

O PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS: DIAGNÓSTICO E CURA

UM EXERCÍCIO DE TEORIA PURA *

RUI PINTO

Propondo-se levar a cabo uma reflexão teórica sobre o presente e o futuro do Processo Civil português, o autor questiona os mais emblemáticos dogmas vigentes neste domínio. Das putativas desvantagens da prolação do despacho liminar, à necessidade da audiência preliminar, vários são os postulados alvo de crítica. Para cada equívoco sinalizado é proposta uma alternativa. No final, o autor oferece-nos um conjunto de linhas programáticas para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, congruentes com as propostas apresentadas.

SUMÁRIO: § 1.º Introdução. 1. Agradecimentos. 2. O tema. § 2.º Postulados vigentes. 1. Processo declarativo. A) O despacho liminar é contrário à economia processual. B) A matéria de facto deve estar na livre disponibilidade das partes. C) A audiência preliminar é necessária. D) Um poder genérico de adequação judicial do procedimento gera insegurança e arbítrio. E) O processo ordinário é o modelo a seguir. 2. Processo executivo. A) À acção de declaração opõe-se a execução. B) Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: actos executivos. C) Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: apenas declarativos. § 3.º Proposta de procedimento.

§ 1.º INTRODUÇÃO

1. Agradecimentos

As minhas primeiras palavras são dirigidas ao Sr. Dr. José Esteves, Mui Emérito Juiz de Direito, no Tribunal Judicial de Valpaços.

Tudo o Sr. Dr. José Esteves diligenciou para que eu estivesse agora aí presente, logística e humanamente. Mas quis um conjunto de circunstâncias que tal não fosse possível. Um meu *bem haja e o meu pedido de desculpas*.

Depois, apresento os meus cumprimentos aos senhores doutores presentes, professores, magistrados, advogados, juristas. A todos peço a paci-

* Comunicação apresentada nas Primeiras Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares transmontanos”, Valpaços, 5 e 6 de Novembro de 2011.

ênica de me ouvirem em teleconferência gravada, seguramente demonstrando que também em sede de comunicações a imediação — e não a *intermediação* — produzem resultados mais reais.

2. O tema

I. Tínhamos em mente, desde há vários meses, verter para papel, algumas linhas de pensamento sobre o *momento* — perdoe-se-nos, a expressão futebolística — que se vive actualmente no processo civil.

Para aqueles que já têm alguma idade, saberão que nada de novo existe à face desta área do Direito. Quem não se recorda das discussões dos anos 80 — culminadas na reforma de 1985 — e naquelas da primeira metade da década de 90, fonte da Reforma de 1995-1996?

No entanto, ou por aí, não é difícil concordar que os “males” do processo têm, justamente, permanecido: sempre atacados em cada alteração legislativa; nunca, no essencial, afastados. Pelo contrário, qual cabeça de Hidra, os pontos fracos do actual sistema processual civil, se acalmados num lado, ressurgem com mais força em outro.

Quais são esses pontos fracos? Qual o remédio respectivo?

II. Como é do domínio público o tema é neste momento objecto de trabalho da Comissão da Reforma do Processo Civil, no âmbito do Ministério da Justiça.

Esta comissão extinta na Primavera deste ano e em boa hora reempossada irá, sem dúvida, retirar o Código de Processo Civil do pântano em que se encontra. A Comissão encerra especialistas do processo civil, nas suas várias perspectivas — académica e forense, de magistrados e de advogados — pelo que se augura um produto final de qualidade, muito ao invés do mau legislador a que se assistiu no último par de anos.

Todavia, tudo indica, perante o mandato politicamente fixado, que será um trabalho de refeitura do pano já gasto de um modelo que remonta a 1939. Tal traz, todavia, a vantagem de poder fazer boas mudanças sem maus sobressaltos, com respeito pela cultura judiciária concreta.

III. Por isto, o exercício que nos propomos levar a cabo é de outro sentido — teórico ou ideal, se quiserem.

Esse exercício é o seguinte: se pudessemos fazer um Código de Processo Civil *ex novo*, de raiz, que linhas de orientação poderia ser consideradas?

Para tal vamo-nos, num primeiro momento, concentrar no *processo declarativo* e, posteriormente, em alguns aspectos da *acção executiva*. O método será partirmos de postulados tradicionalmente não interrogados do paradigma em vigor e ver como eles se traduzem em bloqueios ou doença do sistema.

Para cada doença proporemos um remédio. No final, apresentaremos um esboço de linhas procedimentais que congreguem as nossas propostas.

§ 2.º POSTULADOS VIGENTES

1. Processo declarativo

A) O despacho liminar é contrário à economia processual

I. A reforma de 1995-1996 suprimiu o despacho liminar vendo nele um obstáculo à celeridade processual ou, porventura, um acto de preceito, sem real utilidade.

A prática mostrou que uma intervenção judicial inicial evitaria o desenvolvimento de acções inviáveis. *O despacho de indeferimento liminar faz falta.*

Mas mais importante, urge redefinir a função do despacho liminar. Actualmente, assiste-se a uma “corrida às armas” no plano da dinâmica da apresentação da matéria de facto no processo: o autor — livre como um caçador numa reserva natural — enuncia uma profusão de artigos, aos quais o réu terá de responder, em obediência ao ónus da impugnação. Por outras palavras: muito do percurso da acção e da sua própria velocidade é dada pelo autor.

Sibi imputatet dir-se-ia, não fora a circunstância de os recursos judiciais públicos serem crescentemente escassos. Se as partes pretendem tomar conta do processo deverão optar por uma via de tipo arbitral, dada a natureza *privada* dos recursos usados no mesmo.

II. Deve, por isso, ser recuperado o despacho liminar, não somente com as funções anteriores, mas ainda com uma nova: a de condensação liminar.

Em concreto, perante os factos peticionados, o juiz há-de poder determinar no despacho a exclusão daqueles que sejam:

- a) irrelevantes para o pedido;
- b) sem relação com o regime jurídico alegado;
- c) repetidos;
- d) meras argumentações sobre factos.

B) A matéria de facto deve estar na livre disponibilidade das partes

I. Sejam directos: não podemos continuar a ter um processo em que a matéria de facto essencial está na livre disponibilidade das partes de um lado e, ao mesmo tempo, há um dever de verdade material do outro.

De um lado, na fase dos articulados as partes podem *despejar* factos para o processo, cada uma com uma própria estratégia processual; a partir da condensação vem o juiz cortar, condensar, excluir.

Há aqui uma irracionalidade, uma contradição funcional e, como sempre, um desperdício de recursos processuais.

O resultado aparece-nos disseminado em vários pontos do sistema:

- a) Um mesmo facto jurídico — não dizemos *facto da vida* mas *facto integrante* de previsões normativas — pode ser desmantelado em várias pseudo e dilatórias questões de facto;
- b) As partes desdobram-se em descarregar factos uma contra a outra;
- c) As partes comprazem-se numa luta facto a facto, como guerrilheiros;
- d) O juiz tem de produzir despachos proporcionalmente densos, seja o saneador, seja a decisão sobre a matéria de facto, seja a sentença final.

Ora, é a *carga fáctica que determina a carga específica* — temporal e de meios — *de cada processo*, mais do que o *valor* da causa. Se queremos continuar a ter juízes nos processos, temos de aligeirar a carga fáctica que lhe é presente: não podem estar prisioneiros de um processo de partes. Em rigor, não se trata de aligeirar a carga fáctica mas, sim, a carga de *narrativas* sobre a matéria de facto.

O volume potencial de narrativas será tanto maior quanto mais espaço o legislador permitir. Actualmente apenas o *abuso do direito* processual pode limitar as alegações das partes pelos articulados.

II. Ora, é conforme à Constituição a imposição de uma exposição *sucinta* dos fundamentos da acção ou da defesa, como já actualmente se permite ao juiz na sentença proferida em processo sumaríssimo (cf. art. 796.º, n.º 7).

Uma *exposição sucinta* dos fundamentos de facto e de direito, traduz-se em:

- a) Exposição dos *factos constitutivos* do direito ou *factos integrantes das excepções* em apenas uma afirmação ou uma negação;
- b) Redução das afirmações que não integrando aqueles factos constitutivos ou das excepções fazem a *ligação* entre eles na narrativa total do articulado.

Por outro lado, esses factos, sucintamente expostos, devem *apresentar-se referidos de modo evidente a normas ou regimes legais individualizados nos próprios articulados*. Os factos a articular são factos *jurídicos* como, aliás, impõe o art. 467.º, n.º 1, al. d).

O princípio *jura novit curia* plasmado no art. 664.º primeira parte não pode continuar a servir com justificação funcional para as partes poderem estar mais à vontade na apresentação das razões de direito e menos ainda para não ser óbvia a *relação* entre dados factos alegados e das razões de direito apresentadas.

III. Por outro lado, não é aceitável que, controlando o autor o impulso processual e a base do objecto processual, os requerimentos de prova possam ser oferecidos *depois* dos articulados.

Um dos resultados positivos do regime processual civil experimental foi, justamente, a exigência de cada parte fazer acompanhar o seu articulado dos documentos, rol de testemunhas e requerimentos de prova, conforme o art. 8.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho.

IV. Finalmente, no regime actual, o *autor da causa não tem ónus de esgotar os fundamentos possíveis, i.e., as causas de pedir possíveis, do seu pedido.*

Efectivamente, as excepções de litispendência e de caso julgado, são delimitadas pelo concreto facto jurídico que *efectivamente* serve de fundamento à acção, e não os factos jurídicos que *poderiam* ter servido de facto à acção (cf. arts. 497.º n.º 1, e 498.º, n.º 4). Por isso, nada impede o autor de colocar nova acção com outro fundamento não aduzido.

Ao contrário, o *réu* tem o ónus da concentração dos fundamentos (todos) da defesa na contestação, sob pena de preclusão (cf. art. 489.º, n.º 1).

O resultado é este: o autor diz quanto quer, sobre o quer, a expensas do réu e do Estado.

Não pode ser: o litígio levado à acção deve, na sua extensão, aproximar-se o mais possível do litígio em bruto, de modo a não ser apenas a *parte* do litígio *seleccionada* pelo autor.

Por isso, *ao ónus da defesa do réu, deve corresponder um ónus de concentração da acção.*

V. Neste sentido, propomos:

a) ónus de:

- i) *apresentação sucinta* dos factos;
- ii) *relação manifesta e evidente* entre os factos articulados e concretos regimes normativos;
- iii) *concentração* dos fundamentos de acção e dos fundamentos de defesa na petição inicial e na contestação, respectivamente.

b) *despacho liminar de condensação*, nos termos já explicados;

c) substituição da base instrutória por um *despacho de condensação negativo* que exclua os factos que sejam:

- i) irrelevantes para o pedido;
- ii) sem relação com o regime jurídico alegado;
- iii) repetidos;
- iv) meras argumentações sobre factos.

d) *ónus de apresentação de toda a prova documental* e requerimentos probatórios com o articulado da parte.

C) A audiência preliminar é necessária

I. Depois de introduzida como regra, tantas vezes excepcionada, pretende-se agora, porventura, tornar a audiência preliminar obrigatória. Como o devido respeito, permitamo-nos discordar.

A cultura latina vê na qualificação “preliminar” um sinónimo, consoante, o ponto de vista pessoal, de perda de tempo ou, no mínimo, de *não final*. A ocorrer algum avanço nos termos do litígio será na audiência final. No plano psicológico as partes estão a guardar-se para o fim.

Os casos de sucesso da audiência preliminar não negam o falhanço geral da solução.

II. O procedimento deve conhecer *tão só e quanto à matéria do litígio apenas uma audiência final*.

Findos os articulados ou a causa está logo em condições de terminar ou a continuar devem as partes ser notificadas do dia e hora da audiência final, acompanhada do despacho de condensação negativo.

Ao mesmo tempo, devem ser avisadas de que a falta de acordo imediato determinará um aumento das custas.

D) Um poder genérico de adequação judicial do procedimento gera insegurança e arbítrio

I. Tem-se dito que o regime processual civil experimental produziu insegurança nas partes sujeitas ao mesmo: não sabiam *ab initio* qual a marcha do processo.

Não sabemos se assim terá sido. No entanto, há bons ensinamentos e embriões de solução para tornar o processo menos “adversarial”.

Um desses ensinamentos é o do legislador pode dar poder ao juiz para, em face da carga de matéria de facto optar pela via que seja procedimentalmente mais adequada ao litígio: mais longa ou mais curta. Essa decisão há-de ser tomada no momento do saneamento.

Deste modo, abandonar-se-ia o regime rígido que faz depender a extensão e densidade da sequência procedimental essencialmente do valor da causa (cf. art. 462.º). Este critério legalmente pré-definido assenta numa presunção e sujeita à mesma forma de processo um litígio independentemente da sua real complexidade.

II. No mínimo, dever-se-ia passar a fazer depender a forma de processo, como as actuais do art. 461.º, de uma cláusula geral judicial assente na “complexidade da causa”.

Desde que essas linhas de procedimento estejam pré-estabelecidas na lei, não vemos razão válida em contrário.

E) O processo ordinário é o modelo a seguir

I. Há já uns anos discutiu-se em Itália se a respectiva lei fundamental imponha algum modelo de procedimento declarativo. A conclusão então obtida pode ser ainda hoje válida para nós: a Constituição não impõe uma sequência processual específica, maxime, a concreta forma de processo ordinário, sumário ou outra. Apenas pede um procedimento que respeite as garantias de direito à tutela jurisdicional e de processo equitativo, do art. 20.º, n.ºs 1 e 4, CRP.

Ora quantos mais actos conhecer a causa, mais actos podem conhecer *errores in procedendo*, mais actos as partes têm o direito de impugnar.

O actual processo ordinário é uma peça de arqueologia legislativa de sabor pré II Guerra Mundial e pré-industrialização, histórica e socialmente datado. É, sem dúvida, um belo “automóvel” dos anos 30, perdoe-se-nos a imagem.

Na verdade:

- a) É uma articulação sequencial de vários corpos ou “carruagens” de procedimento: articulados, saneamento/condensação, instrução, alegações de facto, decisão sobre a matéria de facto, alegações de direito, sentença final;
- b) O princípio da concentração dos actos processuais está absolutamente alheia a esses corpos:
 - i) há um excesso de actos escritos parcelares, na fase dos articulados, que prejudicam uma visão global do litígio;
 - ii) afora, os atalhos da revelia operante e do saneador-sentença, não há outros com peso significativo, tendo falhado a concentração por via da audiência preliminar;
 - iii) há uma divisão temporal entre decisão sobre os factos e decisão sobre o direito.
- c) O princípio da prevalência da materialidade subjacente, *i.e.*, da adequação da forma à função do acto, não justifica que a oralidade esteja reservada aos actos probatórios em audiência e à discussão da matéria de facto

II. Como modelo-base futuro devemos repensar já não o modelo do processo ordinário, mas o modelo do *processo sumaríssimo* ou, se quisermos, a valia de uma solução procedimental dominada pelos princípios da simplificação, concentração e oralidade.

2. Processo executivo

A) À acção declaração opõe-se a execução

I. “As acções são declarativas ou executivas”, enuncia do alto das suas décadas de vigência o art. 4.º, n.º 1. Este dualismo funcional, por todos

conhecido e aceite, constitui um postulado que inquina a correspondente concretização ao nível do procedimento e, no que mais interessa, a tutela civil dos direitos subjectivos.

Efectivamente, no processo declarativo, o efeito jurídico requerido, seja a simples apreciação, seja a condenação, seja a constituição, situa-se, sempre, no *estrito plano jurídico*. Por outras palavras, as acções declarativas visam a produção de um *título jurídico judicial para a pretensão material do autor*.

Esse título judicial é a sentença e o seu valor objectivo e subjectivo é ditado pelo regime dos limites do caso julgado. Ora esse efeito jurídico pode ser *autónomo e suficiente* para resolver o litígio, como sucede nos pedidos de simples apreciação e constitutivos ¹. Pode falar-se assim em satisfação *unilateral* da pretensão do autor.

Contudo, isso já não sucede para um efeito condenatório, *i.e.*, quando o tribunal impõe ao réu um comando, ordem ou mandamento de actuação ² (condenação) na “prestação de uma coisa ou de um facto” (art. 4.º, n.º 2, al. b)) com o conteúdo, total ou parcial, do pedido do autor. Descobre-se aqui a necessidade funcional um ulterior momento *de execução pelo réu do comando de actuação* ³, podendo falar-se em satisfação *bilateral* da pretensão do autor. Neste sentido, a sentença condenatória é a sentença que mais se adequa ao pressuposto de autonomia privada dos sujeitos da ordem jurídica privada, que lhes permite também e ainda *não cumprir*.

E, por isto, pode o réu não realizar a prestação, apesar de ter contra si uma sentença com trânsito em julgado.

O direito à tutela jurisdicional do art. 20.º CRP, concretizado no direito de acção, impõe então, pelas razões constitucionais já aludidas, uma competência dos tribunais para, nos limites dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, levar a cabo a *execução forçada* do título jurídico judicial ⁴.

Daí a definição presente no art. 4.º, n.º 3, de que as acções executivas são aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado. O “efectivo” exprime o hiato entre a imposição do comando de actuação ao réu e a sua realização ⁵

II. Tudo isto faz teoricamente sentido, mas no campo prático da tutela efectiva dos direitos não faz.

Nem de propósito, fomos, há coisas de dias, confrontados com a dúvida de um aluno que me perguntava se num caso prático em que A pedia que B

¹ Neste sentido, MANUEL DE ANDRADE, *Noções*, cit., 56, quando nota que as sentenças de simples apreciação e certas sentenças constitutivas são de molde a “surtir por si mesma o seu efeito útil”, ao contrário.

² Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Noções*, cit., 56.

³ Trata-se de “dar realização material coactiva (*manu judicis*) às providências judiciais que dela careçam e comportem”, no dizer de MANUEL DE ANDRADE, *Noções*, cit., 56, pois as mesmas não são “de molde a surtir por si mesma o seu efeito útil”.

⁴ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção*, cit., 9-10.

⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção*, cit., 21, vê aqui uma instrumentalidade do processo executivo perante as decisões proferidas na acção declarativa.

fosse condenado a entregar-lhe um imóvel, se tratava de uma acção declarativa ou de uma acção executiva. Eu lá disse e justifiquei que se tratava de uma acção declarativa, de condenação, em que o autor obtinha um título — a sentença — mas não, *ipso factum*, a entrega da coisa. Para esta, lá estava uma ulterior e eventual execução para entrega de coisa certa, conforme o art. 46.º, n.º 1, al. a), conjugado com os art. 928.º segs.

Mal me afastei comecei a pensar como tudo isto era artificial para o autor carente de tutela: ele quer a entrega da coisa; não quer saber qual o caminho para que onde atiramos a sua pretensão e seguramente não há-de querer um caminho com duas etapas.

Mais: a necessidade de novas acções de declaração reaparece no seio da acção executiva como um corpo pesado e estranho: o credor que obteve sentença condenatória ainda tem de se desviar de uma outra acção declarativa, acessória: a de oposição à execução.

Ora, se acrescentarmos um eventual incidente de liquidação de sentença (cf. art. 380.º), o credor para ser ressarcido terá de feito *slaloon* por três procedimentos declarativos.

III. Como se sabe MANUEL DE ANDRADE, dizia que o título executivo era um documento dotado de “execução aparelhada”⁶. Com isto queria dizer que *a demonstração do aquisição do direito a prestação segundo a forma/formalidades fixadas na lei permite a dedução de um pedido executivo*.

Ora, ainda assim é hoje em dia: quem tiver um título, *maxime*, uma sentença pode deduzir um pedido executivo. Mas pode-o, *depois*, de deduzir um pedido condenatório, um pedido de liquidação e uma contestação a uma oposição à execução.

Isto não é razoável, com o devido respeito

O que mudar aqui, então?

Temos de recuperar esta ideia de execução aparelhada no plano da economia processual: a funcionalidade específica acção de condenação em face das demais é a da produção de um título executivo. No entanto, no plano do procedimento o legislador trata por igual qualquer pedido, seja de simples apreciação, constitutivo ou de condenação.

Ora, a acção de condenação de ser *preparatória* da acção de execução não apenas ao concluir na produção de um título bastante para esta, como já sucede (cf. arts. 45.º, n.º 1, e 46.º, n.º 1, al. a)), mas também preparatória do *procedimento* da acção de execução, antecipando, quando possível, actos não executivos.

IV. Por isso, o procedimento *declarativo* deveria conhecer duas vias procedimentais: a via condenatória, necessariamente, injuntória e a via não condenatória.

⁶ *Noções*, cit., 58.

A via não condenatória, reservada aos pedidos de simples apreciação e constitutivos, teria o procedimento fundado no actual modelo do *processo sumaríssimo* com os ajustamentos atrás propostos.

A via condenatória, reservada aos pedidos de condenação em pagamento de quantia certa, entrega de coisa ou prestação de facto, correria em *procedimento judicial injuncional documental*, em que o credor, fundamentadamente haveria de poder deduzir um pedido de citação do devedor, para:

- i) pagar ou
- ii) opor-se com todas as garantias perante um juiz;
- iii) caso seja revel, seja de imediato o processo remetido a um agente de execução, acompanhado da indicação de bens pelo credor.

Deste modo, alcançar-se-ia um sincretismo entre condenação e *contestação e oposição à execução*.

Se no momento da penhora houvesse factos supervenientes admitir-se-ia uma oposição por simples requerimento, acompanhado de prova sumária, seguida de contestação do exequente e imediata decisão em audiência oral.

V. Este sincretismo procedimental teria ainda uma expressão orgânica: o tribunal que emitisse o título injuntório será o tribunal da execução.

Deste modo, passaria a haver tribunais de competência específica de injunção e execução.

A acção declarativa não condenatória, *i.e.*, de simples apreciação e constitutiva, correria em outros tribunais de competência específica.

VI. A jusante a acção executiva, ganharia com a dispensa de citação, pois a citação para a acção, seria tanto para a declaração, como para a execução.

Mais: este procedimento injuncional judicial deveria ser acompanhado da *exclusão de títulos extrajudiciais* da als. c) e d) do n.º 1 art. 46.º Todos os actuais títulos executivos, judiciais e extrajudiciais, passariam pelo crivo de um juiz, com aquelas vantagens. Toda a execução passaria a correr com *dispensa de citação previa*, por isso.

De extracção extra-judicial apenas se manteria a execução de documentos autênticos ou autenticados (cf. al. b) do n.º 1 art. 46.º).

B) Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: actos executivos

I. Em termos sintéticos, o processo executivo comum para pagamento de quantia certa continua a apresentar a estrutura que era a sua no Código de Processo Civil de 1939.

Essa estrutura assenta no tríptico nuclear *requerimento executivo-penhora-venda e pagamento*.

Dito por extenso, o procedimento executivo para pagamento de quantia certa implica um *impulso processual do credor*, por ser um modo de tutela de direitos privados e disponíveis e a satisfação e a satisfação do credor por um *pagamento* ou meios de semelhante funcionalidade. No limite esses dois actos ou complexos de actos processuais bastariam para a realização *judicial* da prestação se o pagamento fosse sempre voluntário, mas dada a pretensão ser de realização coactiva terá de ter lugar um momento de *venda de bens* ou similar para, mediatamente, permitir o ulterior pagamento forçado.

Finalmente, a *penhora* justifica-se com a necessidade de assegurar a viabilidade material e jurídica da venda executiva. Ela não teria justificação se os bens pudessem em simultâneo ser indicados e vendidos o que não é possível pela natureza das coisas.

II. À primeira vista dir-se-ia que esta tramitação dificilmente pode ser simplificada pois todos os seus actos são necessários à economia da execução.

Porventura, assim, não será se virmos melhor. A acção executiva pode ser simplificada tanto na sua linha de actos executivos, como relativamente aos processos declarativos apensados.

Sobretudo, a acção executiva deve passar a *distinguir* dívidas e situações que são diferentes tanto na sua importância individual, como na sua frequência nas estatísticas dos tribunais. Em suma: uma tutela executiva *diferenciada*.

As propostas da Comissão de Reforma de criar um processo sumário, vão, justamente, nesse sentido.

III. Em concreto, quantos aos actos executivos, referimos atrás que a passagem para um sistema de tipo injuntório ao evitar a produção de um requerimento executivo autónomo permitiria a antecipação da *indicação de bens*.

De seguida a *penhora* seria efectuada pelo agente de execução, incluindo a penhora de contas bancárias, sendo só depois e em todos os casos enviado obrigatoriamente um relatório final ao juiz para controle *a posteriori* da legalidade da mesma.

E quanto ao objecto da penhora seria de ponderar abarcar não apenas os bens na titularidade *actual* do devedor, mas ainda os bens na titularidade *potencial* do devedor: os que nela se manteriam caso não houvessem sido praticados ou omitidos actos prejudiciais para o pagamento integral da dívida.

Estamos a pensar na solução dos arts.120.º a 126.º CIRE: permitir que o agente de execução pudesse resolver actos jurídicos de má fé presumida, ou demonstrada pelo credor exequente (cf. respectivamente arts. 121.º e 120.º CIRE).

IV. Por seu turno, o acesso à *reclamação de créditos* deveria ser restringido, procurando excluir garantias cuja invocação é essencialmente desproporcionada aos efeitos que trarão para o exequente.

Algumas dessas soluções já constam da lei actual, carecendo de ser alargadas, outras vigoram no regime da insolvência *ex vi* art. 97.º, n.º 1, CIRE.

A saber:

- a) *alargamento do leque e valores das acções que não admitem reclamação*, em sede do actual art. 865.º, n.º 4, incluindo uma cláusula geral de *exclusão absoluta* de reclamação de créditos nas execuções de pequenas dívidas até 5000 euros (*i.e.*, *grosso modo*, até 50 UCs) e desde que a penhora não recaia sobre imóveis ou estabelecimento comercial;
- b) exclusão dos privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos do Estado, autarquias locais e instituições de segurança social, e vencidos há mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência (cf. art. 97.º, n.º 1, CIRE);
- c) exclusão das hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores a data do início do processo executivo, e que forem acessórios de créditos do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social.

Estas exclusões cumpririam o que CATARINA SERRA designa como “função claramente pedagógica”, dos credores públicos ⁷.

Ainda na reclamação de créditos, sempre que o credor exequente não ficasse graduado em primeiro lugar, teria direito de regresso pela despesas da execução sobre os credores reclamantes com créditos já *vencidos i.e.*, que já pudessem ter instaurado eles mesmos acção executiva, e pagos antes dele.

Esse direito seria deduzido dos valores a receber por aqueles reclamantes.

C) Todos os actuais actos de procedimento executivo são indispensáveis: apensos declarativos

I. O procedimento executivo actual está *contaminado* por uma plêiade de acções declarativas: oposição à execução e à penhora, reclamação de créditos, embargos de terceiro, se necessário.

A necessidade da tutela respectiva é inegável — não se questiona — mas já não os termos processuais em que se exprimem. Tal como estão actualmente regulados pode-se dizer que os apensos declarativos são injustificadamente *pesados no seu procedimento e prejudiciais* quanto aos efeitos que têm sobre os actos materiais de execução.

⁷ O novo regime português da insolvência: uma introdução, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, 29.

II. Começando pela oposição à execução, ela assenta no postulado de que a execução pode numa primeira parte *mimetizar* a acção declarativa. Esta afirmação pode parecer estranha já que o ponto de partida da execução é a incontroversão do direito exequendo, mas a verdade é que, tal como a acção declarativa, o legislador faz corresponder ao requerimento executivo uma *oposição à execução*, ainda que apensada, e com todas as garantias.

No entanto, a oposição à execução actual é no seu procedimento idêntica seja qual for o fundamento e seja qual for o título executivo: petição, despacho liminar contestação e, sem mais articulados, processo sumário (cf. arts. 813.º e 817.º, n.º 2). Trata-se de uma mera adaptação ou importação do modelo declarativo comum.

Ora a intensidade de um processo mais “pesado” apenas se justifica na execução de *títulos extrajudiciais*. Nessa eventualidade os *fundamentos* de defesa serão praticamente os mesmos de uma contestação de modo a garantir uma defesa qualitativamente próxima da defesa por contestação (cf. o actual art. 816.º).

E mesmo nessa hipótese não pode ser objectivo, ainda que inconfessado desta oposição à execução, definir com valor de caso julgado à situação da dívida. A sua utilidade e justificação é perante a execução, estritamente, *i.e.*, acessória. Se uma das partes pretender uma sentença com valor de caso julgado poderá colocar acção autónoma. Por isso, basta um contraditório *sumário* e uma audiência e decisão *orais*.

Já na execução de títulos judiciais ou quase judiciais é diferente, por, precisamente o direito estar já declarado e a controversão, salvo a *superveniente*, já ter tido lugar ena sua própria *formação*. A oposição à execução é neste caso *mais restrita nos seus fundamentos e não pode ter efeito suspensivo*, salvo mediante prestação de caução.

III. Os demais apensos declarativos, incluindo os embargos de terceiro, seriam depois estruturados a partir do modelo da oposição à execução de título extrajudicial: petição, contestação e audiência e decisão *orais*.

No caso do apenso de reclamação de créditos seria de reflectir na possibilidade de passar para a competência do agente de execução, cabendo ao juiz de execução *homologar* a proposta de verificação e graduação de créditos.

§ 3.º PROPOSTA DE PROCEDIMENTO

I. Apresentámos alguns dos males que molestem o processo civil vigente e já adiantámos algumas propostas de cura. Vamos agora apresentar um modelo global para o processo declarativo, sintetizando algo do que já se disse ou completando com novas soluções.

Deve existir um procedimento comum simples não condenatório:

I. Fase escrita:

- a) Petição inicial, acompanhada da prova, com ónus de *apresentação sucinta* dos factos, *relação manifesta e evidente* entre os factos articulados e concretos regimes normativos e de *concentração* dos fundamentos de acção;
- b) Despacho liminar:
 - i) Indeferimento;
 - ii) Aperfeiçoamento;
 - iii) Condensação preliminar e citação.
- c) Citação;
- d) Contestação, acompanhada da prova;
- e) Resposta à reconvenção / Resposta às excepções;
- f) Saneador:
 - i) Sentença;
 - ii) Condensação negativa, excludente dos factos que sejam irrelevantes para o pedido, sem relação com o regime jurídico alegado, repetidos ou meras argumentações sobre factos.

II. Fase oral:

- a) Audiência final:
 - i) Prova; com limitação do número de testemunhas;
 - ii) Discussão.
- b) Sentença oral/escrita, por mera adesão aos factos da petição inicial, em caso de falta de contestação (cf. art. 784.º).

O juiz há-de ter o poder para determinar:

- a) oralmente e em audiência o saneamento e condensação;
- b) o carácter escrito ou oral da sentença.

As partes deverão sujeitar-se a custas processuais acrescidas em função: de chegarem ou não a acordo, da presença/ausência nos actos processuais.

II. Para os *pedidos condenatórios*, seja de quantia certa, seja de entrega de coisa certa, deve existir *procedimento injuncional documental* com as seguintes especialidades na fase escrita:

- a) Petição inicial, acompanhada da prova;
- b) Despacho liminar:
 - i) Indeferimento;
 - ii) Aperfeiçoamento;
 - iii) Condensação preliminar e citação.
- c) Citação;
- d) Seguida de:
 - i) Cumprimento;
 - ii) Condenação imediata, sem valor de caso julgado com execução imediata;
 - iii) Contestação.

Do carácter alternativo à via comum ou exclusivo desta solução seria de ponderar melhor.

III. Finalmente, a fase executiva deve começar sem citação prévia, dada a já existente actuação em sede injuncional. Apenas assim não será na execução de título puramente negocial.

A oposição à execução deve ser simplificada e bem assim a reclamação de créditos, nos termos já propostos.

Sobretudo, deve-se reflectir em que medida a execução singular não deverá ser aproximada, em algumas das suas regras, da execução por insolvência.

Uma eventual *judicialização* da actuação do agente de execução, *maxime*, preparação de decisões a homologar pelo juiz poderá também ser pensada.