição de terceiro pode ter lugar no prazo de 3 meses sobre o trânsito em julgado da acção de simulação (em sentido lato, englobando o primeiro tipo de fraude referido *supra*, nota 68) e esta pode ser proposta no prazo de 5 anos posterior ao trânsito em julgado da sentença recorrida, sem prejuízo do caso especial do incapaz (art. 780).