



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

Manifestações da vontade das partes no processo civil português¹

Demonstrations of parties' autonomy within Portuguese civil procedure

Maria Paulo Rebelo

PhD Candidate at Bahia Federal University (UFBA). Auditor of Justice (Judge).

Resumo: Sem receberem grande atenção pela doutrina portuguesa, as poucas manifestações de autonomia da vontade das partes no processo são feitas com recurso aos princípios da gestão processual e adequação formal, do dispositivo, assim como da cooperação. Este artigo propõe-se a analisar algumas delas.

Abstract: *Without receiving many attention from Portuguese scholars, the few demonstrations of parties' autonomy within the procedure are held by principles such as procedural management, formal adequacy, parties initiative as well as cooperation. This paper aims to analyze some of those demonstrations.*

1. Este *artigo* é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

Palavras-chave: negócios processuais, autonomia da vontade, direito português.

Keywords: *procedural agreements, parties’ autonomy, Portuguese law.*

1. DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL E ADEQUAÇÃO FORMAL 1.1. PRORROGAÇÃO DE PRAZO 2. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO EM SENTIDO AMPLO 2.1. COMPETÊNCIA CONVENCIONAL 2.2. SUSPENSÃO DA INSTÂNCIA 2.3. CONFISSÃO, DESISTÊNCIA E TRANSAÇÃO 2.4. MODIFICAÇÃO CONSENSUAL DO PEDIDO OU CAUSA DE PEDIR 2.5. CONVENÇÕES PROBATÓRIAS 3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO 3.1. PROGRAMAÇÃO DE DILIGÊNCIAS 3.2. NOMEAÇÃO DE PERITO 3.3. INQUIRIÇÕES 4. CONCLUSÃO

1. DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL E ADEQUAÇÃO FORMAL

O processo histórico de evolução legislativa para chegarmos aos princípios da gestão e adequação processual ou colaboração processual que temos hoje, foi longo². Hoje plasmado no art.º 6.º do CPC, este poder funcional recebeu um impulso

2. O novo CPC (Lei n.º 41/2013) corresponde, em grande medida, à Proposta Lei n.º 113/XII apresentada pelo Governo à Assembleia Legislativa, com muito poucas alterações (Cfr. Lourenço, José Acácio, “Direitos das partes no processo civil após a reforma do código de processo civil, em 2013: avanço ou retrocesso?”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, n.º 2-3, Lisboa, 2013, pág. 481). O Código, que veio revogar o de 1961, continua na linha do reforço de princípios como o do inquisitório, que já desde o código de 1939 ganham grande força no ordenamento processual português - cfr. 266.º -, com o juiz a assumir importante papel na remover obstáculos ao regular andamento da lide, na ordenação do que for necessário ao seguimento daquele e na recusa à prática de atos impertinentes ou dilatatórios (cfr. Remédio Marques, J. P., Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 37). Já em 1995/96, porém, o diploma tinha sido objeto de uma profunda revisão, que visou retirar a rigidez do trâmite procedimental da lide por forma a evitar que essas regras pudessem afetar a satisfatividade de direitos e a ampla e plena discussão da matéria de fato. Com ela, intensificaram-se os poderes inquisitoriais do magistrado para que este procurasse assegurar uma igualdade material entre as partes, assim como a verdade real dos fatos. Para o efeito, introduziu-se aquilo a que se chamou *poder de adequação do procedimento* pelo juiz, que ficou plasmado no art.º 265º-A. Nas palavras de Teixeira De Sousa, tratou-se “(...) da primeira tentativa de ruptura com algumas das tradições napoleónicas e liberais do processo civil nacional, em especial quanto ao âmbito da disponibilidade das partes sobre o processo e ao domínio da discussão escrita sobre a oral (...)” (cfr. Teixeira de Sousa, Miguel, “Apreciação de alguns aspectos da ‘revisão do Processo Civil – Projecto’”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995, pág. 355). Nesta Reforma assumiu igualmente destaque a promoção de um princípio de cooperação entre sujeitos processuais (art.º 264-A) (cfr. Freitas, José Lebre de. “Revisão do Processo Civil”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995, págs. 428-42). Paralelamente, e o mesmo espírito flexibilizador da Reforma, e tendo em conta os processos em massa que assolavam os tribunais, o legislador português decidiu em 2016, pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, apostar num procedimento autónomo, a que chamou de experimental (que tinha como objetivos trazer eficiência e rapidez a determinado tipo de processos, mitigando em determinada medida, o formalismo processual patente dos processos ordinários comuns (cfr. Jorge, Nuno Lemos. “Notas sobre o regime processual experimental”, *Novas exigências do processo civil – organização, celeridade e eficácia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 177. Para o conseguir, voltou a atribuir às mãos do juiz os poderes de adaptação do procedimento, pelo instituto da *gestão processual*,

significativo com a aprovação do Regime Processual Civil Experimental e impõe ao magistrado uma *diligente e proactiva direção do processo*. O seu objetivo fundamental é mitigar o formalismo processual antecipado pelo legislador³.

A amplitude deste poder-dever manifesta-se nos mais variados casos⁴. E mesmo que muitas vezes possam não ir ao encontro da celeridade processual, as normas

que elevou a dever do juiz, o que lhe conferiu renovado papel na direção e condução do processo. Por esta via, tentou o legislador reforçar o princípio da adequação formal e da limitação dos atos processuais, centrando na figura do magistrado os poderes necessários para impedir a prática de atos inúteis, dinamizar a tramitação da lide, adaptar o procedimento às especificidades da causa e, no fundo, promover a agilização processual. Apesar de ser um dos grandes marcos da adequação processual na legislação portuguesa, não podemos dizer que a legalidade das formas processuais nos termos fixados em lei fosse completamente abandonada e substituída por uma diferente filosofia processual na qual toda a tramitação processual fosse centrada e confiada ao juiz. A tal conclusão se oporia a falta de previsibilidade do processo, da ausência de suficiente normatização disponível e das normais garantias de certeza jurídica (cfr. Faria, Paulo Ramos De, *Regime Processual Civil Experimental. A gestão processual no processo declarativo comum experimental*, Braga, CEJUR, 2009, págs. 14, 34-38). A existência de uma forma legal processual a ser objeto de posterior adaptação pelo magistrado torna-se uma garantia e, simultaneamente, um limite ao exercício do poder funcional de gestão processual. A lógica é de uma espécie de subsidiariedade, que chama o dever de gestão do magistrado sempre e apenas quando uma concreta insuficiência ou ineficácia surge na lide (cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés “A profissão do juiz, hoje”, *Julgar*, n.º 1, Lisboa, Janeiro-Abril, 2007, pág. 40; no mesmo sentido, Casanova, J. F. De Salazar, “A Janela de oportunidade do Novo Código de Processo Civil”, *Revista Julgar*, n.º 23, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 14). Em 2013, o novo CPC decidiu continuar o caminho da flexibilização iniciado pela Reforma e continuado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, sem prejuízo de continuar a fazê-lo pela via e com recurso a ideologias fortemente publicistas e paternalistas do Estado-juiz. Entre outros dispositivos, a figura central é a do art.º 6.º, n.º 1, que consagra o *dever de gestão processual reunindo ambos os poderes de direção e de adequação processual*. Este Código teve como principais preocupações, implementar concretos deveres processuais e poderes de gestão, procurar uma efetiva responsabilização dos agentes no decorrer do processo, por forma a dar vazão aos princípios da verdade material, da cooperação funcional e do primado da substância sob a forma, acentuando a tónica na resolução de questões essenciais relacionadas ao mérito da lide (cfr. Ferreira de Almeida, Francisco, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 3ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 42). Esta atuação dinâmica que é encabeçada pelo juiz, para satisfação das finalidades do processo e garantia de eficiência na tramitação da lide, resultam de conceções pós-liberais que reconhecem a necessidade de trazer eficiência à composição de litígios em massa (cfr. Freitas, José Lebre de, *Inrodução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed, Coimbra, Gestlegal, 2017, pág. 227). Para prosseguir estes objetivos, reforçaram-se o poder de direção do processo, com a ampliação do princípio de adequação formal (art.º 547.º) e o princípio do inquisitório, no papel reconstruído do dever de gestão processual. Por esta via, atribui-se ao magistrado não só poderes de gestão formal, como de gestão material e esclarecimento pessoais resultantes do reforço do inquisitório no art.º 411.º.

3. Ferreira De Almeida, *op cit.*, pág. 82. O seu objetivo fundamental é mitigar um formalismo processual, sempre que o excessivo respeito pela legalidade das formas processuais se revele pouco eficiente. Tendo como parâmetros o valor da causa, a natureza da lide, o número de partes envolvidas, o tempo estimado para a resolução do litígio e a complexidade das questões jurídicas, este instituto prima pela sua aplicação *casuística*.
4. Por exemplo: nas vezes em que o magistrado decide ampliar o prazo para a prática do ato processual; quando promove a *dispensa da enunciação dos temas da prova* ou quando promove *de ofício* pela

que concretizam este poder-dever espalhadas pelo Código podem ter em mente, por exemplo, e simplesmente, a efetivação do direito do contraditório ou mesmo a justa composição do litígio⁵.

Nem toda a doutrina parece concordar com os exatos termos deste poder de gestão processual. Luís Filipe Lameiras⁶, Mariana França Gouveia⁷, Nuno Lemos Jorge⁸ e António José Fialho⁹, parecem, por exemplo, sustentar uma amplitude para este poder funcional significativamente elevada, com prejuízo do princípio da legalidade e valorização de um informalismo procedimental; por oposição a uma posição mais moderada de Paulo Duarte Teixeira¹⁰.

Há quem desdobre este dever de gestão processual em dois poderes-deveres: o de *direção do processo* e o de *adequação processual*¹¹. Outros há que apontem a existência de duas vertentes deste princípio: a da *gestão formal*, relacionada com a agilização do processo, economia processual e eficiência dos atos processuais; e a da *gestão material*, intrinsecamente ligada à justa composição da lide e à prossecução do mérito da demanda¹². Sem prejuízo do mérito que tem esta posição, preferimos¹³

produção de determinado meio de prova, Cfr. Faria, *op cit.*, págs. 21-22; Lourenço, Paula Meira, “Regime Processual civil Experimental: simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008, págs. 91-93.

5. Ainda assim, esta maior liberdade de atuação que é dada ao juiz, é muitas vezes aparente. Por um lado, há que ter em conta que as normas disciplinadoras do procedimento – i.e., que o processo – são em si mesmo uma garantia para as partes contra a discricionariedade dos tribunais e perante a justiça estatal.
6. Lameiras, Luís Filipe, *Comentário ao Regime Experimental*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 29. Nas palavras do Autor, “(...) na forma do processo prevista no (diploma), abandona-se a legalidade/tipicidade emergente das normas jurídico-processuais para passar a radicar-se numa decisão jurisdicional, sempre única e concreta, reportada só aqueles autos específicos” (cit. pág.31).
7. Gouveia, Mariana França, *Regime Processual Experimental*, Coimbra, Almedina, 2006, págs. 31 ss.
8. Jorge, *op cit*, pág. 185.
9. Fialho, António José, “Simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008, págs. 59 ss.
10. Sustentando uma posição mais moderada, entendendo que é possível, com prudência, flexibilizar-se a tramitação processual, mas sem pôr em causa a sua essência ou torná-la incompatível com os objetivos para que foi criada, Paulo Duarte Teixeira. O Autor entende que o poder de gestão ficou a meio caminho entre o abandono total ao princípio da forma legal e a instituição de um informalismo procedimental, que basicamente se traduz num alargamento do escopo do princípio da adequação processual (Teixeira, Paulo Duarte “O poder de gestão no processo experimental”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008, págs. 21-22).
11. Xavier, Rita Lobo; Folhadela, Inês; Andrade e Castro, Gonçalo, *Elementos de direito processual civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Católica Editora, 2014, pág. 138.
12. Faria, *op cit.*, págs. 20-21; Mesquita, Miguel, “Princípio da gestão processual: o ‘Santo Graal’ do novo processo civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 145, N.º 3995, 2015, pág. 83; Ferreira De Almeida, *op cit.*, págs. 82 ss;
13. Acompanhamos assim o posicionamento de Teixeira De Sousa, Miguel, “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 43, Braga, 2013, pág. 10; e de Freitas, *Introdução...*, pág. 230.

aqui encarar este dever sob exclusiva ótica formal e desdobrar esta, agora sim, em dois aspetos: um *substancial*¹⁴ e outro *instrumental*¹⁵. Esta lógica bifurcada da gestão processual, requer um juiz capaz de resolver aquilo que Miguel Teixeira de Sousa apelida de *equação processual*: celeridade, eficiência, compromisso com a redução de custos, tempo e complexidade processual, assim como um magistrado focado na prossecução de soluções justas¹⁶. Para o efeito, torna-se necessário exigir deste duas posturas só aparentemente contraditórias: uma *proximidade e interventividade* em relação às partes e à causa; mas também uma *distanciação e cooperação* com aquelas¹⁷.

14. No que diz respeito ao aspeto substancial, de forte influência inglesa. Nomeadamente da *active case management* típico do ordenamento jurídico inglês, caracterizado pelo seu modelo de processo privatizado, no sentido de que às partes cabia o controlo e condução do processo, representando o magistrado um papel subsidiário e passivo na lide processual –, demanda do magistrado uma preocupação em providenciar o andamento célere do processo. Para este efeito, o magistrado possui uma série de atribuições/deveres de condução do processo. Pelo uso deste tipo de ferramentas processuais se garante, assim, a ausência de inércia das partes, naquilo que é uma manifestação clara do modelo publicista e que pode ser resumida na concentração de poderes de direção, correção, sanção e programação nas mãos do magistrado.
15. Já no que respeita ao aspeto instrumental da gestão processual, ele confunde-se com o poder de adequação formal. Fortemente inspirado pela Reforma de 1995/96, os objetivos de permitir um efetivo acesso à justiça e a obtenção de decisões em prazo razoável conduziram ao derrube de uma série de preceitos rígidos, estritamente procedimentais, que poderiam revelar-se um obstáculo à obtenção daqueles. Em detrimento de um sistema perfeito e formal, o legislador escolheu a eficácia da norma processual, ainda por meio da atividade conjunta de partes e magistrado. A iniciativa, essa, devia sobretudo partir da mão do juiz, no incentivo às partes para a adoção de certos atos ou no estímulo à participação ativa destas no processo. A lógica era conceber um procedimento célere, mais eficaz e voltado para a busca da verdade, para o qual também deveria contribuir o juiz. O CPC de 2013 veio dar nova redação ao ex-265.º-A (agora plasmado no art.º 547.º). Nas palavras de Lebre De Freitas, “entre as normas dos art.ºs 265.º, n.º 1 e 265.º-A do CPC de 1961 e as dos art.ºs 6.º, n.º 1 e 547.º do CPC de 2013, são assinaláveis, além da integração da adequação formal no âmbito da gestão processual, uma importante diferença: a adequação formal não tem só lugar quando a tramitação legal não se aadeque (em absoluto) ao caso concreto; deve ter também lugar quando, embora adequada, outra haja que melhor se aadeque” (cfr. *Introdução...*, pág. 232). Para além disso, veio integrá-lo no mais amplo princípio da gestão processual, elevando como critério delimitador da atuação do juiz, o parâmetro do processo equitativo. Não deixa, porém, de ser questionável a adoção desta referência. Para Miguel Teixeira De Sousa, este critério deve ser interpretado à luz do art.º 6.º, n.º 1, e lido numa dupla perspetiva: a equidade deve representar um limite à adequação do processo que impeça a transposição de garantias imperativas deste, mas também deverá servir de norte e critério de decisão do magistrado, que o deverá usar para prosseguir na construção de um processo equitativo (cfr. *Apontamentos...*, pág. 12). A instrumentalização do processo à salvaguarda do real acesso à justiça, simplificando-o e agilizando-o, era, assim, implementado. Várias são as manifestações legais típicas que concretizam este instituto, a exemplo: (i) cumulação de pedidos (art.º 37.º, n.º 2 e 555.º, n.º 1), (ii) tramitação adequada pelo juiz quando é este a inquirir as testemunhas (art.º 40.º, n.º 3), (iii) cumulação de providências cautelares (art.º 376.º, n.º 3) etc.
16. Teixeira De Sousa, *Apontamentos...*, pág. 10.
17. Faria, *op cit.*, pág. 33. Reforçando a nova perspetiva com que o princípio deve ser encarado, destaca o autor a lógica cooperativa, sem com isso dizer que tal seja sinónimo de “ajuda à parte”. Por outro lado, dizer ainda que não obstante os atos de adequação formal poderem ser praticados em qualquer momento do processo, o momento típico da sua ocorrência será na fase da gestão processual. Com

Da nossa parte, entendemos que o poder de gestão processual não pode ser colocado de forma tão ampla como tem sido defendido por parte considerável da doutrina, seja por motivos *históricos*¹⁸, *teleológicos*¹⁹ ou *sistemáticos*²⁰.

O que a doutrina portuguesa deixa de abordar e assume grande importância é a possibilidade de as partes *conduzirem* o uso deste poder de adaptação do processo, i.e., que o *consenso das partes* seja uma entre várias modalidades que *instiguem o magistrado à gestão do procedimento* em prol daquelas. Uma das poucas reflexões que vimos prende-se precisamente com os limites à atuação do tribunal, quando tal atuação possa ferir interesses públicos indisponíveis²¹. Ora, tendo em conta que o princípio da *cooperação* procura sobretudo assumir o controlo do processo juntamente com as partes, chamando-as e colocando-as em pé de igualdade consigo, não há motivos para que o uso do dever de gestão processual não seja sempre efetuado em colaboração com estas²². Outra dessas reflexões, prende-se com aquilo que Luís Lameiras abordou, ainda que a propósito do regime processual civil experimental, da *colaboração pró-ativa das partes*²³. Assunto que, definitivamente, carece de mais atenção.

efeito, a adequação tanto pode ocorrer no momento da audiência prévia (art.º 590.º, n.º 1, al. e)), quer no despacho que a substitui, caso seja esse o caso (593.º, n.º 2, al. b); e 597.º, al. d) CPC).

18. Como vimos acima, este poder tem forte influência na *Rule 14 dos princípios de processo civil transnacional* da UNIDROIT que, por sua vez, são reprodução de uma norma americana das *Federal Rules*.
19. Tendo em conta que o objetivo da criação deste dever foi, no contexto do Processo Experimental, combater os atrasos e a morosidade dos tribunais resultado da litigância de massas, não se compreende que o juiz possa casuisticamente, em juízo *ad hoc*, promover essas modificações tendo em conta a existência de um procedimento legal padronizado e eficaz. A ideia não é permitir que os magistrados criem ou construam os seus próprios processos e tramitações procedimentais, mas que adequem, sempre que se justificar, num contexto de litigância em massa.
20. Tendo em conta os poderes já amplos e suficientes que o legislador forneceu ao magistrado para a adaptação processual (sanação de pressupostos, poderes de instrução probatória oficiosa etc), admitir uma amplitude tão ampla também para o poder de gestão processual iria estabelecer um desequilíbrio insustentável entre as partes e o magistrado no processo. Um modelo como este iria reservar às partes uma margem de autonomia circunscrita à limitação e domínio das alegações de fato e do pedido.
21. Assim, e por exemplo, que não obstante requerimento conjunto das partes, não poderá o juiz autorizar a que o julgamento tenha lugar perante tribunal colegial extinto; admitir que uma das partes litigue sem estar acompanhada de mandatário, mesmo que nisso esta tenha consentido; aceitar julgar determinada processo mesmo que reconhecendo-se com incompetência absoluta para o efeito; admitir recurso de decisão irrecurável, ainda que haja acordo das partes, por estar em causa decisão interessante; ou ainda determinar a isenção de custas das partes, como incentivo para transigirem (cfr. Faria, Paulo Ramos; Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – Os artigos da reforma*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, págs. 44 e 423).
22. Neste sentido, Gouveia, *op cit.*, pág. 44.
23. Sob esta ideia, Lameiras apela a que todos os operadores do processo possam participar ativamente na realização da função processual, nomeadamente em sede da *forma de processo e marcha processual* que se deve abrir à possibilidade de contributo dos seus interessados (cfr. Lameiras, Luís Filipe Brites,

1.1. Prorrogação de prazo

Já desde a Reforma de 1995/1996 que se admitiu esta possibilidade (art.º 147.º). Fora o caso dos articulados (art.º 486.º, n.os 4 e 5, e 504.º), o código era completamente omissivo relativamente à prorrogabilidade dos prazos mediante requerimento devidamente motivado²⁴.

Hoje, a matéria consta do art.º 141.º, n.º 2 que dispõe que “havendo acordo das partes, o prazo é prorrogável por uma vez e por igual período”. Apesar de no art.º nada se dizer, entende a doutrina que por motivos de *segurança e certeza*, esse *acordo motivado* entre as partes deve ser junto em documento avulso sob forma de *requerimento* ou declaração conjunta, não sendo suficiente o silêncio ou ausência de manifestação da parte contrária posterior à prática do ato extemporâneo para lhe dar validade²⁵.

Verificamos, portanto, que ao invés de se ter aproveitado o preceito para conferir um espaço de manobra à autonomia das partes, este foi mascarado sob a forma requerimento e necessidade de autorização do magistrado. A filosofia não foi, portanto, liberal, de autorizar convenções processuais em matéria de prazos, mas antes publicista, já que essa possibilidade foi enxertada no dever de gestão processual e acaba por surgir aos olhos do legislador como uma faculdade que aquele tem de adaptar o processo às exigências da lide em concreto, desde que haja acordo das partes.

2. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO EM SENTIDO AMPLO

Comum a praticamente todos os sistemas processuais de *civil law*, os *princípios do dispositivo* e da *disponibilidade privada limitada*, assumem no processo civil português grande importância²⁶, sendo ambos reflexo do princípio da autonomia privada, típico do direito civil²⁷. Enquanto o princípio do dispositivo garante que são

“A importância da colaboração das partes”, Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual, Braga, CEJUR, 2008, págs. 128-129).

24. Freitas, “Revisão...”, pág. 433.

25. Ferreira de Almeida, *op cit.*, Vol. II, págs. 54-55.

26. São as partes que têm o ónus de impulso inicial do processo (art.º 3.º, n.º 1) e, não obstante caber posteriormente ao juiz diligenciar pelo andamento da lide, outros preceitos há que impõem ónus de impulsos subsequentes, entre os quais o art.º 5.º, n.º 1. A ausência, ininteligibilidade, contradição entre pedidos e causa de pedir ou cumulação incompatível, torna inepto o articulado e nulo o processo (art.º 186.º, n.ºs 1 e 2, als. a), b) e c) do CPC).

27. Destacamos a questão da responsabilidade pela matéria de fato, que muitas vezes costuma estar associada também ao princípio do dispositivo, mas que na realidade traduz-se em algo diferente. Competindo-lhes alegar os fatos principais (art.º 5.º, n.º 1), quer nos articulados iniciais, quer nos supervenientes (art.ºs 141.º, n.º 1, 555.º, n.º 1, al. d), 572.º, al. c), 583.º, n.º 1, 584.º, n.º 1 e 588.º, n.º 1), e sem prejuízo do juiz poder convidar as partes a corrigi-los ou completá-los (art.º 590.º, n.º 2, al. b) e 3, e 591.º, n.º 1.º, al. c), esta circunstância nada respeita a um ato de disposição (cfr. Freitas, *Introdução...*, pág. 169); sob pena de às partes poder ser reconhecido um direito a mentir,

as partes quem determinam os fins de cada ação processual (*autodeterminação processual*)²⁸; o princípio da disponibilidade privada salvaguarda, especialmente em sede de causa de pedir e matéria probatória, o domínio dos fatos a trazer à lide, assim como os correspondentes meios probatórios para os demonstrar (*disponibilidade objetiva*)²⁹.

2.1. Competência convencional

Já no âmbito da Reforma 1995/1996 parte da doutrina propunha o alargamento do escopo do então art.º 99.º, nomeadamente restringindo a exclusão do pacto de jurisdição apenas para lides relacionadas com *o estado das pessoas* e não quando estivesse em causa todo e qualquer direito indisponível³⁰.

Hoje em dia, a matéria vem regulada nos arts.º 94.º e 95.º do CPC/13, que discriminam os termos em que a competência pode ser modificada por acordo das partes quer no plano internacional (art.º 94 – pacto privativo ou atributivo de jurisdição), quer no plano nacional (art.º 95.º - competência convencional ou pactícia; pacto de aforamento, pacto de competência, *pactum de foro prorogando*).

Ainda que de âmbito limitado³¹, assume destaque o art.º 95.º, n.º 3 que torna *vinculativa* a estipulação da nova competência escolhida pelas partes, desde que os requisitos do pacto estejam preenchidos, em particular, a forma exigida pelo mesmo,

o que não é verdade. Apesar de aparentar estar em causa uma espécie de “acordo” entre as partes relativamente aos fatos da causa; ou apesar da ausência de alegação de uns ou do reconhecimento e admissão de outros poder indiretamente parecer revelar uma certa disposição sobre os pedidos da lide, acompanhamos o entendimento de Lebre De Freitas no sentido de que esta mais não é do que a técnica escolhida pelo legislador para autorresponsabilizar as partes relativamente à busca pela verdade e ao material fático que deverão trazer para a causa (*ibidem*, pág. 170). Daí porque o legislador faça associar consequências desfavoráveis à parte que não trouxe esses fatos para o processo, tendo a responsabilidade de os fazer; de onde surge a íntima conexão entre ónus da prova e autorresponsabilização. Ora, apesar das partes não poderem mentir sobre os factos da causa, por não terem um poder de disposição quanto a estes, podem, no entanto, e até ao encerramento da discussão em 1ª instância, admitir por acordo a sua existência (art.º 574.º, n.º 2 e 607.º, n.º 4); que, na verdade, baseia-se na ideia de que sempre que uma parte deixa de contestar determinado fato é por este representar a verdade.

28. Sem prejuízo de se poderem, desde logo, apontar algumas exceções a este, como a do art.º 376.º, n.º 3, que prevê a não adstrição do tribunal à providência cautelar escolhida pela parte; ou o 931.º, n.º 7, o poder do juiz de, por iniciativa própria, fixar um regime provisório quanto a alimentos, do exercício das responsabilidades parentais e utilização da casa de morada da família, em caso de pendência de divórcio.
29. Teixeira de Sousa, “*Apreciação...*”, pág. 357.
30. Teixeira de Sousa, *ibidem*., pág. 372.
31. Porque circunscrito à modificação das regras de competência territorial que não impliquem, nos termos do art.º 104.º, conhecimento oficioso pelo tribunal, encontram-se afastadas à disponibilidade das partes, por razões estritamente de ordem pública, as regras de competência em razão da matéria, hierarquia, valor e forma do processo.

já que tem de ser *reduzida a escrito*³². Por outro lado, dispõe o preceito em análise que a validade do pacto depende da designação das questões ou especificação do fato jurídico que as origina e da indicação clara do tribunal que passará a ganhar competência (art.º 95.º, n.º 2). Precisamente porque o preceito admite, de forma implícita, uma *renúncia antecipada* (porquanto anterior à instauração da demanda) à exceção dilatória de incompetência relativa, na medida em que estende a competência a um foro que, de outro modo, não seria competente, limitam-se as possibilidades de defesa do réu mediante a exigência e condição de submeter o pacto a forma escrita³³.

Por outro lado, considera-se nula a cláusula convencional sobre foro, mediante a qual um dos outorgantes *se obriga a aceitar* o tribunal escolhido pelo outro, ou renuncia expressamente ao foro do seu domicílio³⁴.

2.2. Suspensão da Instância

No âmbito do CPC/61, o n.º 4 do art.º 279.º dispunha que “as partes podem acordar na suspensão da instância por prazo não superior a seis meses”. Sem se fazer qualquer menção ao número de vezes com que as partes poderiam chegar a acordo e pedir a suspensão do processo, a doutrina discutia a questão com pertinência³⁵. Quaisquer requerimentos subsequentes (por acordo das partes) de suspensão da instância teriam que passar pelo crivo jurisprudencial, ao abrigo no 279.º, n.º 4, e, bem assim, pela conformação a um motivo justificante adequado.

Hoje em dia, o regime foi alterado e encontra-se previsto no art.º 272.º, n.º 4. O legislador veio deixar claro que as partes podem, de forma *imotivada e potestativa*, solicitar por várias vezes a suspensão do processo, respeitado que seja o limite temporal. Não obstante esta não ser uma faculdade que caiba apenas às partes³⁶, a

32. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 355.

33. Teixeira de Sousa, Miguel, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, 2ª ed, 1997, págs. 123-125.

34. Varela, Antunes, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pág. 224, nota 5; *Mutatis mutandis*, vale o mesmo raciocínio para os *compromissos arbitrais* ou *cláusulas compromissórias*, enquanto negócios processuais mediante os quais as partes cometem a árbitros a atividade de composição da lide, removendo-a do foro judicial legal e subsidiariamente competente (art.ºs 280.º do CPC e 1.º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária). Tal como aqueles, uma vez celebrada por escrito e sem que se verifique qualquer problema de validade, o pacto é válido e vinculativo (cfr. Xavier; Folhadela; Andrade e Castro, *op cit.*, págs. 23-24).

35. Faria, *op cit.*, pág. 44. Já à época tinha uma noção compreensiva deste poder, consagrado para tutelar um interesse atendível dos seus titulares: propiciar um consenso e um acordo quanto ao objeto do processo, o que justificava uma oportunidade concedida pelo legislador e pelo juiz para que as partes se conciliassem extrajudicialmente. Mas quando perguntados sobre o número de vezes que o 279.º, n.º 4 poderia ter aplicação, alguma jurisprudência desenvolveu uma interpretação restritiva da norma, sustentando o seu uso não repetido, sob pena de saírem prejudicados princípios como a celeridade, economia processual e eficiência.

36. Já que nos termos do art.º 269.º, pode também verificar-se por motivos objetivos de existir uma causa prejudicial pendente, ou caso haja motivo justificado, por opção discricionária do magistrado (art.º 272.º, n.º 1).

verdade é que também agora continuou a ser condicionada muito por força do princípio da *concentração* e da *continuidade da audiência*, já que não obstante a suspensão por acordo poder ocorrer mais do que uma vez, tal fica sempre condicionado *ao não adiamento da audiência final já agendada* (269.º e 272.º)³⁷. A razão de ser do limite temporal prende-se com o interesse público indisponível da *celeridade processual* que subjaz ao processo e é refletido em normas como o 272.º, n.º 4, 275.º e 603.º, n.º 4³⁸; motivo pelo qual independentemente da existência de *consenso* entre partes e magistrado, a audiência não pode ser suspensa por mais de 30 dias, salvo circunstâncias excecionais expressamente consignadas em ata (art.º 606.º, n.º 3).

Verificados os pressupostos legais que autorizem a suspensão da instância, o magistrado está *impedido* de a vetar ou de se opor. Qualquer ato judicial praticado por este no sentido de o impedir, será nulo, já que não é ele quem *determina* a suspensão da instância; quem o faz são as partes, quedando-se aquele, passivamente, apenas ao seu reconhecimento³⁹.

Já não assim se houver suspeitas do uso *abusivo deste direito* pelas partes, fundamento este que autoriza o magistrado a reagir contra a prática de atos contrários à boa-fé processual, podendo eventualmente concluir pela também aplicação do instituto da litigância de má fé⁴⁰. Assim, a suspensão da instância ainda que por acordo e potestativa, quando, *de forma reiterada*, for dirigida à prossecução de outros fins que não os visados pela norma, constitui prática sancionável pelo instituto do abuso de direito.

Parte da doutrina tem considerado que o controlo deste direito das partes ainda pode ser feito pelo magistrado ao abrigo do seu poder de *simplificação e agilização processual* para garantia do princípio da *duração razoável do processo*⁴¹.

37. Sobre esta questão, particularmente relevante o posicionamento de Paulo Ramos Faria e Ana Luísa Loureiro, ao justificarem o porquê deste dispositivo ter de ser interpretado de forma ampla para incluir não apenas a proibição do adiamento, "(...) como a declaração de ineficácia da marcação, o reagendamento da audiência final, ou qualquer outra putativa solução processual tendente a impedir a sua realização na data já fixada. Desde o elemento gramatical – adiar compreende qualquer forma de transferência para novo dia –, até ao elemento histórico – dos trabalhos preparatórios (...) resulta claro o propósito de criar uma norma que combata a perturbação do agendamento da audiência final, invertendo o sentido da reforma processual civil do final do século passado, passando pelo argumento teleológico – a norma surge associada ao princípio da inadiabilidade da audiência e à consagração da celeridade processual como um interesse público indisponível –, todos os fatores hermenêuticos convergem nesta conclusão" (Faria; Loureiro, *op cit*, págs. 242-243).

38. *Ibidem*, pág. 45.

39. *Ibidem*, pág. 241.

40. Silva, Paula Costa e, *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 368 ss; Cordeiro, António Menezes, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência*; 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, págs. 127-137, sendo particularmente relevante sobre a distinção entre abuso de direito e litigância de má fé, págs. 146-147.

41. Faria; *op cit*, pág. 242. Diz-se que poderá justificar-se uma adequação processual que o limite quando as partes tenham acordado várias suspensões por curtos períodos de tempo sem apresentar qualquer

De qualquer forma, com vista exclusivamente a *promover a conciliação extrajudicial dos litígios*, as partes não têm que apresentar qualquer tipo de causa justificativa para que o magistrado não se oponha à suspensão convencional, ainda que muitas vezes estes se prendam com a realização de negociações para termo do processo ou a necessidade de obter liquidez financeira para satisfação do crédito do autor⁴².

Uma última nota para acrescentar que esta possibilidade de suspensão a instância por convenção das partes também é possível sempre que estas pretendam *resolver o litígio por mediação*, conforme resulta da aplicação conjugada dos arts.º 272.º, n.º 4 *ex vi* 273.º, n.º 2.

2.3. Confissão, desistência e transação

O autor e o réu reconvinte podem *desistir da instância*; que mais não é do que uma manifestação contrária à propositura da ação, onde a parte declara querer renunciar àquela. Fazem-lho, sem com isso abdicar do direito que reclamam ser titulares (art.º 285.º, n.º 2). Não obstante o *caracter unilateral* do ato, dispõe o art.º 286.º, n.º 1 e o art.º 584.º, n.º 1 que caso a desistência ocorra após a contestação ou réplica, a sua eficácia fica condicionada à aceitação do réu ou autor reconvinde, respetivamente. Até àquele momento, a eficácia do ato é plena e permanece livre, o que reforça a natureza paralela do ato de proposição da ação com o ato de desistência da mesma⁴³.

Também a *desistência do pedido* (autor) e a *confissão do pedido* (réu)⁴⁴ têm natureza jurídica de *negócios jurídico unilaterais*, podendo ser feitas a todo o tempo (art.º 283.º, n.º 1) e, ao contrário da desistência da instância, têm como principal efeito a extinção do direito substantivo que o seu titular pretendia fazer valer no processo⁴⁵. Não obstante carecer de ato jurídico posterior de *homologação* (art.º 290.º, n.º 3) para poder produzir efeito de *coisa julgada* (art.ºs 291.º, n.º 2 e 619.º, n.º 1), extinguir a instância (art.º 277.º, al. d)) e formar título executivo (art.º 703.º,

justificação após inquirição pelo magistrado. Pessoalmente discordo deste entendimento, já que o preceito não exige qualquer tipo de motivação para ser invocado e a limitação do prazo legal parece acautelar de forma suficiente os interesses que esta posição pretende valer.

42. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 539.

43. Freitas, *Introdução...*, pág. 161. De qualquer forma, importa distinguir consoante a desistência fique ou não subordinada ao consentimento da outra parte: estas declarações sucessivas não se dirigem à outra parte nem integram, posteriormente, um ato uno; permanecem antes, como duas declarações individuais de vontade que têm a sua autonomia; naturalmente que esta conclusão tem relevância prática, *v.g.* perceber o regime revogatório: admitindo esta teoria, torna-se perfeitamente possível a cada uma das partes revogar unilateralmente da sua declaração, possibilidade esta que estaria excluída se a interpretássemos como convenção consensual.

44. Sobre as discussões em torno da natureza jurídica destes dois institutos (negócios jurídicos processuais, atos de dupla natureza ou simples atos processuais), Freitas, José Lebre de, *A confissão no direito probatório – Um estudo de direito positivo*, 2ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 468-470.

45. Neste sentido, Freitas, *A confissão...*, págs. 486-487.

n.º 1, al. a)), a verdade é que os seus efeitos substantivos decorrem diretamente do ato de confissão ou desistência do pedido, pelo que é um verdadeiro negócio jurídico substantivo que se relaciona ao processo de forma meramente ocasional, já que nada obsta a que fosse praticada extrajudicialmente.

No que respeita à *transação judicial* ou *negócio de autocomposição do litígio*⁴⁶, parece mais uma clara manifestação do princípio da disponibilidade do termo do processo pelas partes. Todavia, tal não é verdade, pois eles são, sim, resultado da *autonomia privada das partes*⁴⁷. Com efeito, a lei diz-nos que apenas no campo da *disponibilidade do direito* objeto do processo podem ser praticados atos confessórios, de desistência ou disposição, conformando esses mesmos direitos ou extinguindo-os (art.º 284.º e 285.º). Ora, os critérios para aferição dessa disponibilidade dos direitos em jogo são feitos, naturalmente, nos termos do direito privado substantivo⁴⁸⁻⁴⁹. Por ser assim, a doutrina não tem hesitado em visualizar este ato como tendo *natureza substantiva*, o que decorre dos art.ºs 1248.º e 125.º do Código Civil. Diferentemente deste negócio de autocomposição, de natureza privatista – ainda que atue diretamente sobre situações jurídicas processuais –, autonomiza-se o próprio *ato que faz valer no processo os efeitos do negócio privado*⁵⁰.

46. Nos termos do art.º 1248.º do Código Civil, apresenta-se sob a definição legal de “contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões”.

47. Cfr. Freitas, *Introdução...*, pág. 165; Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 618. Em sentido contrário, enquadrando-o como um ato resultante do princípio do dispositivo, Rodrigues, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 72; Rego, Carlos Lopes do, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de ação declarativa*, Julgar, Lisboa, n.16 (Jan.-Abr. 2012), pág. 57.

48. Nos termos das normas do Código Processo Civil, não obstante o regime da indisponibilidade ser claramente uma exceção ao regime geral, existe ainda um conjunto de hipóteses significativas que impedirão a prática destes atos dispositivos e encontram-se, sobretudo, no palco do direito da família. Assim, no que respeita à *investigação da paternidade e maternidade* (exceto quanto aos efeitos patrimoniais resultantes do estado civil dessa decretação), não serão admissíveis quer a desistência do pedido, quer a transação; ao passo que a confissão permanecerá livre, por livre ser a vontade dos pais perfilharem ou declararem a maternidade sobre outrem. No que respeita a *alimentos*, a sua natureza parcialmente indisponível autorizará transações judiciais e confissões do pedido, mas já não desistências deste senão quanto a prestações já vencidas (art.ºs 2006.º, 2012.º e 2008.º, n.º 1 do CC; 936.º, n.º 3 e 994.º, n.º1, al. c) e d) do CPC).

49. João Castro Mendes invoca a este preceito aquilo que parece ser um novo princípio processual que o Autor autonomia e chama de *princípio da submissão aos limites substantivos*. Por via deste princípio, procura o Autor impedir que as partes procurem pela via processual obter efeitos que não conseguiriam fora dele. Assim, a opção pelo julgamento de equidade haveria de respeitar os limites do art.º 4.º, al. b) CC, assim como o impedimento da caducidade pelo reconhecimento do direito o art.º 331.º, n.º 2 CC, a inversão convencional do ónus da prova o art.º 345.º, n.º 1 do CC, a eficácia probatória da confissão o art.º 354.º, al. b) do CC, a limitação da responsabilidade patrimonial a certos bens, o art.º 602.º do CC, os efeitos da revelia o 568.º, al. c), a convenção de arbitragem o art.º 1.º da LAV etc. (*Direito Processual Civil*, Lisboa, AAFDL, 1966, págs. 206-228). No mesmo sentido, Teixeira de Sousa, *Introdução...*, págs. 46-47 e *Estudos ...*, pág. 203; Rodrigues, *op cit.*, pág. 228.

50. Freitas, *Introdução...*, pág. 165.

A possibilidade de desistência e transação *em sede recursal* também tem o seu lugar. Diz a doutrina⁵¹ e jurisprudência⁵², que mesmo após prolação do acórdão do tribunal superior, é possível a prática desses atos, desde que o trânsito em julgado não tenha ainda tomado lugar. Já a *renúncia ao recurso* (ou, extensivamente, a qualquer forma de impugnação da decisão judicial), quando feita de forma antecipada, carece expressamente de consenso e acordo das partes, nos termos do art.º 632.º, n.º 1; daqui se pode inferir, desde logo, que este tipo de renúncia recursal não pode *nunca ser tácita*⁵³. Dizer, ainda, que a doutrina portuguesa também levanta a questão da admissibilidade da renúncia quando a ação respeite a *direitos indisponíveis*, para concluir pela não incompatibilidade entre o objeto indisponível da lide com a renúncia à impugnação⁵⁴.

Relativamente à mesma hipótese no *plano executivo*, poderá verificar-se no momento processual da oposição à execução (arts.º 728.º e 734.º), já que enquanto articulado declarativo que surge no decurso dos termos executivos, se lhe aplicarão as mesmas regras que valem para os institutos na ação declarativa comum. Veja-se, igualmente, que a *desistência (renúncia) da instância ou ao pedido* constituem causas extintivas da ação executiva, nos termos do art.º 848.º, sendo que, se estiverem pendentes embargos do executado, a eficácia daquela ficará pendente da aceitação do embargante (848.º, n.º 2). Já no que respeita à *confissão do pedido* (réu) reconhecido no título executivo é perfeitamente vazia, pelo que perde sentido a admissão da sua possibilidade⁵⁵.

É também discutido por alguma doutrina a possibilidade do autor *desistir do pedido* após prolação de sentença absolutória, ou do réu *confessar o pedido* após prolação de sentença condenatória, ou ainda da *transação* por ambas após prolação

51. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 620.

52. “Efectivamente, sendo a desistência do pedido um acto unilateral de auto-composição da lide da iniciativa do autor, que extingue o direito que se pretendia fazer valer, é admissível, em qualquer estado da causa, podendo, portanto, ter lugar já depois de julgada a acção, em 2ª instância, contanto que a decisão não haja ainda transitado em julgado” (ac. do STJ, de 02.02.2010, proc. 3128/07.2TVPRT-A.S1, rel. Cons. Hélder Roque); e STJ, de 4-7-1996, CJ (STJ), Ano IV (1996), Tomo 3, pág. 7, rel. Cons. Fernando Fabião.

53. Pais de Amaral, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 13ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 430.

54. Uma vez que a impugnação de decisões judiciais sobre o estado das pessoas não é dever, tão-pouco obrigatório, não faz sentido concluir de forma diferente. Teixeira de Sousa, *Estudos ...7*, pág. 383; Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. V, Coimbra, 1952, págs. 280 ss.

55. No que respeita à *transação judicial* em sede executiva, o novo Código trouxe uma nova norma no art.º 806.º, tendo passado a admitir que exequente e executado, por *convenção*, extinguissem a instância mediante compromisso de pagamento a prestações do crédito exequendo. Permitiu ainda, no art.º 810.º, que exequente, executado e credores reclamantes pudessem obter um *acordo global* sobre um plano de pagamentos a ser cumprido entre estes; com a consequente aplicação do art.º 806.º, n.º 1 e 807.º *ex vi* 810.º, n.º 2 e, portanto, com a extinção da execução após comunicação ao agente de execução do *acordo global* negociado; naquilo que é, afinal, uma verdadeira transação para efeitos do art.º 277.º, al. d), (cfr. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 621).

de sentença com qualquer conteúdo, desde que, para todas, ainda não tenha havido o trânsito em julgado daquela. Tem-se dito que, salvaguardado o fato de o negócio processual não apresentar teor coincidente com o da sentença judicial, deverá considerar-se existir interesse processual da parte; acaso assim não seja, e acabem por repetir o teor daquela, poderá ainda sustentar-se a conversão desse ato processual de desistência, confissão ou transação numa renúncia à interposição de recurso⁵⁶.

Para além destas hipóteses, cabe ainda uma palavra para a *conciliação judicial*, prevista nos art.ºs 591.º, n.º 1, al. a) e 594.º do CPC. À tradicional proposta de conciliação obrigatória que o ordenamento jurídico processual brasileiro está habituado, o legislador português apresentou aqui a hipótese de as partes, por *requerimento conjunto* e, portanto, consensual, poderem *convocar uma conciliação judicial*, que procure resolver o litígio e pôr termo ao processo com recurso a soluções de equidade. De resto, a natureza jurídica do resultado da conciliação judicial não é isenta de dúvidas: ao passo que no art.º 290.º, n.º 4 fica a ideia de que estamos perante uma *transação judicial* obtida e homologada pelo magistrado, a verdade é que do ponto de vista conceptual, uma transação, como negócio jurídico processual, não é a mesma coisa que uma conciliação, pois nesta, ao contrário daquela, o magistrado assume papel importante na promoção de tentativas de consenso, interferindo no discurso⁵⁷.

2.4. Modificação consensual do pedido ou causa de pedir

O ordenamento jurídico português permite, nos termos dos art.º 264.º do CPC, a *alteração ou ampliação consensual* do pedido e causa de pedir, em qualquer altura do processo, corra ele em 1ª ou 2ª instância, exceto se tal perturbar inconvenientemente a instrução, discussão ou julgamento do mesmo; e no art.º 265.º, a modificação do pedido e causa de pedir na falta de acordo, i.e., de forma *objetiva*: (i) caso haja confissão, aceita pela parte contrária, desde que no prazo de 10 dias a contar desta; (ii) em caso de desenvolvimento ou consequência de pedido primitivo, em qualquer altura até ao encerramento da discussão em 1ª instância; (iii) em caso de modificação simultânea do pedido e causa de pedir, desde que não haja convalidação em diferente relação jurídica controvertida.

O legislador não estabeleceu quaisquer limites quanto à amplitude com que as partes podem fazer deste acordo, pelo que a alteração do pedido e da causa de pedir pode sofrer significativas alterações. Por outro lado, quanto ao momento processual indicado para o efeito, e na falta de disposição em contrário, deverá entender-se poder ser realizada quer nos articulados, quer em requerimentos autónomos subsequentes

56. Teixeira de Sousa, *Estudos ...*, pág. 196. Diferentemente para os casos de *desistência da instância*, o regime parece seguir o da sua admissibilidade nos termos gerais mesmo antes de prolatada a sentença, i.e., ficar na dependência da aceitação do réu; em caso de ausência de contestação do réu nos autos, deverá ter-se por inadmissível sempre que a sentença seja desfavorável ao autor.

57. Xavier; Folhadela; Andrade e Castro, *op cit.*, pág. 34.

e, inclusivamente, podem ser apresentadas em simultâneo ao juiz (pelo autor e réu), como o podem ser de forma sucessiva⁵⁸.

2.5. Convenções probatórias

Já Manuel de Andrade definia convenções probatórias como “*estipulações das partes relativas às provas*: autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório”⁵⁹.

Também em matéria de ónus da prova o legislador português decidiu privilegiar a vontade das partes. Fê-lo, todavia, não no contexto processual e sistemática do CPC, mas antes no contexto privado e sistemática do CC⁶⁰. É no art.º 344.º que podemos encontrar a regulamentação da inversão do ónus da prova. O artigo prevê que o ónus probatório possa ser invertido sempre que exista *presunção legal* (n.º 1 e art.º 350.º CC); em casos de *dispensa ou libertação legal*, que presume já estar obtido determinado resultado probatório⁶¹; e sempre que as partes celebrem *convenção sobre provas*.

A razão de ser prende-se com os *interesses de ordem particular* que subjazem às regras de distribuição do ónus probatório, perfeitamente disponíveis e, por isso, passíveis de transação (art.º 345.º⁶²)⁶³. Por via desta convenção, passa o titular do

-
58. Rodrigues, *op cit.*, pág. 136. Com efeito, os dois únicos limites impostos pelo legislador ordinário a esta possibilidade, ainda que haja acordo das partes em sentido contrário: (i) apenas na 1ª e 2ª instância podem ter lugar, pelo que não serão admitidas em sede do Supremo Tribunal de Justiça, exceto quando funcione como tribunal de instância; (ii) alterações que sejam suscetíveis de atrapalhar o andamento do processo, ou de qualquer forma perturbar a instrução, discussão ou julgamento da lide, deverão ter-se por inadmitidas.
59. Andrade, Manuel de, *Noções Elementares do Processo Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, pág. 198.
60. Todavia, nem sempre foi assim. No Código Civil de 1867 as regras do ónus da prova encontravam-se rudimentarmente previstas. Por ser assim, com a entrada em vigor do CPC/39 o legislador optou por regular também nesta sede a matéria, que ficou dividida em dois artigos (519.º e 520.º). Em 61, com a chegada do novo CPC/61, as regras acerca do ónus da prova continuaram a ser reguladas no CC e, simultaneamente – pois a nova legislação nada mudou – no CPC. Foi com o novo CC/66 que apareceram as atuais disposições jusprivatistas sobre ónus de prova, nos art.ºs 342 ss. Pretendia-se, agora, que fosse o CC a regular em termos completos e exaustivos esta disciplina. Atento o objetivo, poucos meses após a sua entrada em vigor, o legislador procedeu a uma alteração ordinária ao CPC/61 retirando-lhe as disposições sobre ónus da prova. O novo CPC/13 não modificou este regime, pelo que a sua regulamentação continua a estar exclusivamente prevista no CC.
61. Dos quais é exemplo a presunção legal de que a posse titulada se presume de boa-fé (art.º 1260.º, n.º 2 CC).
62. “1. É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias” (cit. art.º 345.º CC).
63. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. II, pág. 238.

direito a ficar onerado com a prova da *inocorrência* de um fato impeditivo, assim como o titular do dever com a prova da *inocorrência* do fato constitutivo. Como limite a esta possibilidade, estão as hipóteses de *dificultar de forma excessiva* o exercício do direito pela outra parte. Desta forma, e não obstante a anuência das partes, não pode o presumido pai ser onerado com o ónus do fato negativo de que não é ele o pai do investigante, por estar em causa um direito indisponível⁶⁴.

Não deixa de ser interessante apontar que, apesar do *ordenamento jurídico brasileiro* ser menos publicista e inquisitorial que o português, consagra uma regra de repartição dinâmica do ónus da prova pelo juiz (art.º 373.º, §1 e 2 do CPC/Br), ao contrário daquilo que decorre da lei portuguesa, que não fornece qualquer norma que permita ao magistrado repartir diferentemente aquele ónus^{65/66}.

A possibilidade de *convenção unilateral de inversão do ónus da prova* haverá também por ser admitida, por argumento de maioria de razão. Com efeito, se o legislador vem admitir que *por acordo* a inversão seja válida, não se vislumbram motivos para impedir a inversão por ato unilateral, espontâneo e livre da parte que acabará por ser a única prejudicada com a convenção⁶⁷.

Também em *matéria de provas*, e ao contrário daquilo que é possível ao tribunal, podem as partes convencionar sobre restrições ou alargamentos aos meios de prova disponíveis, não obstante a tipicidade legal destes. Mais uma vez reconhece-se o âmbito das relações jurídicas disponíveis dentro do processo; apesar de se o fazer em dispositivo de direito privado (art.º 345.º, n.º 2)⁶⁸. Tal como em matéria de ónus probatório, também aqui a lei impõe termos de eficácia: os meios de prova não podem

64. Da mesma forma, se estiver em causa um direito de crédito numa relação de consumo (direito disponível), podem as partes convencionar que será do vendedor responsável existência de vícios na coisa vendida, exceto quando aqueles vícios se provem ter sido gerados após a celebração do contrato, por dificultar sobremaneira a prova ao vendedor (cfr. *Ibidem*, pág. 247).

65. Cunha Rodrigues, Maria Gabriela da, “Poderes de iniciativa do juiz em processo civil e ónus da prova”, *Revista do CEJ*, Lisboa, CEJ, 2016, pág. 60.

66. Exemplos de contratos probatórios encontram-se facilmente na prática forense. A convenção de garantia entre as partes, incluída num contrato de compra e venda, é disso exemplo. Por via desta o vendedor vincula-se a prestar reparações ao bem vendido, durante um certo período de tempo, exceto se conseguir demonstrar que esse defeito surgiu em momento posterior ao da venda. Da mesma forma, a cláusula que autoriza um dos outorgantes a resolver um contrato, exceto caso o segundo demonstre a inexistência de motivo legítimo, também traduz uma inversão convencional do ónus da prova (cfr. Faria, Rita Lynce de, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Lex, 2001, pág. 48).

67. *Ibidem*, pág. 49.

68. Ao contrário do ordenamento jurídico processual brasileiro, onde dos dispositivos probatórios encontram-se regulados no código de processo civil, no ordenamento jurídico português as disposições vêm reguladas pelo Código Civil. Por esta e outras razões, a natureza jurídica destas regras tem sido muito contestada pela doutrina. Posicionamo-nos junto daqueles que atestam uma *natureza substantiva* nos meios de prova, dada a sua intimidade com o direito proclamado, já que a capacidade de fazer prova do direito está condicionada pelos meios de prova existentes, sem

reportar-se a matéria subtraída à disponibilidade das partes (direitos indisponíveis), e delas não pode resultar excessivamente difícil para uma das partes o exercício do direito. Desta forma, convenções que excluam provas testemunhais, ou exijam que certo fato só possa ser provado por escrito, podem ser perfeitamente admissíveis⁶⁹. Por último, dizer também que se por meio destas convenções torna-se possível restringir a certo meio de prova o procedimento probatório dum dado processo, não deixa de ser possível igualmente convencionar-se sobre a criação de *prova diversa da legal*, i.e., de *prova atípica*, o que constitui uma janela aberta, sobretudo, ao mundo digital e eletrónico.

Tal como já alertava Lebre de Freitas nas suas lições, mantém pertinência a questão de saber se se terá sempre por admissível a convenção probatória mediante a qual as partes excluam determinado meio de prova que o juiz possa oficiosamente ordenar, em prol da busca da verdade⁷⁰.

3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação é aquele que impele (todos) os sujeitos processuais a proceder de tal forma que, colocados numa plataforma de boa fé e de confiança recíprocas, procurem otimizar as condições para a obtenção, num prazo razoável, de uma decisão judicial. O princípio dita, portanto, um critério de referência de conduta para os sujeitos, dentro do processo, permitindo que a marcha do processo corra a um ritmo acelerado.

Não obstante a existência de um *princípio de cooperação* registado no CPC português no art.º 7.º, consagrado expressamente com a Reforma de 95/96, ele insere-se num contexto geral e mais amplo de *deveres processuais cooperativos*, partilhado com a boa-fé processual (art.º 8.º⁷¹), com o dever de apresentar documentos (art.º 430.º), com o dever de recíproca correção (art.º 269.º) e com a extensão a terceiros desses mesmos deveres (art.º 417.º, 432.º- 434.º, 436.º- 437.º, 469.º, n.º 1, 497.º); que são inclusivamente reforçados pelos novos arts.º 156.º, n.º 4 e 5 relativamente ao controlo de incumprimento de prazos pelo juiz⁷². Este dever de cooperar não é, porém, imposto apenas às partes, como também ao tribunal⁷³;

os quais aquele se torna inútil (Freitas, Lebre de, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 214-215).

69. No exemplo de Lebre de Freitas, acaso estiver em causa, por exemplo, um contrato de seguro contra incêndio, as partes podem convencionar que a prova testemunhar relativamente ao recheio estará excluída ou, pelo contrário, que relativamente aos bens existentes no local sinistrado apenas prova documental por catálogo se terá por admissível etc. (*A Acção ...*, pág. 224).

70. Freitas, *A Acção ...*, pág. 224, nota 63.

71. “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior” (cit. art.º 8.º).

72. Freitas, *Introdução ...*, págs. 187-188.

73. Remetemos à ideia que Miguel Teixeira de Sousa constrói do princípio da cooperação, consoante o sujeito em causa seja a parte ou o tribunal. Para o primeiro, incluem-se (i) as condutas contrárias

apesar de nem sempre ter sido assim⁷⁴. De qualquer forma, nos dias atuais em que se estendem certos deveres resultantes deste princípio também para o tribunal, já parte da doutrina tem defendido existir no ordenamento português um *modelo social* de processo (do tipo inquisitorial, por oposição ao modelo adversarial/dispositivo)⁷⁵, enquanto outra sustenta a criação de um novo modelo de processo, designado *cooperativo*⁷⁶.

Há quem entenda ser este princípio incapaz de ser aplicado de forma imediata, não se autorizando o juiz a adotar “qualquer conduta interventiva que seja imediatamente justificada pela justa composição do litígio”⁷⁷. Nesta lógica, o princípio da cooperação acaba por ficar desdobrado na concretização de vários deveres, espalhados pelo código, como o de auxílio, consulta, esclarecimento etc. Em sentido contrário, porém, pode-se sustentar que a desnecessidade de materialização do princípio em regras específicas decorre do fato deste poder ser interpretado enquanto cláusula geral

à boa fé processual e passíveis de conformar litigância de má fé (valendo aqui todas as hipóteses típicas previstas no art.º 542.º); (ii) assim como as condutas em matéria probatória, uma vez que todas as pessoas devem prestar colaboração com o tribunal na descoberta da verdade, respondendo ao perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o pedido e praticando os atos necessários; (iii) e ainda em sede executiva a colaboração na identificação ou localização de bens penhoráveis. No que respeita ao segundo, o Autor esquematiza os deveres em quatro tipos: (i) *esclarecimento* (apesar de também se estender às partes), sobre a matéria de fato ou de direito; (ii) *prevenção*, tipicamente assistencial, como o convite ao aperfeiçoamento dos articulados em caso de irregularidades ou insuficiências na alegação da matéria de fato, a explicitação de pedidos confusos, identificação de alegações lacunosas na causa de pedir, dirigir solicitações de adequação dos pedidos à situação concreta que a lide enfrenta e emitir sugestões quanto à prática de certos atos; (iii) *consulta*, também ele de carácter assistencial, permitindo que as partes se possam pronunciar sobre questões previamente ao juízo final do magistrado e mesmo em matérias de conhecimento oficioso; (iv) *auxílio*, ajudando as partes a ultrapassar certas dificuldades para o exercício dos seus direitos, como por exemplo a que resulta de encontrar determinado documento. Por último, destaca ainda deveres recíprocos em matéria de cooperação, como o de promover consensualmente a marcação de diligências. (cfr. *Estudos ...*, págs. 62-67).

74. A lógica da cooperação, por mais estranho que se pareça, apareceu no ordenamento jurídico português pela mão do regime ditatorial do Estado Novo. O modelo fortemente publicista do processo que então se impunha levou ainda o legislador a consagrar para as partes um “dever de cooperação para averiguação da verdade” (epígrafe do então art.º 524.º CPC/39). A apologia do sacrifício do interesse particular das partes diante do exercício da função pública seguia rumo natural neste regime e era visto como algo visionário, mesmo perante o Código italiano fortemente inspirado pelas ideias de Carnelutti (cfr. Reis, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1946, pág. 319; Mendonça, Luís Correia de, “Vírus autoritário e processo civil”, *Revista Julgar*, N.º 1, Lisboa, 2007, pág. 83).
75. Teixeira de Sousa, *Estudos ...*, pág. 62.
76. Baseando-se no posicionamento brasileiro maioritário sobre o tema, particularmente no de Daniel Mitidiero, Didier Jr., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, págs. 45 ss..
77. Silva, *op cit.*, págs. 591-592; Cunha, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo*, 2ª Ed, Lisboa, Quid Juris, 2015, pág. 73; Teixeira de Sousa, *Estudos ...*, pág. 68.

passível de discricionariedade judicial e, portanto, dele se poderem extrair normas jurídicas diretamente aplicáveis⁷⁸.

Para compreensão do princípio e instituto, e sem desconsiderar outros posicionamentos da doutrina, como o de Mariana França Gouveia⁷⁹ ou Paula Costa e Silva⁸⁰, seguimos aqui a repartição proposta por Lebre de Freitas, entre *cooperação material*⁸¹ e *cooperação formal*. Em particular no que respeita à *cooperação formal*, esta colhe previsão legal nos art.ºs 7.º, n.º 4 e 151.º e associa-se a um corolário de *dever de auxílio*. A ideia que lhe subjaz prende-se com a promoção de todas as condições para que o tribunal consiga, com eficiência, obter uma decisão ou providência executiva

78. Neste sentido, Didier Jr., *op cit.*, págs. 22 e 50 ss.

79. A Autora apresenta um posicionamento particularmente interessante relativamente a este princípio, porquanto mais circunscrito na sua amplitude. No seu entendimento, não obstante as partes terem o dever de atuar com boa fé no processo, não podem ser forçadas a colaborar com o tribunal ou entre si, por isso poder desembocar na supressão de direitos subjetivos privados em prol “de uma ideia pública de justiça”. Alternativamente, propõe um modelo que tente conciliar os paradigmas liberal e autoritário, assente na figura do juiz colaborante, que se posiciona na lide em igualdade com autor e réu e, em razão dessa posição, assume interesse e preocupação com a lide em detrimento do costumeiro alheamento e desinteresse que se costuma exigir da figura do magistrado. Sem prejuízo deste papel preocupado com o litígio, limita-lhe os poderes de intervenção na delimitação do caso decidindo (cfr. Gouveia, *op cit.*, pág. 103).

80. A autora entende o preceito que demanda um novo paradigma de “comunidade de trabalho” como idealista e utópico, por exigir um tipo ideal de parte que, no limite, se auto-mutilaria processualmente para corrigir não só os seus erros, como os da parte contrária, sob a iluminada presença do juiz, para fazer triunfar a verdade, ignorando ou insinuando que não existe qualquer tipo de incompatibilidade entre o interesse do Estado e o das partes. Nas palavras da Autora, este ideal baseia-se num “homem que, com a maior isenção, possa apresentar a sua versão dos acontecimentos ao tribunal pedindo apenas aquilo que a lei lhe permite e ajudante, tanto o tribunal, como a parte contrária, na recolha de tudo quanto permita chegar ao resultado final justo. A parte que não visa persuadir, mas informar o tribunal, a parte que não age estrategicamente em função do resultado que melhor serve os seus interesses, mas que coopera sistematicamente com o tribunal e a parte contrária” (Silva, *op cit.*, págs. 110 ss.)

81. Quando pensamos, por um lado, na necessidade que o legislador impõe no art.º 417.º, n.º 1, das partes colaborarem para a busca da verdade relativamente ao objeto do processo, contribuindo para a disponibilização de material probatório, acatando as diligências determinadas pela contraparte ou tribunal (como perícia ou inspeção judicial – art.ºs 388 e 390.º do CC e 467.º, 480.º e 574.º, n.º 1 do CPC), prestando depoimentos, facultando documentos, coisas móveis ou imóveis (art.ºs 416.º, 429.º e 430.º); e, por outro, nos poderes que a lei confere ao juiz solicitar informações e esclarecimentos às partes (art.º 7.º, n.º 2), tipicamente posto em prática em sede de audiência prévia (art.º 591.º, n.º 1) ou final (art.º 604.º), que normalmente traz como consequência pedidos de retificação ou aperfeiçoamento dos articulados; pensamos então na vertente material do princípio, que basicamente impõe deveres às partes e poderes ao magistrado. A estes preceitos, há ainda que acrescentar o art.º 417.º, que visa sobretudo o novo meio probatório depoimento de parte (art.º 421.º). O exercício deste dever não deixa de estar limitado, obviamente, pela recusa legítima, caso se verifique uma afetação ilegítima de direitos fundamentais das partes (cfr. Freitas, *Introdução...*, págs. 188-190). Apesar do Autor destacar a significativa mudança que se processou do CPC 1961 para o de 2013 nesta matéria, já que os poderes do juiz deixaram de ser discricionários, para passar a ser uma atividade vinculativa do magistrado. Equacionando a natureza jurídica da colaboração, Lameiras, “A importância...”, pág. 126.

satisfativa do crédito. É a cooperação formal que, procurando *remover os obstáculos* que se levantem no decurso do processo, legitima o tribunal a *convidar* ou *promover oficiosamente as diligências* necessárias (art.º 7.º, n.º 4), como por exemplo a aplicação de *sanção pecuniária compulsória ao executado* em caso de falta de cooperação na indicação de bens à penhora (art.º 750.º, n.º 1). Por outro lado, também a *marcação de diligências por acordo* com os mandatários das partes (art.º 151.º), a necessidade de comunicar imediatamente da existência de impedimentos por parte quer de mandatários, quer de juiz (art.º 155.º, n.ºs 4 e 5), ou do *atraso no início da audiência* (art.º 155.º, n.º 6), são manifestações desta vertente⁸².

Quanto à ideia de *preocupação com o litígio*, que Mariana França Gouveia aborda como sendo competência do magistrado, não deixa de ser francamente questionável, especialmente quando se leva em conta que este, a roçar o limbo da sua imparcialidade, tenha ainda que se preocupar com o litígio além do que o necessário. Como aponta Luís Correia de Mendonça, citando Luigi Ferrajoli, “quanto mais espaço a legislação deixa à ética do juiz, às suas escolhas e à sua responsabilidade moral, tanto mais se reduz a legitimação ético-política do juízo”⁸³. Se o modelo passar a ser do “árbitro/treinador” das duas equipas, não parece que o magistrado possa manter credibilidade suficiente.

3.1. Programação de diligências

Com regime previsto no art.º 151.º, a marcação de diligências pelo magistrado, por acordo entre as partes, representa um exemplo crasso do princípio da colaboração no processo, já para não falar do efeito positivo que poderá ter relativamente à redução do número de adiamentos de audiências⁸⁴.

Apesar da clara semelhança desta situação com a norma prevista no 191.º do CPC brasileiro que autoriza as partes, juntamente com o tribunal, a definir um calendário processual; é possível encontrar uma principal diferença: a *iniciativa*. Enquanto o calendário processual é instituto de gestão que pode partir quer das partes, quer

82. Freitas, *Introdução...*, pág. 192.

83. Ferrajoli, Luigi, “L’Etica della giurisdizione penale”, *Etica e deontologia Giudiziaria*, Napoles, Vivarium, 2003, pág. 40, *apud*, Mendonça, *op cit.*, pág. 96.

84. Já no âmbito do código anterior após Reforma, o artigo (ex. 155.º) era aplaudido pela doutrina. As críticas centravam-se apenas num particular aspeto do seu regime, já que na falta de acordo prévio das partes por mais de três tentativas de datas diferentes, os mandatários ficariam sujeitos automaticamente à primeira das três datas sugeridas. Naturalmente que este aspeto era visto com maus olhos, já que não impedia que mandatários de má-fé dificultassem o acordo propositadamente por saber que essa data inicial não interessaria ao outro. (cfr. Freitas, “Revisão...”, págs. 428-448). No mesmo sentido de enfatizar os benefícios desta norma processual, cfr. Pimenta, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 236. Como relata o Autor, “era habitual serem convocados em bloco e para a mesma data todas as pessoas a serem ouvidas em juízo (v.g. testemunhas e peritos), independentemente do seu número e sem se ter em conta a possível demora de cada inquirição”, o que fazia com que vários sujeitos tivessem que se deslocar várias vezes ao tribunal sem saber quando iriam ser ouvidos, numa clara desorganização de tempo e custos.

do juiz; no ordenamento jurídico português, o instituto da programação carece de iniciativa exclusiva do magistrado, tendo apenas este o poder de o propor ou não. Por outro lado, do ponto de vista da respetiva *natureza jurídica*, ao passo que o calendário processual é juridicamente vinculativo e, por isso, assume a forma de negócio jurídico processual plurilateral, a programação é meramente orientadora da prática dos atos no processo, não assumindo aquela natureza. Nesta lógica de ideias se compreende porque a doutrina tem considerado o 591.º, n.º 1, al. g) como uma emanção do poder-dever do 151.º, n.º 1, no qual o acordo prévio necessário que precederá o despacho de programação apenas é visto como uma forma de *cooperação em sentido formal*, e nada mais⁸⁵.

O artigo estabelece algumas *nuances* ao regime pactuado. Em *primeiro lugar*, no que respeita à *oposição à data proposta pelo juiz*, qualquer dos mandatários apenas o poderá fazer com fundamento na cobertura de outro serviço *judicial* já marcado. Poderão até basear-se noutra necessidade profissional ou pessoal; mas apenas aquele fundamento permitirá concluir que o juiz *não providenciou* pela marcação por acordo prévio (art.º 603.º, n.º 1)⁸⁶. Em *segundo lugar*, sempre que se verificar uma *impossibilidade de diligenciar pelo acordo prévio* (151.º, n.º 2), haverá que distinguir: (i) se a impossibilidade se deve ao facto de ter sido o juiz a não marcar a diligência mediante acordo prévio, altura em que deverão os mandatários das partes comunicar a situação ao tribunal e, caso não o façam, a audiência prosseguirá na data já agendada, sem adiamentos; (ii) caso a impossibilidade resulte de não ter sido possível realizar as diligências prévias para o acordo, e tendo o magistrado feito ciência de que o contacto com os mandatários não pôde ser providenciado (sob pena de a diligência estar ferida de nulidade) deverão estes, ausentes por impedimento de outro serviço judicial, comunicar ao tribunal, no exercício do seu *dever de cooperação* (art.º 7.º, n.º 1), sendo que, caso não o façam, a audiência prosseguirá na data já agendada e sem adiamentos⁸⁷.

Por último, ressaltar um ponto particularmente frágil deste regime: a *alteração da data inicialmente fixada por acordo* deve ser promovida pela parte mediante requerimento fundamentado. Ao tribunal, competirá praticar os atos e contactos necessários para atender ao pedido solicitado, nos termos do princípio da *cooperação* (art.º 7.º, n.º 1), mas ainda porque a falta desse mandatário implicará uma legítima causa de adiamento da audiência 603.º, n.º 1⁸⁸. Este é outro dos pontos que manifestamente representa uma consequência da natureza *não negocial* da *programação*, uma vez que a parte que deixe de poder cumprir com a data que previamente consentiu, “ganha” o direito de *adiar* a audiência, caso o magistrado ou a outra parte com ele discordem; e

85. Ferreira de Almeida, *op cit.*, Vol. II, pág. 197.

86. Faria; Loureiro, *op cit.*, pág. 152.

87. *Ibidem*, pág. 153.

88. *Ibidem* pág. 154.

assim é pois a lógica subjacente não é a da existência de um *pacto vinculante para todas as partes*, mas da *responsabilidade do magistrado*, ao abrigo do dever de cooperação.

3.2. Nomeação de perito

Determina o art.º 467.º, n.º 1 que “a perícia, requerida por qualquer das partes ou determinada oficiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado (...)”. Esta norma é, depois, complementada com o n.º 2, que dispõe no seguinte sentido: “as partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência”. Daqui parece resultar que, desde que as partes estejam de acordo e o celebrem, o juiz aparentemente ficará vinculado àquele pacto. Nada se diz, quanto à percepção de uma norma geral e de norma excecional. No entanto, a doutrina é unânime em negar neste dispositivo a relevância da vontade das partes sem que seja impossível (natural ou juridicamente) ou inconveniente (distância do tribunal, existência de perito independente com renome, celeridade na entrega do relatório) a perícia prevista nos termos do n.º 1, *i.e.*, aquela realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial⁸⁹. Nesse caso, não sendo hipótese das als. a) ou b) do art.º 468.º, n.º 1, ou nomeia o juiz um perito competente, ou nomeiam as partes por acordo.

Ao contrário da convenção de nomeação de perito prevista no ordenamento jurídico brasileiro, esta nomeação não ganha autonomia, assumindo carácter claramente subsidiário em relação àquele e perdendo grande parte da sua utilidade prática, já que na grande maioria das vezes o perito será designado oficiosamente pelo tribunal por estabelecimento oficial⁹⁰.

3.3. Inquirições

Dispõe o 508.º, em matéria de inquirições de testemunhas, que a falta de alguma delas não é motivo impeditivo da continuação da produção probatória das demais (n.º 2); mas dispõe também sobre o regime jurídico em caso de imprescindibilidade do depoimento daquela (n.º 3): assim, em caso de impossibilidade definitiva, o legislador confere à parte a faculdade de *a substituir*; caso não haja motivo justificado para a sua ausência ou não puder ser encontrada, esta poderá ser substituída;

89. Freitas, José Lebre de; Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª Ed, Lisboa, Almedina, 2018, pág. 313.

90. Diferentemente na perícia colegial, caso esta tenha sido requerida por qualquer das partes ou pelo próprio magistrado, aquelas podem acordar na nomeação de dois deles, quedando-se a nomeação do terceiro a cargo do juiz. A relativização da norma foi gradual com o passar do tempo: se antes se designava reunião presencial com o juiz para nela se fazer a nomeação, hoje em dia já nem requerimento comum é necessário, passando a ser efetuado nos próprios requerimentos de prova.

por último, se a impossibilidade for temporária, a testemunha tiver mudado de residência, não tenha sido notificada ou por qualquer outro motivo legítimo, pode a parte *requerer adiamento da sua inquirição* por prazo não superior a 30 dias. É nesta última hipótese que ganha relevo o art.º 509.º, como outro caso legal típico onde o consenso entre as partes poderá autorizar uma mudança procedimental, por dispor que, apenas em caso de acordo, um *segundo adiamento* da inquirição da testemunha faltosa pode ser levado a cabo. *A contrario sensu*, não é possível que as partes, por convenção, adiem todas as diligências probatórias com fundamento na falta de uma testemunha⁹¹.

Outra manifestação da autonomia das partes no processo encontra-se no art.º 517.º, que basicamente prevê a possibilidade de as partes, consensualmente, estabelecerem que a testemunha poderá ser inquirida *pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles*. O procedimento conclui-se mediante a redação de *ata*, datada e assinada por testemunha e mandatários, que conste a relação dos fatos que a mesma depôs e disse ter assistido⁹². Sem prejuízo deste acordo e da subsequente inquirição, a verdade é que o magistrado pode, *oficiosamente, ordenar a sua renovação*, nomeadamente, no momento do art.º 607.º, n.º 1, caso entenda causar prejuízos à imediação e oralidade o depoimento em ata escrita; conduta que mitiga, em muito, a utilidade da norma consensual.

Por último, também em caso de impossibilidade de comparência por doença ou doença grave encontramos outra manifestação mitigada desta autonomia. Caso a testemunha se encontre impossibilitada de vir comparecer ao tribunal pessoalmente, mas já não de prestar depoimento, a inquirição desta deverá realizar-se no dia, hora e local que o juiz designar (art.º 457.º). Só não será assim caso *as partes, por acordo, "autorizarem"* o magistrado a que o depoimento seja feito por escrito (art.º 518.º), ou mesmo por telefone, ou qualquer outro meio de comunicação direta do tribunal com o depoente (art.º 520.º). Mais uma vez, apesar do acordo das partes assumir aqui algum papel, a sua relevância é escassa, mitigada, ou refém da iniciativa ou autorização do magistrado. Veja-se que entre os requisitos de aplicação do 518.º (impossibilidade de comparecimento da testemunha e acordo das partes), presta-se o da *autorização do juiz*. Porque a exigência do acordo das partes tem uma *ratio* não direcionada à tutela da vontade destas, mas antes à proteção da contraparte – por impedir que a parte contrária à que ofereceu a testemunha seja confrontada com um depoimento que

91. Freitas; Alexandre, *op cit.*, pág. 381.

92. Como ensina Lebre de Freitas, "o acordo das partes evita a ofensa dos princípios da imediação e do contraditório. De outro modo, o entendimento como *discricionário* do poder do juiz de determinar a prestação dos esclarecimentos requeridos pelas partes seria de constitucionalidade duvidosa; por isso, norma semelhante, (embora de previsão mais ampla e com estatuição de mais formalidades) introduzida em 1009 no CPC it é interpretada no sentido de atribuir à parte o *direito* de obter do juiz que a testemunha seja de novo chamada a depor em contraditório, sob pena de inconstitucionalidade (...)" (*A Acção ...*, pág. 291, nota 34).

não tenha como controlar – este último requisito resulta de um *poder discricionário* dado ao juiz⁹³. Já o art.º 520.º, por sua vez, parece apontar no sentido inverso: (i) ao passo que a versão com as alterações resultantes da Reforma de 95 usava a expressão “ouvidas as partes”, o novo Código substituiu-a por “com o acordo das partes”; (ii), em detrimento do termo “autorização” constante do art.º 518.º, aqui o legislador preferiu usar “determinação” do juiz, o que não só aponta no sentido de que este pode ter a iniciativa de propor a comunicação direta, mas também que essa proposta sempre carecerá do acordo das partes.

4. CONCLUSÃO

Já dizia Manuel de Andrade que o processo é uma *coisa das partes*⁹⁴, não obstante a reconhecida baliza do *interesse público*, *v.g.* da prossecução da justiça, que sempre se lhe imporá. De qualquer forma, no ordenamento jurídico português, não há tradição doutrinária, jurisprudencial ou legal de tratar a vontade das partes no processo fora ou além dos princípios do dispositivo, cooperação ou de gestão processual. Amparados numa visão puramente publicista do processo, tem-se vindo cada vez mais a delegar no juiz (e não nas partes, alternativamente), os poderes para promover uma adequação processual ajustada às necessidades da lide, muito provavelmente com receito de abrir uma tendência para a privatização da relação processual. Reconhecer que, enquanto últimas destinatárias da prestação judicial, também as partes podem sentir vontade e ter interesse em contribuir, dentro de certos limites, na condução do seu próprio processo tem, porém, passado despercebido no discurso jurídico português, esquecendo-se este que, não raro, aquelas se encontram em melhores condições para promover adequações formais e acordar em variações de agilização processual, do que o próprio legislador ou mesmo magistrado.

No modelo processual português assistimos claramente a uma forma combinada de articulação do princípio do dispositivo com o do inquisitório, ou de gestão processual. Ao passo que no âmbito da definição do objeto do processo é predominante a primeira, que é respeitada e salvaguardada pela garantia de um processo de nível instrumental (*v.g.*, como visto *supra*, propositura da ação, art.º 3.º, delimitação do pedido, art.º 609.º, apresentação dos fatos principais, art.º 5.º, n.º 1, possibilidade de por termo ao processo por negócio, art.º 283.º ss. etc.); já no âmbito do direito probatório o ordenamento jurídico português é claramente de natureza inquisitória, apesar de, pontualmente, na marcha processual se vislumbrarem espaços de consenso

93. Freitas; Alexandre, *op cit.*, pág. 400.

94. “As partes dispõem do processo, como da relação jurídica material. O processo é coisa ou negócio das partes. É uma luta, um duelo entre as partes, que apenas tem de decorrer segundo certas normas. O juiz arbitra a pugna, controlando a observância dessas normas e assinalando e proclamando o resultado. Donde a inércia, inatividade ou passividade do juiz, em contraste com a atividade das partes. Donde também que a sentença procure e declare a verdade formal (intraprocessual) e não a verdade material (extraprocessual)” (*Noções...*, pág. 371).

e autonomia paralelos obtidos com recurso aos princípios da cooperação e gestão processual.

Com o CPC de 2013 acentuaram-se substancialmente os poderes do juiz, o que causou uma compressão ao princípio do dispositivo, com o princípio do inquisitório a penetrar na conformação do objeto processual, zona até então dominada por aquele. A partir do momento em que as partes definem o objeto do litígio e escolhem submetê-lo ao poder jurisdicional, o decurso do processo *passa a ser domínio quase exclusivo do magistrado e da lei*, com vista a respeitar as exigências de justa composição do litígio, o que não pode ser desviado pela vontade das partes. Reforça-se a confiança no exercício da função jurisdicional pela mão do legislador, naquilo que é já uma tendência publicista e inquisitorial do CPC nos últimos anos. Na verdade, podemos apenas lamentar a tendência para manter e preservar um modelo de “cesarismo judiciário”⁹⁵ e de paternalismo moralista, que afasta a plena assunção do princípio da autorresponsabilidade das partes e, bem assim, restrinja os espaços de autonomia das partes na conformação do seu procedimento. Não obstante as pinceladas de *autonomia* que o legislador deixou ao longo do Código, o motor do processo judicial português não são as partes, mas sim, e de forma bastante explícita, o magistrado.

Num contexto como este, torna-se compreensível que na doutrina portuguesa sejam poucas as vozes que estudem dogmaticamente os “contratos processuais” senão a propósito das suas principais manifestações típicas (confissão, desistência e transação; da inversão convencional do ónus da prova ou da convenção de foro). Passando muito despercebida na literatura jurídica, o conteúdo dos atos de alguma autonomia e consensualidade processual que encontramos no ordenamento jurídico português dividem-se entre os que abordam questões processuais (nomeação de perito, competência convencional, prorrogação de prazo, programação de audiência, matéria inquisitória, suspensão da instância, desistência de recurso etc.) e os que tratam de questões substantivas (inversão consensual do ónus da prova, limitação dos meios de prova, transação etc).

Mas a inexistência de uma cláusula geral de autonomia, semelhante ao 190.º CPC/Br, não pode ser pretexto suficiente para se excluir literatura jurídica sobre a sua possibilidade *de iure condendo*. Mesmo no Brasil, muito antes da consagração do art.º 190.º e 191.º do CPC/15 já parte considerável da doutrina alertava para esta *lacuna na disciplina jurídica e no tratamento doutrinário* da matéria⁹⁶. E tal como ali, do ponto de vista da regulação legal, também não havia preocupação do legislador em fixar

95. Mendonça, *op cit.*, pág. 84.

96. Barbosa Moreira, José Carlos, “Convenções das partes sobre matéria processual”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Vol. 40, Rio de Janeiro, Uberaba, 1983, págs. 81 ss. Também ainda antes do novo CPC/2015, mas já em período mais recente, Greco, Leonardo, “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, *Revista Eletrónica de Direito Processual*, 1ª ed, 2007, págs. 8 ss; Nogueira, Pedro Henrique, *Negócios jurídicos processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, Tese de Doutoramento, Salvador, 2011, págs. 109 ss.

uma disciplina completa, uniforme e geral para estas convenções; apresentando-se apenas respostas para questões específicas de pactos típicos.

Fizemos menção a uma série de institutos jurídicos legais que consagram de alguma maneira um espectro de liberdade e autonomia às partes, mas não deixa de ser pertinente perguntar se as partes poderão celebrar outras convenções *além das previstas na lei*. Não obstante a falta de tratamento jurídico português dado à questão, tão-pouco tradição jurídica ou prática forense, senão relativamente à breve pontuação do problema, não deixamos de nos posicionar no sentido da sua *admissibilidade limitada*, já que não parece resultar da interpretação do ordenamento qualquer proibição explícita ou implícita nesse sentido. Naturalmente que serão legítimas preocupações com a *renúncia antecipada de direitos*, como por exemplo o da renúncia a recorrer, por acordo, previamente à leitura da sentença. Mas não me parece que estas sejam restrições suficientes para eliminar a possibilidade de convenções *atípicas*, *maxime* em matéria probatória. O fundamento haverá de se agarrar à lógica cooperativa implementada no nosso ordenamento desde 95/96 e que tem ainda muito para dar, assim como à abertura cada vez maior que o legislador português quis dar aos fenómenos de adequação formal – ainda que para já se encontrem tipicamente centrados nas mãos do juiz.

REFERÊNCIAS

- Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. V, Coimbra, 1952.
- Andrade, Manuel de, *Noções Elementares do Processo Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1956.
- Barbosa Moreira, José Carlos, “Convenções das partes sobre matéria processual”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Vol. 40, Rio de Janeiro, Uberaba, 1983.
- Casanova, J. F. De Salazar, “A Janela de oportunidade do Novo Código de Processo Civil”, *Revista Julgar*, n.º 23, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- Cordeiro, António Menezes, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência*; 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- Cunha, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo*, 2ª Ed, Lisboa, Quid Juris, 2015.
- Cunha Rodrigues, Maria Gabriela da, “Poderes de iniciativa do juiz em processo civil e ónus da prova”, *Revista do CEJ*, Lisboa, CEJ, 2016.
- Didier Jr., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- Faria, Paulo Ramos De, *Regime Processual Civil Experimental. A gestão processual no processo declarativo comum experimental*, Braga, CEJUR, 2009.
- Faria, Paulo Ramos; Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – Os artigos da reforma*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013.
- Faria, Rita Lynce de, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Lex, 2001.
- Ferreira de Almeida, Francisco, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 3ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017.
- Fialho, António José, “Simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.

Freitas, José Lebre de

- “Revisão do Processo Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995
- *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- *A confissão no direito probatório – Um estudo de direito positivo*, 2ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed, Coimbra, Gestlegal, 2017

Freitas, José Lebre de; Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª Ed, Lisboa, Almedina, 2018.

Gouveia, Mariana França, *Regime Processual Experimental*, Coimbra, Almedina, 2006.

Greco, Leonardo, “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, *Revista Eletrónica de Direito Processual*, 1ª ed, 2007.

Ibáñez, Perfecto Andrés, “A profissão do juiz, hoje”, *Julgar*, n.º 1, Lisboa, Janeiro-Abril, 2007.

Jorge, Nuno Lemos, “Notas sobre o regime processual experimental”, *Novas exigências do processo civil – organização, celeridade e eficácia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Lameiras, Luís Filipe

- *Comentário ao Regime Experimental*, Coimbra, Almedina, 2007.
- “A importância da colaboração das partes”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.

Lourenço, José Acácio, “Direitos das partes no processo civil após a reforma do código de processo civil, em 2013: avanço ou retrocesso?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, n.º 2-3, Lisboa, 2013.

Lourenço, Paula Meira, “Regime Processual civil Experimental: simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.

Mendonça, Luís Correia de, “Vírus autoritário e processo civil”, *Revista Julgar*, N.º 1, Lisboa, 2007.

Mesquita, Miguel, “Princípio da gestão processual: o ‘Santo Graal’ do novo processo civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 145, N.º 3995, 2015.

Nogueira, Pedro Henrique, *Negócios jurídicos processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, Tese de Doutoramento, Salvador, 2011.

Pais de Amaral, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 13ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017.

Rego, Carlos Lopes do, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de acção declarativa*, *Julgar*, Lisboa, n.16 (Jan.-Abr. 2012).

Reis, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1946.

Remédio Marques, J. P., *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Rodrigues, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013.

Silva, Paula Costa e, *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Teixeira de Sousa, Miguel

- “Apreciação de alguns aspectos da ‘revisão do Processo Civil – Projecto’”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995.
- *Estudos sobre o novo processo civil*, *Lex*, 2ª ed, 1997

- “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 43, Braga, 2013
- Teixeira, Paulo Duarte, “O poder de gestão no processo experimental”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.
- Varela, Antunes, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985.
- Xavier, Rita Lobo; Folhadela, Inês; Andrade e Castro, Gonçalo, *Elementos de direito processual civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Católica Editora, 2014.