

DA NULIDADE DA DECLARAÇÃO DE DESERÇÃO DA INSTÂNCIA SEM PRECEDÊNCIA DE ADVERTÊNCIA À PARTE

Por José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

1. No CPC de 1961. 2. No CPC de 2013. 3. Os princípios gerais na interpretação do art. 281.º-1, CPC. 4. A consequência da nulidade.

1. No CPC de 1961

A deserção da instância constitui uma das causas de extinção da instância (art. 277.º-*c*, CPC). Era também assim nos CPC de 1939 e de 1961, onde, porém, tinha como pressuposto (agora desaparecido) uma anterior interrupção da instância.

No CPC de 1939 e, no de 1961, até à revisão de 1995-1996, impendia sobre o autor o *onus de impulso processual subsequente*, de acordo com o qual “o desenvolvimento do processo tem de ser continuamente estimulado pelas partes”(1). Já ALBERTO DOS REIS dizia, porém, que, apesar de incumbir “ao autor e ao réu, e principalmente ao primeiro, exercer a atividade necessária para que o processo siga os seus termos”, tal não quer dizer que a atitude do juiz seja de “inércia e passividade”(2). Mas, nomeadamente no campo da *citação*, a prática, embora rigorosamente a lei não a impusesse, era no sentido de, sempre que fosse encontrado um obstáculo à

(1) MANUEL DE ANDRADE, *Noções de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, p. 360.

(2) Comentário ao art. 266.º do CPC anotado.

sua realização, ter o autor de requerer a diligência adequada para o remover, ainda que só ao tribunal coubesse promovê-la⁽³⁾.

A situação alterou-se com a revisão de 1995-1996 do CPC de 1961, que passou, no então art. 265.º-1, a referir apenas o “ônus de impulso *especialmente* imposto pela lei às partes” e a fazer incidir sobre o juiz a incumbência de providenciar pelo andamento do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que seja impertinente ou meramente dilatório — norma que passou para o art. 6.º-1 do CPC atual. Assim, na falta duma *lei especial* que lho imponha relativamente a determinado ato, o autor não tem que impulsionar a instância; e, no caso específico da citação, houve o cuidado de expressamente determinar que incumbe à secretaria a promoção *oficiosa* das diligências adequadas à efetivação da citação pessoal do réu e à rápida remoção das dificuldades que obstem à realização do ato (art. 234.º-1 — atual art. 226.º-1).

Voltemos ao regime da deserção da instância anterior à revisão de 1995-1996. Dava-se a *interrupção* da instância quando o processo estivesse parado durante mais de um ano por negligência das partes em promover os seus termos, ou os de algum incidente de que dependesse o seu andamento (art. 290.º do CPC de 1939; art. 285.º do CPC de 1961), e tinha lugar a *deserção* da instância ao fim de 5 anos de interrupção (art. 296.º do CPC de 1939; art. 291.º do CPC de 1961); era facultado ao autor fazer cessar a interrupção, requerendo algum ato do processo ou do incidente de que dependesse o andamento dele (art. 291.º do CPC de 1939; art. 286.º do CPC de 1961)⁽⁴⁾. No CPC de 1939, ao fim de 5 anos de interrupção da instância, a deserção era *declarada pelo juiz*, sem o que não se produzia⁽⁵⁾; no CPC de 1961, terminados os 5 anos, a deserção dava-se *automaticamente*, não sendo preciso despacho judicial, mas o prazo de 5 anos contava a partir da notificação do *despacho* que declarava a instância interrompida, pelo que este despacho era necessário para a produção dos efeitos processuais (já não dos efeitos substantivos)⁽⁶⁾ da interrupção⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Projeto de Código de Processo Civil*, Revista da Ordem dos Advogados, 1990, III, p. 763.

⁽⁴⁾ Com uma diferença importante no regime de um e outro código: no de 1939 os próprios efeitos civis da prescrição e da caducidade deixavam de se verificar quando cessasse a interrupção pela declaração do autor de querer a continuação do processo, a menos que o réu se antecipasse a invocar a prescrição ou a caducidade; no de 1961 os efeitos de direito civil da caducidade mantinham-se, enquanto os da prescrição, depois de 1967, ficaram sujeitos ao regime definido no Código Civil.

⁽⁵⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado*, comentário ao art. 296.º. Em consequência, *enquanto a instância não fosse declarada extinta, as partes podiam dar impulso ao processo* (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, III, p. 440).

⁽⁶⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário*, *cit.*, III, p. 342.

⁽⁷⁾ Ver, por exemplo, os acs. do TRE de 12.3.98 (JOSÉ GERALDES DE CARVALHO) e de 17.11.98 (FERNANDO BENTO), respetivamente em *BMJ*, 475, p. 799, e *CJ*, 1998, V, p. 263.

A revisão de 1995-1996 do CPC de 1961 manteve incólume a norma sobre a interrupção da instância. Mas, atendendo a que o autor deixou de ter, em geral, o ónus do impulso subsequente, pôs-se o problema de saber se, quando, não obstante a parte não ter o ónus, o juiz determinasse que o processo ficaria aguardando determinado ato da parte, o prazo de um ano contaria *a partir da notificação desse despacho* e a interrupção se produziria *automaticamente* com o seu decurso. Quanto à citada norma sobre a deserção, a revisão de 1995-1996 limitou-se a encurtar de 5 para 2 anos o período de interrupção a ela conducente.

Entretanto, foi-se consolidando a jurisprudência no sentido de que a interrupção da instância dependia de *despacho judicial*, pois as razões da paralisação deviam ser apreciadas pelo julgador⁽⁸⁾, embora se entendesse bastar um despacho que mandasse aguardar o decurso do prazo da interrupção, por conter uma decisão implícita⁽⁹⁾. Era, porém, controvertido se o despacho tinha natureza *constitutiva*, só com a sua notificação se *iniciando* o cômputo do prazo conducente à interrupção, ou natureza *declarativa*, limitando-se a *alertar* a parte para a pendência do prazo já iniciado⁽¹⁰⁾.

(8) Acs. do STJ de 13.5.03 (MOREIRA ALVES), <www.dgsi.pt>, proc. 03A584, de 15.6.04 (SILVA SALAZAR), <www.dgsi.pt>, proc. 04A1992, de 8.6.06 (SEBASTIÃO PÓVOAS), <www.dgsi.pt>, proc. 06A1519, e de 28.2.08 (SALVADOR DA COSTA), <www.dgsi.pt>, proc. 08B520.

(9) Ac. do STJ de 14.9.06, DUARTE SOARES, <www.dgsi.pt>, proc. 06B2400.

(10) No primeiro sentido: acs. do STJ de 12.1.99 (RIBEIRO COELHO), *BMJ*, 483, p. 167, de 30.10.02 (DUARTE SOARES), <www.dgsi.pt>, 02P2756, de 15.6.04 (SILVA SALAZAR), <www.dgsi.pt>, proc. 04A1992, e de 8.6.06 (SEBASTIÃO PÓVOAS), <www.dgsi.pt>, proc. 06A1519. No segundo sentido: acs do STJ de 2.12.93 (MIGUEL MONTENEGRO), <www.dgsi.pt>, proc. 084236), de 13.5.03 (MOREIRA ALVES), <www.dgsi.pt>, proc. 03A584, de 31.1.07 (GIL ROQUE), <www.dgsi.pt>, proc. 06B3632, de 28.2.08 (SALVADOR DA COSTA), <www.dgsi.pt>, proc. 08B520, e de 12.2.09 (SILVA SALAZAR), <www.dgsi.pt>, proc. 09A0150). Quanto à deserção, era pacífico que operava *ope legis*. A diferença entre os regimes da interrupção e da deserção retirava-se, literalmente, da diferente redação dos arts. 285.º (“A instância interrompe-se, quando o processo estiver parado durante mais de um ano por negligência das partes em promover os seus termos ou os de algum incidente do qual dependa o seu andamento”) e 291.º-1 (“Considera-se deserta a instância, independentemente de qualquer decisão judicial, quando esteja interrompida durante dois anos”). Ver os bem documentados acs. do TRC de 14.12.10 (GREGÓRIO SILVA JESUS), <www.dgsi.pt>, proc. 48/2000.C2, e do TRG de 13.10.11 (ANTERO VEIGA), <www.dgsi.pt>, proc. 1789/03.0TBESP.G1. Embora as razões adiante deduzidas, por decorrência dos princípios gerais a respeitar, apontassem já para a maior adequação da primeira interpretação, a segunda era defensável com o argumento de que, abstraindo dos efeitos civis da caducidade, uma decisão de natureza declarativa sempre poria o autor de sobreaviso para as consequências do decurso dos subsequentes dois anos de interrupção, realizando a função admonitória a que a seguir me refiro. Aliás, continuava a entender-se que o prazo para a deserção se contava *a partir do despacho que declarasse a interrupção* (acs. do TRG de 13.10.11, <www.dgsi.pt>, proc. 1789/03).

2. No CPC de 2013

No novo código, seis meses de negligência do andamento do processo, quando ele dependa do impulso processual das partes, bastam para que a deserção *diretamente* ocorra. Este drástico encurtamento do período a decorrer até à extinção da instância (de 3 anos para 6 meses) acentua a finalidade de promoção da celeridade processual, que passa por evitar que os processos se conservem pendentes sem qualquer movimentação, nomeadamente mantendo a eles ligada a parte não onerada com o impulso processual⁽¹¹⁾. Mas, por outro lado, este encurtamento obriga a particulares cautelas na interpretação do art. 281.º-1, CPC, e força (para além da razão decorrente da necessidade de apreciação do requisito da negligência da parte) a que não seja dispensável um despacho judicial a *alertar* previamente a parte para o risco de ocorrência da deserção da instância.

Para a sua necessidade apontam logo, aliás, três elementos literais: contrariamente à norma do art. 291.º-1 do CPC de 1961, mas em termos semelhantes aos da do art. 285.º do mesmo código, a norma do n.º 1 do art. 281.º não contém o segmento “*independentemente de qualquer decisão judicial*”; esta expressão aparece, ao invés, no n.º 5 do mesmo artigo, segundo o qual a deserção opera na ação executiva independentemente de decisão judicial, sendo que esta situação aparece ressalvada, como excepcional, no n.º 1 (“sem prejuízo do n.º 5”); o n.º 4 do art. 281.º determina que a deserção seja *julgada* no tribunal onde se verifique a falta. Estes elementos tornam indiscutível a necessidade de despacho judicial, subsis-

⁽¹¹⁾ Paralelamente, as normas dos arts. 156.º, CPC, n.ºs 4 e 5 (atuações compulsórias que têm como escopo o cumprimento dos prazos dos magistrados), e 162.º, CPC, n.ºs 4 e 5 (*idem*, relativamente aos prazos da secretaria), têm finalidade semelhante. Trata-se de realizar uma *função compulsória*, de natureza semelhante àquela que, no direito civil, realiza a sanção pecuniária do art. 829.º-A CC: à ordem jurídica interessa que seja praticado determinado ato processual, assegurando o prosseguimento do processo. Por isso não faz sentido declarar deserta a instância depois de praticado, pela parte, *sponte sua* e ainda que após o decurso do prazo de seis meses do art. 281.º-1 CPC, o ato cuja omissão tenha estado na origem da paragem do processo. Já assim, embora perante prazos bem mais longos, em JOSÉ ALBERTO DOS REIS (cf. nota 5 *supra*). E assim tem sido entendido nos tribunais, como se vê, por último, nos acs. do TRG de 30.4.15 (JOSÉ ESTELITA DE MENDONÇA), <www.dgsi.pt>, proc. 230/11, e do TRC de 16.3.16 (ARLINDO OLIVEIRA), <www.dgsi.pt>, pproc. 131/04, e de 17.5.16 (FONTE RAMOS), <www.dgsi.pt>, proc. 2/14. Conseguida a finalidade compulsória, a subordinação do processo civil à função de realização dos direitos materiais (sempre frustrada quando, em vez dela, o processo desemboca numa decisão meramente processual) impõe que o ato seja aproveitado e o processo prossiga. Algo de semelhante se dirá se, depois de decorrido o prazo de seis meses do art. 281.º-1 CPC, forem praticados no processo atos do tribunal (do juiz ou da secretaria) que importem o prosseguimento do processo (PAULO RAMOS DE FARIA, *O julgamento da deserção da instância declarativa/Breve roteiro jurisprudencial*, Julgar, Abril 2015, n.º 4.4, pp. 15 e 16).

tindo a questão de saber se de natureza constitutiva ou meramente declarativa, nas aceções da jurisprudência anteriormente formada.

Desaparecida a figura da interrupção da instância, a primeira solução, consistente em contar o prazo de 6 meses desde a notificação dum despacho judicial que alerte para as consequências do seu decurso sem a prática do ato com que a parte é onerada, equivale, *sob o prisma da extinção da instância*, à configuração como declarativo do despacho de interrupção da instância no direito anterior: a parte fica alertada para a cominação que se lhe aplicará se não impulsionar o processo dentro desse prazo. Goza, além disso, das vantagens que apresentava a configuração como constitutivo do anterior despacho de interrupção da instância quando considerados os *efeitos de direito civil* que eram próprios da interrupção (e que agora passaram a ser consequência da deserção, por devida adaptação do disposto no art. 332.º-2, CC)⁽¹²⁾.

Mas a segunda solução previne também a possibilidade destes efeitos desvantajosos se se entender que, embora o prazo de 6 meses se inicie automaticamente, os efeitos do seu decurso integral não se produzem sem uma prévia *advertência* judicial, que deve ter lugar antes de terminado o prazo, sob pena de *nulidade*⁽¹³⁾, ou implicará que o ato possa ser ainda praticado dentro dum *prazo adicional* que o tribunal razoavelmente fixe⁽¹⁴⁾.

(12) O prazo de caducidade do direito tem-se por suspenso com a propositura da ação, retomando a partir da deserção da instância. Na 1.ª (1998) e na 2.ª ed. (2008) do meu (com outros) *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, I, n.º 2 da anotação ao art. 291.º (do CPC de 1961), entendi que a deserção operava sem necessidade de despacho judicial. Mas, perante a supressão da figura da interrupção no CPC de 2013, passei a entender que um despacho prévio com efeito constitutivo da deserção é indispensável, dado o drástico encurtamento do prazo conducente à deserção (*CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.º 2 da anotação ao art. 281.º).

(13) Ac. do TRL de 20.12.16 (LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA), <www.dgsi.pt>, proc. 3422/15, que só não pôde considerar verificada a nulidade decorrente da omissão desse despacho por o autor não a ter arguido nos termos dos arts. 195.º e ss, limitando-se a invocá-la (diretamente) em recurso. Também o ac. do TRL de 9.7.15 (MARIA TERESA ALBUQUERQUE), <www.dgsi.pt>, proc. 886/06, entende que a deserção da instância não pode ser declarada sem essa prévia advertência, tendo julgado procedente a nulidade invocada em virtude da sua falta.

(14) Ac. do TRL de 26.2.15 (ONDINA CARMO ALVES), <www.dgsi.pt>, proc. 2254/10, que fixou 15 dias para o efeito. Em PAULO RAMOS DE FÁRIA, *cit.*, n.º 5.2 (p. 18), lê-se que o prazo será de 10 dias, se outro o juiz não fixar, o que também entendeu o ac. do TRP de 2.2.15 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES), proc. 4178/12.

3. Os princípios gerais na interpretação do art. 281.º-1, CPC

Constitui imperativo constitucional que os tribunais assegurem a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, o que implica o *primado da decisão de mérito* na decisão dos conflitos de interesses privados (art. 203.º-2 da Constituição da República).

Dáí decorre que a composição dos litígios por modo diverso da *aplicação da lei material ao caso concreto* (art. 203.º da Constituição da República) só constitui finalidade autónoma do processo civil no julgamento de equidade⁽¹⁵⁾ e que, mesmo quando falte um pressuposto processual, o tribunal deve promover a sua sanção (art. 6.º-2, CPC), bem como dele prescindir quando, no momento da sua apreciação, nenhum outro motivo obste ao conhecimento de mérito e a decisão deva ser inteiramente favorável à parte cujo interesse a exceção dilatória se destine a tutelar (art. 278.º-3, CPC).

Pela mesma razão, o direito de defesa postula o tempero da rigidez das preclusões e cominações decorrentes da revelia⁽¹⁶⁾ e os princípios da preclusão e da autorresponsabilidade das partes são temperados por deveres de cooperação entre elas e o tribunal, para que o processo realize a sua função (de tutela dos direitos subjetivos e dos interesses legalmente protegidos) com brevidade e eficácia (art. 7.º-1, CPC). Este *princípio da cooperação*, finalmente introduzido no CPC de 1961 em 1995-1996, aparece acentuado no CPC de 2013 no que respeita aos deveres do juiz⁽¹⁷⁾, entre os quais o *dever de prevenção*⁽¹⁸⁾.

A *advertência* às partes das possíveis consequências desvantajosas de certas atuações (cf. arts. 590.º-4, CPC e 591.º-c, CPC) e a própria garantia, pelo juiz, dum contraditório efetivo (art. 3.º-3, CPC) são manifestações também deste dever de cooperação. O mesmo se pode dizer da imposição

⁽¹⁵⁾ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.ºs I.3.4.

⁽¹⁶⁾ *Idem*, n.ºs I.2.31 e I.2.3.4.

⁽¹⁷⁾ Assim, por exemplo, no art. 590.º-4, CPC quanto ao poder, agora *vinculado*, de convidar a aperfeiçoar os articulados, ou no art. 6.º-1, CPC, quanto à direção formal do processo (“cumpre ao juiz ...”). A cooperação era já afirmada como dever geral do juiz, desde a revisão de 1995-1996, no art. 265 do CPC de 1961, de cujo n.º 1 foi transposta a regra do art. 7.º-1 do atual código.

⁽¹⁸⁾ Sobre ele: TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 66. Em *Jurisprudência (75)* — Teixeira de Sousa, <<https://blogippc.blogspot.pt/>>, este autor aplica o dever de prevenção ao caso da deserção da instância, entendendo que o juiz deve prevenir a parte quando, por exemplo, ela “tiver demonstrado, pelo seu anterior comportamento processual, que está interessada na continuação do processo e se, por isso, for surpreendente a falta de impulso processual”.

de *transparência* nos atos de comunicação entre o tribunal e as partes (cf., por exemplo, os arts. 131.º-4 e 219.º-3 do CPC), as garantias destas perante as omissões e erros do tribunal (cf. arts. 157.º-6 e 191.º, n.ºs 2 e 3, do CPC) e a imposição das formalidades a observar no ato de citação (art. 227.º, CPC).

Fora do Direito Processual Civil, a imposição ao credor da fixação ao devedor dum prazo admonitório antes de poder invocar o incumprimento definitivo do contrato, apesar da mora já ocorrida (art. 808.º-1, CC), a concessão ao promitente perante o qual foi feita a resolução do contrato da faculdade de excepcionar ainda a vontade de o cumprir (art. 830.º-5, CC) ou o dever de supressão oficiosa, pelos órgãos e agentes administrativos, das deficiências dos requerimentos dos interessados, a fim de evitar que estes sofram prejuízos decorrentes de irregularidades ou imperfeições (art. 76.º-2, CPA), são manifestações paralelas dum *princípio geral do sistema jurídico* que limita as consequências desvantajosas dos atos e omissões dos sujeitos de direito com o fim de lhes possibilitar ainda a efetivação dos seus direitos. Ora, ao longo dos anos, este princípio geral tem sido *progressivamente acentuado* na lei processual e na sua interpretação. Com ele de modo algum se conciliam interpretações da lei que, longe de se inserirem no percurso histórico atrás sumariado, recuam a soluções há muito afastadas⁽¹⁹⁾.

O despacho judicial que advirta a parte para a possibilidade da deserção da instância não é, pois, dispensável, quer se entenda que só a partir dele correm os seis meses do art. 281.º-1, CPC, quer se entenda que basta que o juiz o profira, no decurso desse prazo ou depois dele concluído, desde que a parte tenha a possibilidade de praticar seguidamente o ato omitido⁽²⁰⁾. A jurisprudência, acima referida, que se tem formado em torno da interpretação do art. 281.º-1, CPC, na linha da anterior interpretação dominante do art. 285.º do CPC de 1961, é, pois, aquela que se conforma com a Constituição da República e com os princípios gerais do atual sistema do processo civil português.

A norma do art. 281.º-1, CPC, tem assim sete requisitos, dos quais seis evidenciados na letra do seu texto e o último decorrente da sua interpretação à luz dos referidos princípios gerais:

⁽¹⁹⁾ Veja-se, designadamente, as notas 4 e 5 *supra*, bem como os cuidados havidos, na vigência do CPC de 1961, com a interpretação do regime da interrupção da instância.

⁽²⁰⁾ Para PAULO RAMOS DE FARIA, *cit.*, n.º 5 (pp. 16 a 18), violado este dever de prevenção do juiz, a decisão que declare deserta a instância constitui uma *decisão-surpresa*, não afastada com o contraditório subsequente à deserção, chegando ele assim, com outro fundamento, a um resultado idêntico (a subsequente nulidade).

1. Que lei especial, ou o tribunal por despacho de adequação formal do processo, imponha à parte um ónus de impulso processual subsequente;
2. Que o ato que a parte deva praticar seja por ela omitido;
3. Que o processo fique parado em consequência dessa omissão;
4. Que a omissão se prolongue durante mais de seis meses;
5. Que o processo se mantenha, por isso, parado durante este período de tempo;
6. Que a omissão seja imputável à parte, por dolo ou negligência;
7. Que o juiz alerte a parte onerada para a deserção da instância que ocorrerá se o ato não for praticado (segundo a corrente mais exigente, só a partir da notificação deste despacho de advertência se contando os seis meses).

4. A consequência da nulidade

Ocorrendo os sete requisitos da norma do art. 281.º-1, CPC, que acabam de ser apontados, o juiz julga deserta a instância.

Ocorrendo os seis primeiros requisitos, mas não sendo feita a advertência judicial à parte, se o juiz proferir o despacho a declarar deserta a instância, verifica-se a omissão de um ato que devia ser praticado antes dessa declaração, pelo que este é *nulo* nos termos do art. 195.º-1, CPC: o ato processual da notificação à parte constitui *pressuposto* do despacho de deserção.

Não é que os outros requisitos não sejam também pressupostos do ato jurisdicional de declaração da deserção da instância; mas só esse constitui a prática dum ato processual e é por isso o único cuja falta integra o conceito de nulidade processual do art. 195.º-1, CPC, que tem como referência a *sequência processual* e como elemento definidor (fora a omissão de formalidades), não só a prática dum ato totalmente proibido ou a omissão dum ato necessário do processo, mas também o desrespeito pelo *momento processual* em que o ato pode ou deve ser praticado⁽²¹⁾: a lei, na interpre-

(21) LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, I, n.º 2 da anotação ao art. 195.º. Para determinar a ocorrência da nulidade consistente na prática dum ato processual, há que verificar se a forma do processo em que o ato foi praticado o consentia *naquele momento sequencial* (LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.º 1.2.3, p. 23).

tação acabada de fazer, só admite que o despacho de deserção seja proferido depois da advertência à parte. A prolação do despacho de deserção sem que se verifiquem os seis restantes pressupostos fere-o, sem dúvida, de nulidade à luz do conceito geral do direito civil (art. 294.º, CC), mas processualmente tal constitui um *erro de julgamento*, só sindicável em recurso.