

NOTAS BREVES SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2013

Pelo Prof. Doutor. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

SUMÁRIO:

1. Generalidades. 2. As disposições transitórias. 3. As formas de processo. 4. Os procedimentos cautelares. 5. O novo regime da prova. 6. Os articulados. 7. A gestão inicial do processo e a audiência prévia. 7.1. Generalidades. 7.2. O despacho pré-saneador. 7.3. A audiência prévia e a sua substituição. 7.4. A tentativa de conciliação. 7.5. O despacho saneador. 7.6. O despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a fixar os temas de prova. 7.7. O despacho sobre as reclamações. 8. Da audiência final. 9. Conclusão.

1. Generalidades

Através da Lei 41/2013, de 26 de Junho, foi aprovado o Novo Código de Processo Civil. Uma reforma do processo civil talvez fosse justificada, uma vez que o actual Código de 1961 — que no fundo não passava de uma reforma do Código de 1939 — era já uma manta de retalhos tão grande que se justificava plenamente uma reforma. O que não se justificava seguramente era este tipo de reforma, que constitui uma reforma feita à pressão, sem qualquer discussão pública digna desse nome, e que parece ter sido lançada apenas para perturbar o trabalho dos advogados e magistrados. Ire-

mos examinar brevemente algumas questões que nos surgiram ao longo do seu exame.

2. As disposições transitórias

O legislador estava tão ansioso que a reforma que produziu entrasse imediatamente em vigor que no art. 5.º manda aplicá-la imediatamente às acções declarativas pendentes (art. 5.º, n.º 1, Lei 41/2013). No entanto, tal aplicação não ocorre se o processo estiver na fase dos articulados (art. 5.º, n.º 3, Lei 41/2013), onde continua a ser obrigatória a notificação para apresentação das provas, terminada esta fase (art. 5.º, n.º 4, Lei 41/2013). Da mesma forma, se tiver sido requerida a intervenção do Tribunal Colectivo, o julgamento continua a ser realizado por este Tribunal (art. 5.º, n.º 5, Lei 41/2013). E por último até à entrada em vigor da Lei de Organização do Sistema Judiciário, mantém-se em vigor a competência do juiz de círculo (art. 5.º, n.º 6, Lei 41/2013). Temos assim um Código que se aplica em parte aos processos em curso, mas noutra parte não.

O legislador está, porém, plenamente consciente da confusão que vai ser causada pelo Código, tanto assim que obriga o juiz durante um ano a corrigir os erros das partes e dos mandatários. Efectivamente, o art. 3.º da Lei 41/2013 dispõe o seguinte;

Artigo 3.º

Intervenção oficiosa do juiz

No decurso do primeiro ano subsequente à entrada em vigor da presente lei:

a) O juiz corrige ou convida a parte a corrigir o erro sobre o regime legal aplicável por força da aplicação das normas transitórias previstas na presente lei;

b) Quando da leitura dos articulados, requerimentos ou demais peças processuais resulte que a parte age em erro sobre o conteúdo do regime processual aplicável, podendo vir a praticar ato não admissível ou omitir ato que seja devido, deve o juiz, quando aquela prática ou omissão ainda sejam evitáveis, promover a superação do equívoco.

O que daqui resulta é que o legislador sabe perfeitamente que este Código deveria ter uma *vacatio legis* mínima de um ano, uma vez que os profissionais ainda não tiveram tempo para se adaptar à reforma. Mas, devido à pressão com que se fez esta e outras reformas, concede-se às partes o período de um ano em que podem praticar no processo erros sobre o próprio regime processual aplicável (!) que o juiz os corrigirá. Ou seja, o novo Código entra em vigor, mas se as partes quiserem continuar a seguir o antigo durante um ano, podem fazê-lo sem qualquer consequência. Isto seria cómico se não fosse trágico.

3. As formas de processo

Algo que merece ser imediatamente salientado é o desaparecimento das formas de processo sumário e sumaríssimo, passando a existir apenas a distinção entre processo comum e especial (art. 546.º). Não se julgue, porém, que tal implica que os processos passem a ser todos sujeitos a uma tramitação única, uma vez que o art. 547.º estabelece que “*o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo*” (art. 547.º). Daqui resulta um considerável alargamento do princípio da adequação formal previsto no art. 265.º-A do Código anterior, sendo de salientar que a adequação formal é obrigatória, tendo que ser decidida na audiência prévia (art. 591.º, n.º 1, e)) ou num dos despachos que a substitui (art. 593.º, n.º 2, b)).

Daqui resulta que em lugar de uma forma do processo, na verdade teremos um multiplicidade delas, passando a tramitação processual a depender em última análise do que o juiz entender, podendo chegar-se ao absurdo de os processos serem diferentemente tramitados consoante o juiz que os julgue.

4. Os procedimentos cautelares

No âmbito dos procedimentos cautelares, há a salientar a introdução no art. 369.º de um novo regime, apelidado de “*inversão do contencioso*”, estabelecendo o n.º 1 que “*mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus da propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio*”.

Os abusos que esta norma permite são enormes. Um procedimento cautelar que é por definição um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias, com base numa prova sumária, é transformado pelo milagre da interposição deste requerimento (que pode ser feito até à audiência final) numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Isto com a agravante de que pode ser decretada sem audiência da outra parte, cabendo neste caso a esta opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada (art. 369.º, n.º 2). A inversão do contencioso tem ainda a vantagem de impedir a caducidade do direito invocado, sendo interrompido o prazo até ao trânsito em julgado (art. 369.º, n.º 3).

O mais curioso desta inversão do contencioso é que a mesma é aplicável também aos procedimentos cautelares nominados (art. 376.º, n.º 1). Uma suspensão de deliberações sociais transforma-se assim por simples requerimento na sua anulação. Pela mesma forma, as providências de alimentos provisórios e de arbitramento de reparação provisória podem assim transformar-se em atribuição de alimentos e de indemnização a título definitivo. Mas aqui suscitam-se algumas dúvidas. A restituição provisória de posse vale como atribuição da posse ou pode ser também usada para atribuir definitivamente a propriedade, que é quase sempre discutida nas acções possessórias (art. 595.º, n.º 5)? O arresto passa a valer definitivamente como penhora fora de qualquer processo executivo? O embargo de obra nova significa a proibição para sempre de realização da obra? E no arrolamento, a inversão do contencioso que efeito tem?

5. O novo regime da prova

Parece que havia uma obsessão do legislador em alterar a numeração dos artigos do Código, segundo se disse para garantir que o Código fosse de facto estudado pelos práticos, mesmo nos artigos que não foram modificados. Como em termos de sistematização o Código é praticamente idêntico ao anterior, a forma de conseguir este propósito foi deslocar os artigos relativas à instrução do processo para um lugar anterior ao dos articulados, o que se apresenta sem qualquer lógica sistemática⁽¹⁾. Apesar disso, referir-nos-emos neste momento a esse regime.

Em primeiro lugar, salienta-se que em face do art. 410.º a instrução passa a ter “*por objecto os temas de prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova*”. Ora, como bem refere o art. 341.º C.C. “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”, não se compreendendo como é que os temas podem ser objecto de prova. Aliás, o próprio novo Código continua nas disposições seguintes a falar sempre em factos e nunca em temas (cf. arts. 411.º, 412.º, 413.º, 414.º, 419.º, e 420.º). Fica-se assim sem saber o que vem a ser isto de “*temas de prova*”⁽²⁾. Na verdade a única referência que se lhes encontra é no art. 596.º, onde se refere que, proferido despacho saneador, quando a acção haja de prosseguir cabe ao juiz proferir despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas de prova.

A Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII é um pouco mais esclarecedora, referindo a dado passo o seguinte:

“Relativamente aos temas de prova a enunciar, não se trata mais de uma quesitação atomística e sincopada de pontos de facto, outrossim

⁽¹⁾ Em sentido contrário, com o argumento de que a instrução ocorre em qualquer processo e não apenas no processo de declaração, cf. ISABEL ALEXANDRE, “A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013, na *RMP*, n.º 134 (Abril-Junho 2013), pp. 9-42 (12 e ss.).

⁽²⁾ Segundo afirma ISABEL ALEXANDRE, na *RMP*, n.º 134 (Abril-Junho 2013), p. 14, “parece evidente que, para efeitos de instrução do processo, os *temas de prova* enunciados, a que o art. 410.º do CPC de 2013 se refere só podem ser factos, factos que o juiz enunciou num dado momento do processo”.

de permitir que a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa. Quando, mais adiante, o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, se revelou nos autos. Estamos perante um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, seja na eliminação de preclusões quanto à alegação de factos, seja na eliminação de um nexo directo entre os depoimentos testemunhais e concretos pontos de facto pré-definidos, seja ainda na inexistência de uma decisão judicial que, tratando a vertente fáctica da lide, se limite a “responder” a questões eventualmente até não formuladas”.

Descontando o lirismo do texto, parece clara a confusão que ficaria instalada se esta indicação fosse seguida à letra. O juiz, em lugar de apurar factos, estaria transformado num historiador, encarregado de apresentar a sua versão da realidade histórica, a qual poderia nem sequer ter sido mencionada nos articulados. No entanto, por muito que o legislador pretenda o contrário, a decisão deve assentar em factos cuja prova compete às partes e não ao juiz, sendo absurdo reduzir tudo a uma discussão em torno de temas, a qual tornaria a decisão da matéria de facto totalmente arbitrária, assim se lesando os direitos das pessoas.

A maior inovação do novo regime em termos de prova é, no entanto, a prova por declarações de parte. Efectivamente, ao abrigo do art. 466.º C.P.C. a parte pode agora requerer até ao início das declarações orais em primeira instância a prestação de declarações sobre factos que tenha presenciado ou de que deva ter conhecimento directo, declarações essas que são livremente apreciadas pelo juiz, a menos que tenham natureza de confissão. Não se trata assim de uma reiteração das posições expressas pela parte mas de um verdadeiro testemunho desta. No entanto, numa contradição evidente, o art. 496.º C.P.C. continua a qualificar as partes como impedidas de depor como testemunhas.

6. Os articulados

Em relação aos articulados salienta-se desde já a necessidade de indicar o rol de testemunhas e os meios de prova na petição inicial e na contestação (art. 552.º, n.º 3, e 572.º *d*). Os documentos deixam igualmente de poder ser juntos se não o forem na fase dos articulados (art. 423, n.ºs 2 e 3 CPC). Trata-se de uma gravíssima restrição à indicação da prova, sem qualquer justificação.

Ocorre ainda uma drástica limitação do número de articulados, uma vez que é abolida a tréplica e nos termos do art. 584.º deixou de ser possível utilizar a réplica para responder às excepções apresentadas na contestação. Efectivamente agora a réplica só pode ser utilizada para contestar a reconvenção ou no âmbito das acções de simples apreciação negativa. Trata-se de uma grosseira violação do princípio do contraditório, sendo inconcebível que se possa ir discutir em julgamento excepções sobre as quais as partes não se pronunciaram.

7. A gestão inicial do processo e a audiência prévia

7.1. Generalidades

Ao contrário da anterior fase da condensação do processo, surge-nos agora, findos os articulados, uma nova fase, denominada “*da gestão inicial do processo e da audiência prévia*”, onde se pratica uma série de actos sem qualquer utilidade processual visível.

Efectivamente, temos agora nesta fase os seguintes actos judiciais:

- a) o despacho pré-saneador;
- b) a audiência prévia, a qual pode ser substituída por quatro despachos do juiz, nos termos do art. 593.º, n.º 2, C.P.C.;
- c) a tentativa de conciliação;
- d) o despacho saneador;

- e) o despacho de identificação do objecto do litígio e de enunciação dos temas de prova;
- f) o despacho sobre as reclamações sobre essa identificação e temas de prova.

Examinemos sucessivamente estes actos:

7.2. O despacho pré-saneador

O primeiro acto deste processo é o despacho pré-saneador, que o juiz profere findos os articulados. Nesse despacho, o juiz deve providenciar pelo suprimento de excepções dilatórias, pelo aperfeiçoamento dos articulados e determinar a junção de documentos que lhe permitam apreciar as excepções dilatórias ou mesmo decidir o mérito da causa (art. 590.º, n.º 2). É de salientar que neste âmbito o juiz pode convidar as partes a apresentar novo articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido (art. 590.º, n.º 4), o qual, no entanto, fica suieito ao contraditório (art. 590.º, n.º 5). O legislador proíbe, porém, que nesta fase haja alteração da causa de pedir pelo autor ou a apresentação de nova defesa pelo réu (art. 590.º, n.º 6).

7.3. A audiência prévia e a sua substituição

O segundo acto consiste na audiência prévia, a qual tem lugar nos termos do art. 591.º embora possa ser dispensada pelo juiz nos termos do art. 593.º, n.º 2, caso em que ele fica obrigado a proferir quatro despachos: *a*) o despacho saneador; *b*) o despacho a determinar a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual; *c*) o despacho de identificação do objecto do litígio e dos temas de prova; e *d*) o despacho destinado a programar os actos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respectivas datas. Salienta-se, no entanto, que se a parte quiser reclamar de algum dos três últimos despachos, tem que requerer que se realize a audiência prévia (art. 593.º, n.º 3).

Caso a audiência prévia se venha a realizar, a mesma tem por objecto:

- a) Realizar tentativa de conciliação;
- b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpre apreciar excepções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa;
- c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate;
- d) Proferir despacho saneador;
- e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual;
- f) Proferir, após debate, o despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a fixar os termos da causa;
- g) Programar, após audição dos mandatários, os actos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e determinar as respectivas datas.

7.4. A tentativa de conciliação

A tentativa de conciliação encontra-se regulada no art. 594.º em termos que suscitam a maior perplexidade. Efectivamente, agora prevê-se que o juiz deve “*empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio*” (art. 594.º, n.º 3). Ou seja, um magistrado cuja função é aplicar o direito (*iuris dicere*) está agora neste Código transformado em alguém encarregado de propor às partes soluções de equidade, como se fosse um mediador. Ora, nos termos do art. 4.º do Código Civil, só excepcionalmente os casos podem ser decididos segundo a equidade, pelo que esta função de mediador é altamente indesejável nos juizes. Mas o mais grave é que agora a lei prevê no art. 594.º, n.º 4, que “*frustrando-se, total ou parcial-*

mente, a conciliação, ficam consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio". Ou seja, depois de ter tomado parte activa no processo em ordem à obtenção de uma solução de equidade, cuja proposta tem que constar da acta, o juiz vai ter que julgar a causa segundo o direito estrito. Pode, porém, legitimamente perguntar-se que sentido faz ser o mesmo magistrado que propôs uma solução equitativa, que as partes já conhecem, aquele que vai decidir o caso segundo um critério normativo?

7.5. O despacho saneador

O despacho saneador, agora referido no art. 595.º do CPC, destina-se apenas a conhecer das excepções dilatórias e nulidades, podendo ainda conhecer imediatamente do mérito da causa, sempre que o estado do processo permitir, sem necessidade de mais provas, a apreciação, total ou parcial, do ou dos pedidos formulados. Neste âmbito não há grande alteração ao regime que resultava do art. 511.º do anterior Código de Processo Civil.

7.6. O despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a fixar os temas de prova

O quinto acto consiste no despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas de prova, a que se refere o art. 596.º. Parece-nos um pouco absurdo que depois dos articulados, de onde seguramente resultará claríssimo o que divide as partes, seja necessário o juiz vir "identificar o objecto do litígio". Agora em lugar de definir a base instrutória limita-se a enunciar uns genéricos "temas de prova" (art. 596.º, n.º 1). No entanto, continua-se a prever a possibilidade de as partes reclamarem nesse despacho (art. 596.º, n.º 2), cuja utilidade não se vislumbra perante uma definição tão genérica.

7.7. O despacho sobre as reclamações

Mas como as partes podem reclamar, provavelmente para explicar ao juiz que o objecto do litígio foi mal “identificado”, e que os temas de prova deverão ser outros, cabe ainda ao juiz proferir despacho sobre essas reclamações, o qual apenas pode ser impugnado no recurso interposto da decisão final (art. 596.º, n.º 3). Deve ser curioso assistir a um recurso final com esse âmbito: o juiz identificou mal o litígio e os temas de prova e portanto o que foi julgado nada tinha ver com o que dividia as partes...

Em qualquer caso, é claro que os “temas de prova” a desenvolver apenas podem abranger os factos essenciais impugnados, só sendo os factos essenciais não impugnados incluídos quando a revelia do réu seja inoperante⁽³⁾. Daqui resulta que deixou de haver agora qualquer selecção pelo juiz da matéria assente, ainda que esta tenha que ser posteriormente indicada na sentença, nos termos do art. 607.º, n.º 4, CPC. As partes passam a ir, assim, para o julgamento às cegas, sem saber o que é que está, ou não, assente, sendo extremamente difícil retirar essa descoberta *a contrario* dos temas de prova, atenta a vacuidade que preside à sua formulação.

8. Da audiência final

Em relação à audiência final termina-se definitivamente a intervenção do tribunal colectivo, uma vez que o art. 599.º agora institui a obrigatoriedade de a mesma decorrer perante juiz singular.

Em compensação, aumentou extraordinariamente o tempo gasto com as alegações, as quais passam a ser não apenas de facto mas também de direito (art. 604.º, n.º 2, e)). Assim, as alegações abrangem não apenas a matéria de facto como a discussão do aspecto jurídico da causa, o que obrigará os advogados a discutir as

⁽³⁾ Neste sentido, cf. ISABEL ALEXANDRE, na *RMP*, n.º 134 (Abril-Junho 2013), p. 17.

inúmeras soluções possíveis da questão de direito com base nas várias soluções que o juiz estabelecer para a matéria de facto.

Por esse motivo, o legislador tem o cuidado de explicar que as alegações passam a permitir a réplica de cada advogado, sendo o tempo concedido de uma hora para as alegações, e de meia hora para a réplica de cada um dos advogados (art. 604.º, n.º 5). Gostávamos de saber qual o julgamento em que o tribunal vai reservar três horas para as alegações orais. E dizia-se que esta reforma pretendia assegurar esta celeridade processual.

9. Conclusão

Diz o povo que o que nasce torto, tarde ou nunca se endireita. Não acreditamos que esta reforma do processo civil tenha uma única virtualidade. O seu destino é a óbvia revogação, a qual naturalmente só ocorrerá depois de ter lançado o caos nos processos, com enormes prejuízos para os direitos das partes e o trabalho dos operadores judiciários.