

## O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ERROS, CAUTELAS E ARMADILHAS PROCESSUAIS

NUNO SALAZAR CASANOVA  
Abogado\*

### O Novo Código de Processo Civil – erros, cautelas e armadilhas processuais

O Novo Código de Processo Civil introduziu várias alterações ao processo civil. O homem é um animal de hábitos e a alteração das regras é terreno fértil para erros e lapsos. Neste artigo identificam-se erros frequentes, cautelas a ter e armadilhas processuais que resultam do novo código.

### The New Code of Civil Procedure – errors, cautions to be taken and procedural traps

The New Code of Civil Procedure has made several amendments to the civil procedure. Men are creatures of habit and the changing of rules is fertile ground for errors and mistakes. In this article we identify frequent errors, cautions to be taken and procedural traps that result from the new code.

#### PALABRAS CLAVE

Processo, civil, erros, cautelas, armadilhas

#### KEY WORDS

Procedure, civil, errors, mistakes, cautions

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 30-10-2015

## INTRODUÇÃO

A Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, aprovou o (novo) Código de Processo Civil (NCPC). Pese embora as inúmeras novidades introduzidas ao processo civil português, a Lei 41/2013 consubstancia, materialmente, apenas uma alteração ao anterior Código de Processo Civil. Com efeito, a maior parte dos artigos – embora renumerados – mantêm a sua redacção e a organização do Código permanece substancialmente idêntica. A própria estrutura do processo – com uma fase inicial escrita com dois articulados principais (petição e contestação), uma fase de saneamento e uma fase de prova baseada fundamentalmente no depoimento oral de testemunhas – mantêm-se quase inalterada; as únicas diferenças relevantes na estrutura do processo consistem na supressão de um articulado (resposta às excepções), na agilização da fase do saneamento (com a possibilidade de um despacho pré-saneador), e na consagração de uma decisão simultânea de facto e de direito, precedida de alegações orais.

Tratam-se, é certo, de alterações importantes. Ainda assim, não consubstanciam uma alteração de paradigma como sucederia, por exemplo, caso se adoptasse o modelo de articulados iniciais apenas com factos conclusivos, a regra de que os depoimentos são prestados por escrito, ou uma fase de *disclosure*. Em rigor,

estamos perante mais uma alteração ao Código de Processo Civil: a 47.<sup>a</sup> alteração desde a reforma de 1995 operada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/1995.

Pode-se por isso dizer que o *nomen* de «novo» Código de Processo Civil é mais conceptual do que substancial. Não se quer com isso dizer que se deveria ter ido mais longe. É desaconselhável uma mudança radical na fundação do direito processual português. Nem a realidade actual nem a mentalidade ou prática dos operadores judiciais o justificaria.

Pelo contrário, a principal crítica ao legislador prende-se com a hiperactividade legiferante que se traduz nas sucessivas alterações ao Código de Processo Civil – um estilo muito Português que se baseia na convicção ingénua de que a boa gestão processual se consegue por decreto. Não significa isto que as alterações não sejam, individualmente consideradas, positivas. O problema é que as melhorias introduzidas dificilmente compensam a insegurança jurídica gerada pela modificação constante, e em catadupa, das normas legais. A aplicação da lei processual no tempo é, actualmente, uma arte de muito difícil manejo. E advogados e juizes deveriam preocupar-se mais com o mérito dos litígios do que com aspectos processuais.

O homem é um animal de hábitos e a alteração das regras é terreno fértil para erros e lapsos. O legislador estava bem consciente disto, tanto que estabeleceu um período transitório de um ano durante o

\* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa).

qual: 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 lei; e 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 acto não admissível ou omitir acto que seja devido, deve o juiz, quando aquela prática ou omissão ainda sejam evitáveis, promover a superação do equívoco (artigo 3.º da Lei n.º 41/2013).

Este período de «habituação» concedido pelo artigo 3.º da Lei n.º 41/2013 já terminou, pelo que importa ter redobrada atenção às várias alterações e armadilhas processuais espalhadas pelo NCPC que podem provocar erros com graves consequências.

Vejamos algumas das armadilhas processuais e erros mais frequentes que se têm verificado na prática, bem com as cautelas a ter com algumas das alterações mais relevantes.

### Forma do processo declarativo

O NCPC extinguiu as formas sumária e sumaríssima do processo comum declarativo e consagrou uma forma única. Esta alteração é aparentemente simplificadora. Contudo, a opção adoptada criou uma potencial fonte de erros.

Com efeito, na vigência do anterior Código, existiam três tipos de processo comum declarativo. O processo ordinário constituía o corpo processual por defeito, sendo que o processo sumário e o sumaríssimo estabeleciam pequenas diferenças que pretendiam imprimir agilidade e celeridade em atenção à tendencial menor relevância do processo, aferida pelo valor da causa. O tipo processual era um permanente recordatório das diferenças na tramitação.

Ora, ao estabelecer uma tramitação única simplifica-se o processo ainda que, em contrapartida, se deixe de tratar de forma diferente realidades que, eventualmente, justificariam um tratamento distinto. Sucede que o legislador, embora dizendo consagrar uma forma única, manteve – dentro do processo declarativo – pontuais especificidades de regime em função do valor da causa. Isto faz com que os intervenientes menos avisados possam olvidar determinadas regras aplicáveis àquele processo em concreto. E se as diferenças consagradas nos artigos 597.º do NCPC previsivelmente não levantarão problemas de maior, o mesmo não se pode dizer

das diferenças que foram estabelecidas no que toca à prova pericial e testemunhal.

Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 468.º do NCPC, nas acções de valor não superior a metade da alçada da Relação a perícia é realizada por um único perito. Também nos termos do n.º 1 do artigo 511.º do NCPC, nas acções de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância o limite do número de testemunhas é reduzido para metade, ou seja, para cinco (a redução do número de testemunhas era uma das particularidades do processo sumário e sumaríssimo). Assim, ao elaborar ou alterar o requerimento probatório, as partes devem, por isso, atender ao valor da causa e se o mesmo é ou não superior a metade da alçada da Relação e da 1.ª instância.

Como se viu, embora existindo uma única forma de processo declarativo, existem algumas especificidades em função do valor da causa. Pode-se por isso questionar o interesse em suprimir as anteriores formas processuais. Aliás, a mesma crítica já fora feita à supressão do recurso de agravo porquanto se mantiveram diferenças entre os recursos finais e interlocutórios. No entanto, o mais bizarro é que, ao mesmo tempo que se estabeleceu uma forma única para o processo declarativo (numa suposta tendência de simplificação processual), o NCPC veio consagrar duas formas de processo executivo, quando antes apenas existia uma.

Não obstante as apontadas particularidades propiciarem lapsos, neste caso em concreto não deveriam resultar consequências gravosas para a parte que as desatendeu. Se as partes, por lapso, requerem mais de cinco testemunhas em processos de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, ainda assim o tribunal não deve imediatamente desconsiderar as que, no rol, estejam indicadas a partir do 5.º lugar. Deverá, antes disso, convidar a parte a esclarecer quais as cinco testemunhas que pretende ser ouvidas. Do mesmo modo, se a parte requerer perícia colegial em processo de valor não superior a metade da alçada da Relação, o tribunal deverá convidar a parte a esclarecer se pretende uma perícia singular, sob pena de rejeição do requerido.

### Documentos particulares e título executivo

Nos termos do anterior Código de Processo Civil, eram títulos executivos os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importassem a consti-

tuição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante fosse determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto (então alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º do CPC). Com o NCPC, estes documentos particulares deixaram de ser títulos executivos.

Suscitou-se, desde logo, a questão de saber se tais documentos particulares, quando assinados antes da entrada do NCPC, se mantinham como título executivo. Esta questão foi abordada por MARIA JOÃO GALVÃO TELES<sup>1</sup> no sentido de que «a disposição que elimina os documentos particulares do elenco dos títulos executivos, quando conjugada com o n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 41/2013, e se interpretada no sentido de se aplicar aos documentos particulares validamente constituídos antes da entrada em vigor da lei e ao abrigo do disposto na antiga alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º do CPC, deve ser julgada inconstitucional por violação do princípio da segurança e protecção da confiança insito no artigo 2.º da CRP».

Vários acórdãos já se pronunciaram em sentido idêntico: cfr., v.g., acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.12.2014, processo n.º 23/14.2TTVFX.L1-4 e de 26.03.2014, processo n.º 766/13.8TTALM.L1-4, e acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 27.02.2014, processo n.º 374/13.3TUEVR.E1 e de 12.03.2015, processo n.º 321/14.5T8ENT.E1. Em sentido contrário, cfr. v.g. acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.06.2014, processo n.º 138/14.7TCFUN.L1-6 e de 24.09.2014, processo n.º 3275/14.4YYLSB.L1-2, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27.01.2015, processo n.º 6620/13.6YYPR-A.P1, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07.10.2014, processo n.º 61/14.5TBSBG.C1, acórdãos da Relação de Guimarães de 19.03.2015, processo n.º 203/14.0T8VNFG1 e de 17.12.2014, processo n.º 31/14.3TBMDR.G1.

Finalmente, por acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 408/2015, de 23 de Setembro de 2015, foi declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em

vigor, então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961, constante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil, e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, por violação do princípio da protecção da confiança (artigo 2.º da Constituição).

Sendo agora certo que o NCPC não se aplica aos documentos particulares que antes eram considerados títulos executivos, relativamente aos que forem assinados após a entrada em vigor do NCPC dúvidas não restam que documentos particulares já não são títulos executivos. Ora, durante anos foram celebrados acordos de pagamento e transacções extrajudiciais, na certeza de que, em caso de incumprimento, os mesmos poderiam ser imediatamente executados.

Actualmente, as partes que pretendam executar documentos particulares têm de obter a sua autenticação, e tal consciencialização nem sempre é fácil. E mesmo os acordos celebrados na sequência de mediação laboral conduzida pelo Ministério Público carecem de autenticação para gozarem de força executiva, o que aliás suscitou o seguinte comentário por parte da Desembargadora ALBERTINA PEREIRA: «É inquietante, ademais, à luz da harmonia exigida pelo sistema jurídico, que por exemplo, um acordo obtido no âmbito de um procedimento de mediação (em que, para além dos demais requisitos, tenha participado um mediador de conflitos inscrito na lista dos mediadores organizada pelo Ministério da Justiça), goze de força executiva, nos termos do art.º 9.º, da Lei 29/2013, de 19 de Abril e art.º 703.º, n.º 1, alínea d), e que um acordo resultante da negociação presidida pelo Ministério Público, enquanto Agente do Estado, integrado numa magistratura hierarquizada, autónoma, e sujeita a critérios de legalidade, à luz da presente lei do processo, dela careça»<sup>2</sup>.

### Actos processuais e transmissão electrónica de actos

Até ao NCPC, os actos podiam ser praticados em juízo de diversas formas, incluindo por correio postal registado e telecópia. O envio de peças processuais por transmissão electrónica de dados (via *citius*) consubstanciava um meio preferencial mas não exclusivo.

<sup>1</sup> «A Reforma do Código de Processo Civil: A supressão dos documentos particulares do elenco dos títulos executivos» in *Revista Jurídica Julgar Online*, n.º 13, Setembro 2013, disponível em <http://julgar.pt>.

<sup>2</sup> «O Impacto do Código de Processo Civil no Código de Processo do Trabalho (Alguns Aspectos)» in e-books (CEJ) - O Novo Processo Civil, Caderno IV – Impactos do Novo CPC no Processo do Trabalho, (2.ª edição), p. 25 e sgts., disponível em <http://www.cej.mj.pt>.

Com o NCPC, os actos processuais, quando a parte esteja representada por mandatário, têm de ser praticados por transmissão electrónica de dados (cfr. artigo 144.º n.º 1 do NCPC). Só podem ser praticados por outro meio havendo justo impedimento para a prática de actos por transmissão electrónica de dados.

Compreende-se e aplaude-se a solução adoptada. No entanto, é preciso realçar que a entrega de peças processuais via *citius* depende de certificado digital válido, o qual tem de ser renovado anualmente. Os mandatários têm agora de ter especial cuidado com o certificado digital, pois se – por lapso – o mesmo não é renovado e se, por esse motivo, não é possível praticar actos processuais, dificilmente o mandatário poderá alegar justo impedimento. De qualquer forma, em obediência ao princípio do aproveitamento dos actos processuais, nada parece impedir o tribunal de aceitar uma peça processual remetida em mão, telecópia ou correio, mesmo na ausência de justo impedimento, condenando a parte em custas pela tramitação anómala.

Um dos erros mais frequentes, que decorrem de um anterior regime processual (que admitia notificações por correio electrónico), prende-se com a notificação de peças processuais aos mandatários das contrapartes por correio electrónico. Este erro é alimentado pela plataforma *citius*, que – na opção «notificação entre mandatários» – admite a indicação de que o mandatário será notificado por correio electrónico. Contudo, actualmente não é admissível a notificação entre mandatários por correio electrónico, o que bem se compreende porque o correio electrónico não certifica a entrega efectiva<sup>3</sup>.

Com efeito, nos termos do disposto no artigo 255.º do NCPC, as notificações entre os mandatários judiciais das partes são realizadas pelos meios previstos no n.º 1 do artigo 132.º do NCPC e nos termos da portaria aí referida. A portaria a que faz referência o artigo 132.º é, actualmente, a Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto aprovou a regulamentação da «Tramitação Electrónica dos Processos Judiciais», substituindo a anterior Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro.

De acordo com o disposto nos artigos 25.º e 26.º da Portaria n.º 280/2013, as notificações electrónicas entre mandatários têm de ser obrigatoriamente efectuadas com recurso ao sistema informático de

suporte à actividade dos tribunais – o sistema *citius* –, o qual assegura automaticamente a sua disponibilização e consulta no endereço electrónico <http://citius.tribunaisnet.mi.pt.citius> (neste sentido cfr. v.g. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.01.2010, processo n.º 581/05.2TVLSB-B.L1-2).

De facto, o diploma que permitia a prática de actos processuais através de correio electrónico (Portaria n.º 642/2004, de 16 de Junho) foi revogado pela alínea a) do artigo 27.º da Portaria n.º 114/2008, a qual por sua vez, também já não se encontra em vigor.

Mesmo nos casos em que a notificação via *citius* não é possível<sup>4</sup>, ainda assim não é admissível a notificação entre mandatários por e-mail. Nestes casos, o n.º 8 do artigo 144.º do NCPC estabelece que se verifica justo impedimento para a prática de actos processuais por transmissão electrónica de dados e que, nesse caso, os actos podem ser praticados através dos seguintes meios (com carácter taxativo): a) entrega em mão (alínea a) do n.º 7 do artigo 144.º); b) correio postal registado (alínea b) do n.º 7 do artigo 144.º) e c) telecópia/fax (alínea c) do n.º 7 do artigo 144.º). Em nenhum caso pode o e-mail ser utilizado.

### Marcação da audiência de julgamento

A marcação da audiência de julgamento, sendo uma tarefa sem qualquer conteúdo jurídico e de pura gestão processual, pode ser fatal para as partes. Por exemplo, se o mandatário está impedido de comparecer e não o comunica no prazo legal, poderá depois ser obrigado a substabelecer num colega que, provavelmente, não terá nem conseguirá ter conhecimentos suficientes para assegurar a melhor representação possível.

No anterior Código, e nos termos do n.º 2 do artigo 155.º, quando a marcação não fosse feita com o prévio acordo dos mandatários e estes estivessem impedidos em consequência de outro serviço judicial já marcado, os mandatários impedidos deveriam, no prazo de cinco dias, comunicar tal facto ao tribunal, propondo datas alternativas após contacto com os restantes mandatários interessados.

No NCPC esta regra manteve-se, mas os mandatários são agora obrigados a identificar expressamen-

<sup>3</sup> Quando eram admissíveis as notificações por correio electrónico exigia-se a certificação electrónica.

<sup>4</sup> O que sucede nos processos e recursos tramitados nos tribunais superiores, em todas as fases do processo penal e contra-ordenacional, ou ainda quando o sistema não está operacional.

te a diligência já marcada e o processo a que respeita. Esta exigência, que visará pôr cobro a abusos, merece especiais cautelas. Muitos advogados têm-se esquecido de identificar expressamente a diligência ou o processo a que respeita. Se bem que não se conhece nenhuma situação em que o tribunal se tenha recusado a agendar nova data por não cumprimento da obrigação de identificação da diligência e processo, não se pode descartar a hipótese de tal vir a suceder. Sem prejuízo do exposto, o dever de cooperação deve prevalecer e, como tal, salvo situações de abuso ou constante reincidência (que poderá até motivar a condenação como litigante de má fé), o tribunal deverá sempre convidar o mandatário a identificar a diligência já marcada e o processo a que respeita, caso este se tenha esquecido de o fazer.

### Inversão do contencioso em providências cautelares

Uma das grandes inovações do NCPC foi a introdução do regime da inversão do contencioso nas providências cautelares. A inversão do contencioso é original no direito processual português. No entanto, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos já havia consagrado uma solução que visava objectivos semelhantes: a possibilidade de, no âmbito de uma providência cautelar, o tribunal antecipar o juízo sobre a causa principal (artigo 121.º do CPTA).

Nos termos do disposto no artigo 369.º do NCPC, mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Esta novidade não será seguramente desconhecida dos mandatários que requeiram providências cautelares e, de resto, a sua não utilização não tem qualquer consequência directa. Também não há perigo de que, tendo sido invertido o contencioso, o requerido se esqueça de intentar a acção principal pois, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 371.º do NCPC, o requerido é notificado da decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso com a expressa advertência e de que, querendo, deve intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos

30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.

Sucedem que, nos termos do n.º 2 do artigo 371.º do NCPC, a providência cautelar também se consolida como composição definitiva do litígio quando, proposta a acção, o processo estiver parado mais de 30 dias por negligência do autor ou o réu for absolvido da instância e o autor não propuser nova acção em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior.

O referido n.º 2 do artigo 371.º do NCPC estabelece uma consequência violentíssima para uma situação que não está suficientemente concretizada (processo parado por culpa do autor) e que ademais se basta com a simples negligência. Imagine-se, por exemplo, que o tribunal notifica o autor para juntar a tradução de vários documentos em língua estrangeira e o autor junta a tradução mas, por lapso, olvida-se da tradução de um deles. Ficando o tribunal a aguardar, por 30 dias, o envio da tradução em falta (que o autor inclusivamente desconhece estar em falta), poder-se-á considerar que o processo esteve parado mais de 30 dias por negligência do autor? Este exemplo é um de muitos que se poderiam dar.

Importa recordar que, tradicionalmente, a negligência das partes em promover o andamento do processo apenas conduzia à sua interrupção (artigo 285.º do CPC), e apenas se o processo estivesse parado durante um ano. Só depois de 2 anos interrompida é que a instância se podia considerar deserta (n.º 1 do artigo 291.º do CPC). Também os recursos apenas se consideravam desertos por inércia das partes se ficassem parados um ano (n.º 2 do artigo 291.º do CPC).

Sendo certo que o NCPC encurtou os prazos de deserção para seis meses<sup>5</sup>, ainda assim um prazo de 30 dias é manifestamente curto. É verdade que, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 389.º do CPC, já se estabelecia que a providência cautelar caducava se, por negligência do requerente, o processo estivesse parado mais do que 30 dias. Também no anterior código, o efeito suspensivo do recurso extinguia-se se este estivesse parado mais de 30 dias por negligência do apelante (cfr. n.º 1 do artigo 692.º-A do CPC). Mas nestes casos – artigos

5 Cfr. n.º 1 e 2 do artigo 281.º do CPC (como também sucedeu com o prazo previsto no n.º 3 do artigo 377.º do CPC (n.º 4 do artigo 357.º do NCPC))

389.º e 692.º-A do CPC – está em causa um efeito provisório, excepcional e no interesse do requerente (a manutenção da providência ou do efeito suspensivo do recurso), pelo que faz sentido que lhe seja exigida especial atenção ao bom andamento dos autos.

Pelo contrário, na situação prevista no n.º do artigo 371.º do NCPC é ao requerido na providência (autor na acção) que é exigida especial atenção sob pena de uma grave consequência. Isto não parece fazer muito sentido, pois a demora no andamento da acção principal não prejudica o réu, uma vez que a providência por este requerida se mantém. Por outro lado, enquanto no anterior CPC a consequência para a inércia do requerente era apenas a da caducidade da providência, no NCPC a consequência é ao nível da decisão final. O autor na acção a intentar após inversão do contencioso necessita, por tudo o exposto, de ser especialmente cauteloso de forma a que não lhe possa ser imputado um atraso no andamento do processo por mais de 30 dias.

### Requerimento probatório

No anterior Código de Processo Civil, o requerimento probatório era apresentado na audiência preliminar (cfr. alínea *a*) do n.º 2 do artigo 508.º-A do CPC) ou, se esta não se tivesse realizado, no prazo de 15 dias após notificadas as partes do despacho saneador (n.º 1 do artigo 512.º do CPC). Quer porque as partes eram interpeladas para o efeito na audiência preliminar, quer porque eram expressamente notificadas para apresentarem prova se esta não se realizasse, seria improvável que as partes se esquecessem de apresentar o seu requerimento probatório. No entanto, ainda assim tal sucedia. E quando isso sucedia, era comum os mandatários pretenderem posteriormente a indicar as suas testemunhas com fundamento no disposto no então n.º 1 do artigo 512.º-A do CPC, que estabelecia que o rol podia ser alterado ou aditado até 20 dias antes da data da audiência de julgamento.

Sucedem que, várias decisões rejeitaram a prova testemunhal com o argumento de que o rol só pode ser alterado ou aditado se já existir previamente pelo que, quando a parte se esquecia de apresentar o rol de testemunhas no momento processualmente previsto, não podia mais tarde indicar testemunhas, mesmo que até 20 dias antes da audiência de julgamento. Por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-02-2001 (processo n.º

93872), dizia-se: «Não é permitido aditar rol de testemunhas aos autos quando não foi junto qualquer rol ao processo atempadamente. A permissão contida no art. 512º - A do Cód. Proc. Civil tem em vista maleabilizar o oferecimento da prova testemunhal, não podendo extrair-se, de uma eventual utilização distorcida de tal mecanismo, numa autorização para apresentar, no prazo ali previsto, o rol de testemunhas pela primeira vez».

O receio de que as partes se esquecessem de apresentar o rol de testemunhas quando fossem notificadas do despacho saneador – e, conseqüentemente, ficassem absolutamente impossibilitadas de o fazer – levou a que muitos advogados apresentassem um qualquer rol logo com os articulados (muitas vezes era indicado como testemunha um colega), para desse modo assegurar que poderiam sempre indicar testemunhas até 20 dias da audiência.

No NCPC o requerimento probatório é agora obrigatoriamente junto com a petição inicial e com a contestação (cfr. n.º 2 do artigo 552.º e alínea *d*) do artigo 572.º do NCPC). Todavia, nos termos do disposto no artigo 598.º do NCPC, os requerimentos probatórios apresentados podem ser alterados na audiência prévia. Pode colocar-se a mesma questão: se uma parte não apresentou o requerimento probatório nos articulados, pode alterar algo que não existe?

Atendendo ao mencionado histórico de decisões judiciais, é seguro dizer-se que a parte que não apresenta com o articulado qualquer requerimento probatório corre o risco de que não lhe seja admitido de todo qualquer requerimento de prova, nem sequer na audiência prévia. Por isso, as partes devem sempre apresentar um requerimento probatório com a petição inicial ou contestação, independentemente do seu efectivo interesse ou conteúdo, porquanto tal permitir-lhe-á sempre alterá-lo ou aditá-lo na audiência prévia.

Diga-se, contudo, que não parece ser de acolher a tese segundo a qual, na ausência de qualquer requerimento probatório, a parte faltosa não poderá indicar qualquer prova na audiência prévia. O NCPC não estabelece qualquer limite à alteração do requerimento de prova na audiência prévia, pelo que o mesmo pode ser completamente alterado, de tal forma que o requerimento probatório definitivo pode ser em tudo distinto do inicialmente apresentado. Ora, se inexistem limites à alteração do requerimento de prova na audiência prévia, não se vê interesse ou vantagem em obrigar a parte a indicar o requerimento de prova com o articulado. Por conseguinte, parece espúrio e puramente

formalista proibir uma parte de apresentar o requerimento probatório pela primeira vez na audiência prévia a pretexto de que nela apenas se pode alterar o requerimento probatório já anteriormente apresentado.

Note-se, também, que – nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 508.º-A do CPC – as partes podiam, na audiência preliminar, requerer a indicação ulterior da prova, fixando-se logo o prazo. Os tribunais raramente rejeitavam o pedido das partes, até porque era mais cómodo receber o requerimento probatório por escrito do que incluí-lo na acta. Assim, muitas vezes os mandatários não tinham o requerimento probatório pronto aquando da audiência preliminar, pois sabiam poder socorrer-se de tal faculdade. No NCPC, não está expressamente consagrada a possibilidade de requerer na audiência prévia a alteração ulterior do requerimento probatório. Embora não se veja qualquer obstáculo a que isso seja admitido, é provável que, na ausência de lei expressa nesse sentido, surja alguma resistência por parte dos tribunais em admitir a alteração ulterior. Por isso, convém que os mandatários tenham os requerimentos probatórios completos e definitivos aquando da audiência prévia.

### **Réplica apenas como resposta à reconvenção**

O NCPC deixou de prever o articulado da tréplica, e a réplica passou a ser admissível apenas como resposta à reconvenção (artigo 584.º do NCPC). Deixou, por isso, de existir um articulado exclusivamente de resposta às excepções. Muitos tribunais têm resistido a esta mudança de paradigma, e convidam o autor a responder por escrito às excepções. Com efeito, é no mínimo duvidoso que a poupança de poucos dias que se alcança com a supressão da resposta às excepções compense o prejuízo para o cabal exercício do contraditório ou o prejuízo para a boa gestão do processo. É conveniente recordar que muita matéria de facto relevante e que deve integrar os temas da prova é carreada para o processo em sede de resposta às excepções. Fazê-lo no âmbito de um procedimento oral pode complicar o bom andamento do processo.

Em todo o caso, certo é que, a seguir-se a inequívoca intenção do legislador, as excepções serão discutidas exclusivamente na audiência prévia. Uma vez que a discussão é oral, o autor pode ver-se em desvantagem, já que as excepções foram deduzidas em articulado escrito e que consta dos autos, ao passo que a resposta é necessariamente oral. Por isso, o

autor deve procurar, na medida do possível, antecipar na sua petição inicial a resposta às excepções ou, pelo menos, preparar cuidadosamente a sua intervenção na audiência prévia. Esta pode consubstanciar o derradeiro momento para o autor tentar convencer o tribunal de primeira instância da improcedência das excepções.

Por outro lado, com o NCPC deixa de ser possível alterar a causa de pedir réplica, excepto na sequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor, e deixa ser possível alterar o pedido o pedido na réplica, podendo apenas ser reduzido ou ampliado o pedido se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo (artigo 265.º do NCPC). Existe, por isso, menos espaço para o autor corrigir o seu pedido e causa de pedir, nomeadamente em face de informação apenas obtida com a contestação. Imagine-se, por exemplo, que um promitente comprador de um imóvel intenta uma acção de execução específica em face do inadimplemento do promitente vendedor, mas este contesta alegando que o cumprimento já não é possível porquanto o imóvel fora entretanto vendido a terceiro. No anterior CPC, a impossibilidade superveniente seria matéria de excepção, o que permitiria ao autor alterar o seu pedido para um de restituição de sinal em dobro. No NCPC a alteração do pedido não seria admissível, o que obrigaria o autor a desistir do pedido, arcar com as custas judiciais e intentar nova acção.

Em face do exposto, suspeitando que o seu pedido principal possa não ser procedente, o autor deve deduzir todos os pedidos alternativos ou subsidiários que considere convenientes, assim acautelando a necessidade da respectiva apreciação.

### **Apresentação de documentos**

No anterior CPC, os documentos deviam destinados a fazer prova dos fundamentos da acção ou da defesa deviam ser apresentados com o articulado em que se alegassem os factos correspondentes. No entanto, e embora com multa, os documentos podiam ser juntos até ao encerramento da audiência em 1.ª instância. Não raras as vezes, as partes apenas se apercebiam da relevância de um determinado documento, ou – estando embora na sua posse – apenas o encontravam no decurso da audiência de julgamento. Sem prejuízo da multa, as partes estavam desse modo salvaguardadas quanto à possibilidade de juntar tais documentos. Isto tinha, no entanto, várias desvantagens. Desde logo, a junção

de documentos justifica o exercício do contraditório da parte contrária a qual, por vezes, o fazia juntando ela própria novos documentos, criando-se assim uma espiral de requerimentos que protelava o fim da audiência de julgamento. Por outro lado, quando os documentos eram juntos após a inquirição de testemunhas, a parte contrária sentia-se muitas vezes em situação de desigualdade processual por não poder ter podido confrontar as testemunhas com aqueles documentos (questão que se pretendeu resolver através do artigo 424.º do NCPC).

Nos termos do NCPC, os documentos apenas podem ser apresentados até 20 dias da audiência final, excepto se não tiver sido possível juntá-los antes ou quando a sua apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior (artigo 423.º). O critério que possibilita a junção de documentos para além dos 20 dias antes da audiência final é, portanto, absolutamente alheio a considerações de relevância. Se até 20 dias da audiência final a parte, podendo fazê-lo, se olvidou de juntar um documento que reputava absolutamente essencial para a sua pretensão, não poderá já fazê-lo, a menos que a sua junção apenas se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior. As partes deverão, por esse motivo, estar especialmente atentas à prova documental produzida e a produzir. Note-se, porém, que o que vem sendo dito não impede que o tribunal considere o documento, ou mesmo ordene a sua junção, ao abrigo do princípio do inquisitório vertido no artigo 411.º do NCPC. Se o documento for, com efeito, muito relevante para o apuramento da verdade ou para a justa composição do litígio, o juiz não o deve recusar.

### Prova testemunhal

O NCPC veio reduzir o número máximo de testemunhas de 20 para 10 (n.º 1 do artigo 511.º do NCPC). Em contrapartida, admite-se que, atendendo à natureza e extensão dos temas da prova, o juiz possa, por decisão irrecorrível, admitir a inquirição de testemunhas para além do referido limite (n.º 4 do artigo 511.º do NCPC). Assim, posto que admitido pelo juiz, inexistente em rigor um limite máximo de testemunhas. A alteração é de aplaudir.

A experiência ensinava que raramente eram efectivamente necessárias mais do que 10 testemunhas. Por outro lado, a prova testemunhal é, de longe, a que consome mais recursos por parte do tribunal e a que gera mais atrasos no andamento dos processos, pelo que – pelo menos nos casos em que são arroladas

muitas testemunhas - importa manter um controlo sobre a sua efectiva necessidade e relevância (o que se consegue através da necessidade de autorização para exceder as 10 testemunhas). Talvez até se devesse ter ido mais longe e obrigar as partes a comunicar previamente a que matéria é que se pretende a inquirição e a razão de ciência da testemunha. Num processo civil moderno não se justifica que as testemunhas ainda possam constituir um factor-surpresa numa audiência de julgamento.

De resto, parece-nos que os tribunais tendem a sobrevalorizar a prova testemunhal em detrimento de outros meios de prova – nomeadamente o documental – bem mais fiáveis e que na maior parte dos casos são suficientes para oferecer uma visão dos factos relevantes perfeitamente adequada. ABRANTES GERALDES, por exemplo, há muito criticava o que considerava que ser a *«hipervalorização da prova testemunhal, quer pelas partes, quer pelos juizes, com efeitos no arrastamento excessivo da audiência de julgamento»*<sup>6</sup>. Quantas vezes não assistimos a decisões que dão com provados factos, baseados em depoimentos claramente interessados ou comprometidos, em total dissonância ou mesmo frontal contradição com a prova documental existente?

Quanto ao número de testemunhas, também já acima se deu nota – a propósito da forma única do processo comum declarativo – da redução para cinco do número máximo de testemunhas nos casos das acções de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância (n.º 1 do artigo 511.º do NCPC).

As alterações aos limites máximos de testemunhas devem ser interiorizadas pelos mandatários das partes, sob pena de se cometerem erros. No entanto, existe uma outra alteração que não parece ter justificação suficiente e que tem potenciado diversos lapsos. Trata-se regra segundo a qual as testemunhas são a apresentar excepto se for requerida a sua notificação (n.º 2 do artigo 507.º do NCPC). Trata-se de uma alteração perigosa precisamente porque inverte a regra há muito existente segundo a qual as testemunhas indicadas no rol eram a notificar, salvo indicação em contrário. A solução adoptada pelo NCPC é, em si mesma, aceitável. A questão é que, sendo praticamente indiferente se a regra é a da notificação, excepto requerimento em contrário, ou a da apresentação, excepto requerimento em contrário, para quem alterar uma regra já sedimentada, sem qualquer benefício relevante aparente? É que,

<sup>6</sup> Revista da OA, Ano 71, Out/Dez 2011, pp. 977-992, p. 981



mantendo-se a decisão na pura discricionariedade das partes, a mudança legislativa apenas poderá visar as partes a quem lhes seja irrelevante que as testemunhas sejam notificadas ou a apresentar, o que – consideradas as diferentes consequências daí advenientes – se espera serem muito poucas. Já se generalizou a prática de incluir, no final dos articulados ou requerimentos de prova, a indicação de que todas as testemunhas são todas a notificar. O n.º 2 do artigo 507.º parece ser constituir apenas e exclusivamente uma armadilha processual.

### **Declarações de parte**

Uma das inovações do NCPC foi a introdução da possibilidade de as partes poderem requerer, até ao início das alegações orais em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento directo (artigo 466.º do NCPC).

As alterações ao processo civil introduzidas pelo NCPC pautaram-se por princípios de celeridade e agilização processual, de que são exemplos – entre outros - a supressão da tréplica e a réplica limitada à resposta à reconvenção, a redução do número de testemunhas, e as alegações de facto e de direito simultâneas e orais. Ora, esta faculdade de requerer as declarações de parte parece ser contra o referido espírito. Só um legislador ingénuo e distante da realidade judicial portuguesa é que não teria antevisto que na esmagadora maioria dos processos a parte irá requerer o seu próprio depoimento, com significativos atrasos para o processo e com muito pouco benefício para o apuramento da verdade.

É certo que em muitas situações as declarações da própria parte são o único meio de prova existente (pense-se, por exemplo, nos pequenos acidentes rodoviários). Mas para tanto poder-se-ia fazer depender as declarações de parte de decisão do juiz, como se fez, por exemplo, para a admissão de testemunhas para além do limite de 10. Acresce que as declarações de parte podem ser requeridas até ao início das alegações orais em 1.ª instância. Isto é, a parte pode aguardar pela produção de toda a prova para decidir se pretende prestar declarações de parte. Esta faculdade – que parece estranhamente decalcada das declarações do arguido em processo penal – parece representar um retrocesso no movimento de modernização do processo civil.

A possibilidade de requerer as declarações de parte suscita reflexões do ponto de vista da estratégia

processual. Por um lado, as partes devem, até ao início das alegações orais, fazer um juízo de conveniência do seu próprio depoimento. Uma afirmação confessoria pode ser fatal para a parte. No entanto, esta também pode ser a última oportunidade para conseguir convencer o tribunal. Por outro lado, as partes devem reequacionar o interesse em requerer o depoimento da parte contrária. Com efeito, uma vez que cada parte tem sempre a possibilidade de prestar declarações (podendo requerer o seu próprio depoimento até ao início das alegações orais), pode ser do interesse da contraparte requerer o depoimento daquela, para efeitos de confissão, assim obrigando-a a prestar declarações antes de produzida a restante prova, num momento em que a parte ainda não conhece o depoimento das testemunhas e as concretas questões que lhe serão colocadas. Acresce que forçar a parte contrária a prestar declarações tem, pelo menos, a virtualidade de não lhe dar a opção de prestar ou não prestar declarações, faculdade esta que seria sempre exercida pela contraparte de acordo com os seus próprios critérios de conveniência.

Estes dilemas de estratégia processual deveriam ser poucos relevantes. No entanto, num sistema judicial em que se valoriza excessivamente a prova por depoimento (ao contrário de outros meios de prova mais objectivos), estas considerações são – infelizmente – muito pertinentes.

### **Alegações orais de facto e de direito e decisão de facto e de direito simultânea**

Nos termos do CPC, as alegações sobre a matéria de facto eram orais (artigo 652.º, n.º 3, alínea *e*) do CPC), ao que se seguia a decisão sobre a matéria de facto (artigo 653.º do CPC), as alegações escritas de direito (artigo 657.º do CPC) e, por fim, a sentença (artigo 658.º do CPC).

Com o NCPC, as alegações de facto e de direito são feitas oralmente e em simultâneo (artigo 604.º, n.º 3, alínea *e*) do NCPC). Também a sentença decide, simultaneamente, as questões de facto e de direito (cfr. artigo 607.º n.º 4 do NCPC).

A alteração efectuada pelo NCPC quebrou a lógica irrepreensível do anterior processo civil que vigorava nesta matéria. Na verdade, a anterior separação entre o julgamento de facto e o de direito permitia que, nas alegações de direito, as partes discutissem a solução jurídica aplicada especificamente à factualidade provada. Com o NCPC, as partes são for-

çadas a alegar de direito sem saber sequer quais os factos que serão considerados provados. Assim, actualmente pode suceder o seguinte: as partes, nas suas alegações, propõem uma determinada solução jurídica baseada nos factos que consideram provados, mas o tribunal não vem a considerar essa matéria factual, tornando a solução jurídica proposta pelas partes inaplicável e, como tal, inútil. O tribunal terá então de considerar uma solução jurídica distinta da proposta pelas partes e que estas eventualmente até nem equacionaram, pelo menos na amplitude e com os efeitos preconizados pelo tribunal (note-se que a sentença não pode consubstanciar uma decisão surpresa). Para evitar que isto suceda, as partes terão de propor soluções jurídicas para os diversos cenários possíveis de julgamento da matéria de facto, o que – atendendo às variadíssimas combinações que podem ser feitas – pode ser uma tarefa demasiado onerosa, senão mesmo impossível. Basta pensar que num processo com apenas três factos controvertidos podem existir oito combinações distintas de julgamento da matéria de facto (todos os factos não provados, apenas provado o primeiro, apenas provado o segundo, etc); com quatro factos são possíveis 16 combinações; com cinco factos são possíveis 32 combinações, e assim sucessivamente. E isto sem falar na possibilidade de cada facto poder ser apenas parcialmente provado, ou até de ser provado um conteúdo distinto.

A solução anterior fazia muito mais sentido do ponto de vista do mérito da sentença porquanto aproveitava da melhor forma o contributo das partes e o benefício do efectivo contraditório. No entanto, como tantas vezes sucede, foi dada primazia à celeridade e simplificações processuais. É justo dizer que, para tanto, contribuiu o facto de muitos advogados reiteradamente não apresentarem sequer alegações escritas. No entanto, esta solução – à semelhança da alteração que obrigou a que o pedido de aclaração da sentença fosse deduzido nas alegações de recurso<sup>7</sup> – menoriza injustamente o papel do advogado pois desvaloriza a importância de alegações de direito precisas e incisivas para uma boa e correcta decisão da causa.

Em casos complexos do ponto de vista factual, um bom juiz saberá utilizar o princípio da adequação formal para, se conveniente, cindir o julgamento de facto do julgamento de direito, permitindo às

partes alegar de direito sobre a matéria de facto que vier a ser dada como provada. Do mesmo modo, o juiz poderá permitir às partes que apresentem alegações de facto ou de direito, ou ambas, por escrito.

Sem prejuízo do que se disse, os advogados deverão assumir que, em princípio, alegações de facto e de direito serão orais e simultâneas. Ora, a simultaneidade das alegações de facto e de direito tornam-nas muito mais complexas, pelo que a capacidade de o juiz interiorizar todo o discurso oral é menor. Acresce ainda a sentença é redigida em momento posterior, muitas vezes várias dias mais tarde. Na ausência de registo escrito, as considerações feitas pelos advogados nas suas alegações orais correm o sério risco de ser em grande parte esquecidas. Por isso, os advogados devem considerar desenvolver as questões de direito logo nas peças processuais. A isso obriga o dever de patrocínio. É certo que o NCPC pretendia simplificar as peças processuais, designadamente incentivando as partes a alegar apenas os factos essenciais. No entanto, o processo civil não pode ser simplificado em todas as suas fases de tal modo que as partes acabem por não ter a possibilidade de apresentar os seus argumentos de facto e de direito de forma desenvolvida e proficiente.

Aliás, se as partes podem apresentar pareceres de advogados, professores ou técnicos – sem qualquer limitação quanto à respectiva dimensão – em qualquer estado do processo, mal se compreenderia que não pudessem desenvolver as questões de direito da forma que entenderem mais conveniente. É certo que noutros ordenamentos jurídicos o tamanho das peças processuais iniciais é limitado: contudo, tais ordenamentos permitem depois, ao longo do processo, a apresentação de várias outras peças processuais escritas de grande extensão e complexidade.

Diga-se, inclusivamente, que as partes devem poder apresentar alegações de direito por escrito se assim o entenderem. De facto, seria estranho que ao mandatário fosse negada a possibilidade de apresentar um documento com alegações escritas de direito mas já lhe fosse permitido apresentar, em qualquer estado do processo, um parecer de um outro advogado, que pode até ser um colega de escritório.

<sup>7</sup> O que, em última análise, pode obrigar a parte a interpor um recurso de uma sentença cujo conteúdo nem sequer compreende.