

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietá in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

- **Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
- **Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
- **Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
- **Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
- **Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
- **Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
- **Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
- **Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
- **Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*

The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

Paula Costa e Silva* | Nuno Trigo dos Reis**

Resumo: O art. 281.º CPC regula, de forma aparentemente exaustiva, o incumprimento do ónus de impulso processual subsequente imputável à parte, quando desse incumprimento tiver resultado a paralisação do processo por mais de seis meses. A consequência ali prevista, da extinção da instância, revela, porém, a inadequação da regra à hipótese em que a instância assumir uma configuração subjectivamente complexa. A lacuna oculta no art. 281.º CPC relativamente às instâncias subjectivamente complexas deve ser integrada restringindo a consequência da extinção da instância aos casos em que o incumprimento do ónus de impulso processual tiver provocado uma irregularidade processual ou um obstáculo ao andamento do processo relativamente a todas as partes. Não se verificando nenhum desses casos, deve a acção prosseguir, para que nela seja proferida uma decisão

Abstract: Article 281 of the CPC deals, in an apparently exhaustive manner, with the non fulfilment of the burden of promoting the proceeding, imputable to one of the parties, when this non fulfilment has resulted in its being paralysed for more than six months. The consequence provided for therein, of the termination of the proceedings, reveals, however, the inadequacy of the rule to the hypothesis in which the proceedings are subjectively complex. The hidden lacuna in article 281 of the CPC regarding subjectively complex claims must be filled by restricting the consequence of the termination of the proceedings to cases in which the failure to comply with the burden of procedural impulse has caused a procedural irregularity or an obstacle to the if there is an obstacle to the grant of a judgment on the merits. If none of these cases is verified, the

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Assistente Convidado e Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

que produza efeito de caso julgado relativamente às partes não afectadas pelo incumprimento do ónus processual. No caso em que morre na pendência da acção um dos réus demandados a título de devedor solidário, a não habilitação dos sucessores da parte falecida não determina a extinção da instância, mas apenas a sua redução às partes sobrevivias.

Palavras-chave: deserção; impulso processual; habilitação; litisconsórcio.

proceedings must be continued so that a judgment may be rendered which will have the effect of res judicata with regard to the parties not affected by the non-fulfilment of the procedural burden. Where one of the defendants sued as joint and several debtor dies during the proceedings, the absence of the successors of the deceased does not cause the proceedings to be dismissed, but only to be reduced to the remaining parties.

Keywords: types of joinder, death of one of the defendants, irrelevance of the absence of successors, judgment on the merits.

Sumário: § 1. A Homenagem e a Razão da Escolha do Texto; § 2. A inaplicabilidade da regra presente no art. 281.º CPC aos casos em que a instância assume uma configuração subjectivamente complexa; § 3. Fundamento da suspensão da instância por motivo de morte da parte; § 4. A lacuna oculta no art. 281.º CPC; § 5. A integração da lacuna: os casos análogos da absolvição da instância e da desistência da instância e a aferição subjectivamente individualizada dos efeitos do incumprimento do ónus de impulso processual nas instâncias subjectivamente complexas; § 6. A “unidade da instância” como cripto-argumento contra a solução defendida; § 7. A confirmação da solução à luz dos princípios do Direito processual; a) A conformidade com o princípio do dispositivo; b) A conformidade com o princípio da auto-responsabilidade; c) A conformidade com o princípio da prevalência da substância sobre a forma e com o princípio da efectividade da tutela; d) A conformidade com o princípio do aproveitamento dos actos; e) A conformidade com o princípio da estabilidade da instância; § 8. Conclusão (talvez surpreendente para quem apenas lê este passo do texto)

§ 1. A Homenagem e a Razão da Escolha do Texto

I. A primeira autora deste texto conheceu o Homenageado numa das aulas iniciais da sua licenciatura, na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito.

Longo aquele Professor se percebeu diferente dos demais: dava aulas caminhando pelo anfiteatro, olhava – mas não lia – uns papéis que, mais tarde e integrando já as suas equipas, descobri serem apontamentos, dava as aulas teóricas dialogando com os alunos, estimulando-os a dirigirem-lhe perguntas. Apesar da extrema dificuldade do que nos ensinava, podíamos sentir-nos acompanhados na aprendizagem.

Fiz parte determinante da minha carreira académica em estreita ligação científica com o Professor Oliveira Ascensão. Integrei as suas equipas nas mais diversas disciplinas, desde o meu concurso para assistente estagiária da Faculdade até à conclusão do mestrado, pedi que me orientasse no doutoramento, assisti às suas aulas nos cursos de licenciatura, mestrado e doutoramento, observei directamente como enfrentava os problemas que lhe pediam resolvesse em pareceres. Ao longo dos anos escutei Fernando Pessoa, especialmente na voz de Bernardo Soares, pela voz do Professor Oliveira Ascensão; os Evangelhos e Ruy Belo também andavam sempre por perto.

Acima de tudo, vi no Professor Oliveira Ascensão o que percebera ainda criança: que a dignidade não é susceptível de transacção e que a liberdade, irmã gémea da responsabilidade, tem um elevado preço. Sublinhou-o o Professor Oliveira Ascensão na sua última intervenção no Conselho: não queria deixar discípulos, mas homens livres que, se assim o entendessem, pudessem com ele comungar ideias e convicções. “Mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende”.

Mesmo sem ter tido o privilégio de assistir às aulas do Professor Oliveira Ascensão, não deixa o segundo autor deste texto de considerar-se também um seu aluno. Não só porque a leitura da sua obra o acompanha desde os primeiros dias na Faculdade, mas também porque o acaso o beneficiou com outro privilégio: o de poder aprender pela voz da Professora Paula Costa e Silva a lição viva do Homenageado. A liberdade que a Professora Paula Costa e Silva sempre reconheceu a quem parte de compreensões diferentes das suas (mesmo quando, como aconteceu neste caso, as minhas compreensões não resistissem ao teste auto-responsabilizante da justificação prática), é, compreendo-o agora, muito mais do que uma homenagem ao Professor, a prática de um princípio que promove o conhecimento e faz uma escola.

II. Que fazer para homenagear aquele a quem tanto se deve?

Só tínhamos uma saída digna: deixar a quem, apesar da sua *auctoritas*, nunca quis ser tratado por Mestre, a tentativa de resolução de um problema que nos foi posto a partir de um caso da vida. Isto porque o caso que nos foi posto era desafiador, a solução que para ele se usava ditar não nos deixava confortáveis, havia peças fora do lugar. E porque era aqui que o Professor Oliveira Ascensão se distinguia, arriscámos e dedicámos-lhe a tentativa de solução de um velho problema, olhado por um prisma novo. E, como sói acontecer, percebemos que “o real não está no início nem no fim, ele se mostra pra gente é no meio da travessia”.

Vamos ao caso. O autor propusera contra vários réus uma acção em que pedia a condenação de todos no pagamento de uma indemnização. De acordo com a

alegação do autor, os réus seriam devedores solidários (art. 497.º CC). Na pendência da acção, já depois da fase de citação, veio a falecer um dos compartes réus. A instância foi suspensa para que fosse promovida a habilitação dos sucessores do réu falecido. A habilitação dos sucessores do compartes falecido foi requerida pelo autor volvidos seis meses e dez dias após a notificação do despacho que suspendeu a instância. Notificados os co-réus, estes alegaram ser a habilitação extemporânea e requereram a extinção da instância com fundamento em deserção. O tribunal *a quo*, dando razão a esta alegação, proferiu despacho que pôs termo ao processo, com fundamento na deserção da instância (art. 281.º, n.º 1 CPC).

III. Considerando os factos assim sumariamente descritos, cumpre questionar: pode haver extinção da instância, por deserção, quando o autor não tiver promovido, dentro do prazo previsto na lei, a habilitação dos sucessores de um dos réus demandados?

A resposta intuitiva parece ser uma: sim, haverá extinção por deserção.

Mas poderá ser mesmo assim? O que justifica a extinção da instância?

Numa fundamentação linear, invocar-se-ia o art. 281.º: a lei reconhece ou determina a extinção por decurso do tempo. E onde a lei não distingue... Neste exacto momento, voltámos à aula do primeiro ano em que o Professor Oliveira Ascensão, de pé no final dos degraus e apoiado na cátedra, nos mostrou como a aparente erudição do brocardo *ubi lex non distinguit* não passava de uma falácia argumentativa e escondia um erro metodológico palmar.

Regressando ao nosso problema: o que pode justificar a extinção de uma instância? Esta a pergunta chave. E, como veremos, a resposta vai variar, consoante a configuração subjectiva da instância.

§ 2. A inaplicabilidade da regra presente no art. 281.º CPC aos casos em que a instância assume uma configuração subjectivamente complexa

I. No caso que nos levou a repensarmos a leitura do art. 281.º CPC, haviam sido demandados vários réus. Sem necessidade de maior explicitação, atendendo à causa de pedir, estes réus eram compartes num litisconsórcio voluntário comum.

Tendo falecido um dos réus, o autor não terá procedido à habilitação no prazo legalmente determinado. Deve a instância extinguir-se?

Uma primeira leitura do art. 281.º CPC poderia sugerir uma resposta de tipo afirmativo para a questão que acabamos de formular. Mas para que tal leitura pudesse aceitar-se como boa seria necessário que o caso sob ponderação fosse totalmente distinto do que era no que respeita à sua configuração subjectiva. Tendo

o caso os contornos que tinha – morte de um comparte litisconsorte voluntário – a determinação da extinção “total” da instância é um efeito que o Sistema não comporta.

Quando estamos em presença de casos em que a instância é subjectivamente complexa, o art. 281.º, se interpretado e aplicado de uma forma literal e ainda que, com esse significado, não se afirme contrário à Constituição¹, levará a resultados indesejados porque incompatíveis com o princípio do aproveitamento máximo dos actos jurídicos e com a necessidade de racionalizar a alocação dos meios da Justiça. Veremos que, não obstante não fazer a regra qualquer distinção quanto aos tipos de casos a que se aplica, parecendo, numa leitura imediata, insensível à configuração subjectiva da instância, o confronto sistémico da solução a que uma aplicação indiferenciada levaria, impede esta conclusão.

II. São várias as razões que depõem em favor da inaplicabilidade às acções com pluralidade de partes da regra presente no art. 281.º CPC.

Desde logo, a consequência jurídica da extinção total da instância, da extinção do processo relativamente a todas as partes, surge intuitivamente como inadequada. Pensemos numa primeira razão. No tipo de casos que estão sob o nosso foco, a delimitação subjectiva inicial da instância está na livre disponibilidade do autor. Pense-se, precisamente, na hipótese em que o autor demanda vários réus enquanto devedores solidários. Se assim é, poderia o autor ter proposto a acção apenas contra alguma ou algumas das partes da relação jurídica material controvertida (art. 32.º, n.º 1 CPC); a solidariedade não configura uma situação de legitimidade plural obrigatória, a não constituição de um qualquer dos alegados devedores como comparte passiva não determina uma ilegitimidade por preterição de litisconsórcio necessário. Ora, ao configurar subjectivamente a instância demandando uma pluralidade e não apenas um dos alegados devedores da obrigação de indemnizar, o autor retirou desta configuração a vantagem acoplada a essa pluralidade: a eficácia directa da decisão que seja de eventual procedência contra todos os compartes. Se os não tivesse demandado, e ainda que nenhuma consequência suportasse quanto ao objecto da procedência admissível – como ocorreria se os diversos devedores o fossem não de uma obrigação solidária, mas sim parciária ou conjunta – perderia a possibilidade de uma execução imediata dos devedores não compartes por, contra eles, não dispor de título executivo.

¹ Retomaremos este ponto mais adiante, quando analisarmos a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

III. Estando a configuração subjectiva da instância em situações de litisconsórcio voluntário simples, como se convencionou designar as hipóteses cobertas pelo art. 32.º, n.º 1 CPC, na disponibilidade do autor, pergunta-se: como pode a morte de um comparte, cujos sucessores não são habilitados, justificar razoavelmente um efeito que está muito para além da perda dos benefícios que o autor retiraria de tal habilitação? Uma vez que a morte de um dos réus jamais poderia ter como consequência o surgimento de uma excepção dilatória, que pudesse conduzir à extinção da instância, o que explicaria a perda de todos os resultados processuais obtidos? A aplicação de uma *pena* ao autor que, por não ter promovido a habilitação de um dos compartes, via perderem-se todos os resultados processuais obtidos, tendo de recomeçar de novo?

Voltaremos a esta linha de explicação mais adiante. Para já, uma breve nota que logo faz claudicar semelhante justificação: talvez que semelhante pena, se pudesse dizer-se compatível com o princípio e a dimensão da culpa, pudesse pensar-se como efeito admissível se não houvesse, na perda de resultados processuais, muito mais interesses do que os do autor em jogo. Estivesse o exercício do direito de acção nos tribunais estaduais sujeito ao princípio do utilizador pagador, fosse prevista a total compensação dos compartes que vêm também perdidos todos os resultados processuais perdidos pelas diferentes despesas desaproveitadas e pelos demais danos sofridos, e podia começar a pensar-se na extinção da instância como pena cuja cominação seria adequada perante o desinteresse do autor na promoção da habilitação: perdia tudo porque só ele suportava todas as consequências de tudo se ter perdido. Mas como a configuração do sistema de financiamento dos tribunais derrota o primeiro pressuposto – não é possível afirmar-se a existência de uma relação directa entre os custos suportados pelo autor que vê extinta a instância e os custos de um processo –, a pena como explicação para uma aplicação indiferenciada do regime previsto no art.º 281.º CPC não se sustenta.

Qual pode ser, então, a consequência da extinção por morte de um dos compartes demandado na acção como devedor solidário? Independentemente de outros efeitos que a lei prevê para a morte da parte, e ainda que não chegue a ser promovida a habilitação, uma consequência não pode deixar de se verificar. Precisamente, a consequência que o sistema associa à hipótese em que a parte que, podendo demandar todas ou algumas das partes da relação material sem deixar de poder exigir a totalidade da indemnização devida a cada uma delas (art. 517.º, n.º 1 CC), opta por demandar apenas alguma ou algumas delas. A consequência é aquela que se extrai da norma geral do art. 519.º, n.º 1 CC: só os réus demandados ficam abrangidos pelos efeitos da decisão que vier a ser proferida nessa acção, embora a lei permita aos devedores solidários não demandados opor ao credor

uma decisão que lhes seja favorável, desde que o seu fundamento não se baseie num meio pessoal respeitante aos devedores demandados.

IV. O mesmo é dizer que a morte de um comparte num litisconsórcio voluntário comum *não pode conduzir a resultado diverso* daquele que existiria se o autor *o não houvesse demandado inicialmente*, limitando-se a propor a acção contra os outros devedores solidários da obrigação de indemnização. Em *ambos os casos*, o autor deixa de poder obter na acção uma decisão condenatória no pagamento da indemnização que atinja o devedor não demandado. Ao mesmo tempo, porém, fica exposto ao risco de vir a ser proferida naquela acção uma decisão de improcedência do pedido, a qual, mercê da regra que estende os efeitos subjectivos do caso julgado ao devedor solidário não demandado, pode por este ser invocada em favor. Em *nenhum dos casos*, porém, se verifica uma situação de *ilegitimidade* dos réus litisconsortes. E não se verificando qualquer irregularidade processual por falta de preenchimento de pressupostos processuais – apesar da morte de um dos compartes, a legitimidade continua a esta assegurada –, deve o tribunal conhecer do mérito das pretensões deduzidas nessa acção, proferindo uma decisão cujos efeitos apenas vinculam as partes desse processo.

§ 3. Fundamento da suspensão da instância por motivo de morte da parte

I. Como é evidente, a conclusão que, por ora, enunciamos de modo sumário, suscita uma dúvida imediata: se assim é, ou seja, se a morte de um comparte não provoca a ilegitimidade dos demais, porque dispõe a lei a suspensão da instância? Para que a nossa conclusão se pudesse dizer compatível com as regras, não deveria ser pressuposto que, perante a morte de um litisconsorte ou, mais amplamente, comparte, apenas se suspendesse a instância quando esta houvesse que ser regularizada quanto aos seus pressupostos?

Nos casos como aquele que analisamos, a ser verdadeiro o nosso enunciado, a lei teria seguramente previsto que apenas ocorreria suspensão da instância nas hipóteses em que a habilitação fosse necessária para o restabelecimento da legitimidade, ou seja, quando o comparte a habilitar houvesse sido um litisconsorte necessário. Ao invés, sendo um litisconsorte voluntário, a instância prosseguiria, sem prejuízo da admissibilidade da habilitação. Quando esta viesse a ocorrer, os sucessores habilitados do litisconsorte que houvesse falecido praticariam os actos processuais que não pudessem ainda ter praticado por não terem ainda sido constituídos como compartes.

Ora, como não é esta a solução da lei – a lei manda suspender a instância qualquer que seja a razão da configuração plural da instância –, a nossa conclusão – a de que há que distinguir o impacto da morte de um dos litisconsortes sobre a instância em função da razão da configuração plural – não pode estar certa.

Mas semelhante resultado desconsidera uma distinção fundamental, assente, por sua vez, nos pontos de referência do impacto da morte de um comparte sobre a instância. Se a morte de um comparte provoca um efeito unitário imediato – a suspensão da instância –, a ausência de habilitação vai ter efeitos diferenciados na extinção da instância por deserção.

Esta distinção entre os dois tipos de acidentes que podem ocorrer sobre a instância – a sua suspensão, por um lado, e a sua extinção, por outro –, não se encontram numa cadeia inelutável de causa e efeito. À suspensão da instância, como consequência da morte de um comparte, não se segue necessariamente uma extinção da instância anteriormente suspensa por não promoção da habilitação. À suspensão unitária da instância por morte de um comparte apenas se sucederá inelutavelmente uma extinção por deserção, fundada na ausência de habilitação, quando o comparte não habilitado for um litisconsorte necessário, não quando a instância puder prosseguir, apesar da ausência de habilitação, com os demais compartes.

II. Veremos seguidamente as razões pelas quais à suspensão da instância para habilitação de um comparte não se seguirá necessariamente a sua extinção. Na verdade, a extinção de uma instância saudável – e é saudável a instância que, por preenchimento de todos os pressupostos processuais, é regular – não encontra qualquer boa explicação no nosso sistema de regras.

Ora, se na sequência de uma suspensão para habilitação esta não vier a ocorrer, o que vai acontecer, em hipóteses de instâncias subjectivamente complexas, mas em que os compartes não se constituem em litisconsórcio necessário, é uma continuação da instância, decorrido o prazo de suspensão, com os seus limites subjectivos modificados.

Esta conclusão não é, sequer, posta em causa pelo princípio da estabilidade da instância: independentemente da impossibilidade de acompanharmos a justificação ancorada na formação de uma relação jurídica processual, diremos que o princípio da estabilidade visa impedir alterações que provoquem uma inutilização de actos processuais e do contraditório tal como exercido. Esta conclusão é evidente se observarmos os casos de que a lei se ocupa; especificamente a propósito das alterações subjectivas, em todas as hipóteses cobertas por regras, que descrevem os pressupostos específicos de admissibilidade das diversas alterações subjectivas, se verifica que aquelas alterações induzem uma perturbação da instância: intervenção de novas

partes, seja para sanar a ilegitimidade decorrente da preterição de litisconsórcio voluntário, seja por intervenção de terceiros, seja por habilitação em situação de transmissão da coisa ou direito em litígio.

III. A pergunta que se coloca imediatamente é esta: mas como se justifica uma suspensão *unitária* quando a instância podia prosseguir com os demais compartes? Para quê suspender o processo se o comparte a habilitar não faz falta para que a instância seja regular já que tal comparte não é um litisconsorte necessário? Este seria um argumento contra a solução por nós proposta, a de provocar a morte de um comparte a suspensão da instância, mas não, necessariamente, a sua extinção por não habilitação do comparte.

Mas a justificação de uma suspensão, não necessariamente seguida de uma extinção, é de ordem pragmática. Se é verdade que a instância podia prosseguir com os demais compartes, correndo a habilitação em simultâneo e em paralelo, pergunta-se: como se garantiria a *tramitação unitária* de um processo se uns compartes estivessem em tempo para praticar determinado acto processual e só mais tarde, e uma vez habilitados, os sucessores da comparte estivessem em condições de praticar o mesmo acto?

A resposta é só uma: não se garantiria. O curso simultâneo de acção e habilitação criaria um processo em descompasso: exemplificando, enquanto uns sujeitos seriam convocados para uma audiência prévia, outros, os sucessores do habilitando, estariam, ainda, a apresentar contestação. E, numa hipótese mais radical, aproveitando a defesa de uns aos outros, o que sucederia com a delimitação do objecto da instrução na referida audiência prévia caso fossem produzidas provas documentais decisivas pelos sucessores do habilitado na contestação que, só depois da realização daquela, viessem a juntar?

A razão que preside à inadmissibilidade de cumulação objectiva quando, à instrução e julgamento dos diferentes objectos, correspondam diferentes formas de processo, desponta na solução pela suspensão da instância em caso de morte de um comparte: há que garantir que todos os sujeitos estão em condições para praticarem os mesmos actos processuais de cadeia.

Mas para que o descompasso seja evitado, não pode pensar-se numa instância suspensa por longos períodos: as razões de ordem pragmática não podem gerar uma violação frontal do art. 20.º, n.º 4 da Constituição. Conjugando todos os valores em presença, a suspensão da instância, por um curto período, é a saída que permitirá a tramitação conjunta de, na difícil linguagem do art.º 35.º, várias *acções*.

Porém, à suspensão *unitária* enquanto solução que impede o descompasso da tramitação não se segue, como fatalidade, a extinção da instância suspensa por deserção

se, durante o prazo previsto por lei, a parte com legitimidade para requerer a habilitação o não fizer. Isto porque se há razões pragmáticas que impõem que todas as partes e compartes sejam atingidas pela suspensão, já não há razões que justifiquem a provocação da extinção como efeito unitário da não habilitação. Aqui, sim, há que fazer distinções. Curiosamente, estas não se nos manifestaram numa primeira leitura e, mais do que isso, numa primeira leitura desintegrada do art. 281.º CPC. Porém, e retomando alguma coisa que já acima se enunciou, o confronto da dimensão das consequências a que se chegava através de uma aplicação unitária daquela regra com diversas outras soluções do sistema processual foi desvelando o porque não podia ser. Em certo passo da construção a que chegámos na determinação dos casos directamente atingidos pelo art. 281.º CPC, construção que aqui expomos, compreendemos que havia que interpretar esta regra a partir dos diversos valores em tensão quando a lei dispõe a morte de um processo. No momento em que se nos tornou evidente que as razões que justificam a suspensão integral de um processo não são válidas quando se pergunta acerca das consequências da não promoção dos actos devidos no tempo disposto por lei ou, dito de outro modo, no momento em que vimos que suspensão integral e extinção total não são efeitos de uma cadeia necessária – porque, afinal, a uma suspensão integral se pode ou não seguir uma extinção – tudo passou a ser simples. E, acima de tudo, sistemicamente coerente e dotado de racionalidade.

IV. Diversas razões concorrem para a coerência sistémica da interpretação que propomos para os casos em que houver que suspender uma instância subjectivamente complexa por morte de um comparte, sem que esta venha a decorrer numa inutilização dos efeitos dos actos processuais já praticados por deserção da instância em caso de inacção do seu autor.

Entre elas, as regras sobre a legitimidade para a promoção da habilitação. Recorde-se que a lei não se limita a atribuir ao autor o *direito* a promover a habilitação do réu que tiver falecido. Ao invés, a legitimidade é atribuída a «qualquer das partes que sobreviverem» e, além destas, a «qualquer dos sucessores» da parte falecida. Isso significa, portanto, que a habilitação pode ser requerida e promovida mesmo por quem não seja a parte que imediatamente nos surge como a beneficiada pelo levantamento da suspensão da instância, ou seja, o autor.

O motivo para a solução compreende-se intuitivamente. Quer os sucessores da parte falecida, quer os seus compartes sobreviventes na acção podem ter um *interesse legítimo* em obter a constituição de novas compartes por via da habilitação. No caso dos primeiros, esse interesse traduz-se na possibilidade de aproveitarem os actos praticados na acção e, bem assim, na de beneficiarem dos efeitos do caso julgado material na sua esfera jurídica. Relativamente aos compartes que sobrevivam,

a habilitação permite também assegurar o aproveitamento do processo, o que, no tocante aos co-réus, permite acautelar a expectativa da obtenção de uma decisão de mérito favorável, expectativa que se mostra particularmente merecedora de tutela na hipótese em que tiverem contestado o pedido do autor. Isto significa que, ao suspender-se a instância, por forma a poder promover-se a habilitação da parte falecida, o sistema processual não se limita a afirmar o *princípio dispositivo*, procurando respeitar da forma mais perfeita a configuração subjectiva que o autor conferiu à acção quando deduziu o pedido.

Paralelamente a esse desiderato e, podemos mesmo dizer, acima dele, está a finalidade de acautelar outros *interesses*. Ainda que o autor tenha o ónus de impulsionar o processo, promovendo a habilitação e, assim, criando condições para o levantamento da suspensão, por forma a que nele possa ser proferida uma decisão que produza o efeito de caso julgado relativamente a todas as partes da relação jurídica material que ele originariamente decidira demandar, esses outros interesses ficariam desprovidos de qualquer protecção se se deixasse apenas nas mãos da parte processual activa a decisão sobre a habilitação da parte falecida. A circunstância de a lei estender a legitimidade para a dedução do incidente a todos aqueles a quem a habilitação possa aproveitar, seja por permitir a preservação dos actos praticados na acção, seja por permitir a abrangência dos sucessores da parte no âmbito subjectivo do caso julgado da decisão de mérito que nela vier a ser proferida, revela bem que o levantamento da suspensão com a reconfiguração subjectiva originária da instância não aproveita apenas ao autor.

V. Dir-se-ia que a solução por nós proposta – ou seja, o de o levantamento da suspensão dever atender a todos os interesses em presença, nomeadamente e também aos da boa afectação dos meios da Justiça –, só passaria todos os testes de resistência se a própria habilitação pudesse ser promovida oficiosamente. Mas este argumento provaria demais. Isto porque há que retomar a radical distinção entre o efeito que a morte de um comparte desencadeia na acção: se a suspende, esta suspensão unitária não provoca a inutilização de qualquer acto processual – e, como tal, a sobrecarga do sistema de Justiça com a necessidade de repetição de actos que já haviam sido praticados. Tudo é radicalmente distinto quando se pergunta pelo efeito extintivo da instância: neste caso, e ainda que a anterior acção pudesse prosseguir com os demais compartes, a sua extinção integral, não obstante a regularidade da instância, provocaria a inutilização de todos os actos praticados e a sua ulterior repetição. Somente uma interpretação do art. 281.º CPC, que imponha uma extinção integral de uma instância regular provoca o resultado indesejado do desaproveitamento dos actos praticados. Este o resultado que não

podemos acompanhar, razão pela qual propomos uma interpretação para o art. 281.º CPC sensível à natureza da pluralidade subjectiva da acção.

VI. Resta um conjunto de casos em que a nossa construção ficaria, aparentemente, por explicar: aqueles em que a não habilitação dos sucessores da comparte viesse a determinar uma ilegitimidade por preterição de litisconsórcio necessário. A ser verdadeira a afirmação de que a interpretação diferenciadora do art. 281.º CPC tutela os interesses na mais racional alocação dos meios da Justiça, deveria o tribunal poder promover a habilitação oficiosamente. Mas esta afirmação também provaria demais por ser incompatível com a opção feita pela lei: ainda que a instância deva ser extinta por ilegitimidade assente na preterição de litisconsórcio necessário, com o consequente desaproveitamento de actos processuais, a lei optou por deixar a configuração subjectiva da instância na disponibilidade das partes. Podia ter sido diferente a opção da lei e o regime instituído pelo art. 6.º, n.º 2 é susceptível de crítica. Mas é o regime vigente e é a partir dele e na conjugação com ele que as demais regras que tocam a configuração subjectiva da instância hão-de ser interpretadas. A habilitação, ainda que pareça respeitar ao difícilíssimo pressuposto da personalidade judiciária² – permite, através da intervenção dos sucessores, assegurar que volte a estar na acção *uma parte com personalidade* –, acaba por se revelar consequente no pressuposto da legitimidade: restringindo-nos aos casos de instância subjectivamente plural, se não for habilitado um comparte, surgirá a uma ilegitimidade superveniente. E esta não pode ser oficiosamente sanada; este o regime do art.º 6.º, n.º 2 CPC.

§ 4. A lacuna oculta no art. 281.º CPC

I. Uma vez fixado o fundamento da suspensão da instância na hipótese específica da morte da parte, bem como as razões que subjazem à legitimidade alargada para promover a habilitação, regressemos à questão fundamental que os casos de instância subjectivamente complexa suscitam na articulação entre o regime da suspensão e o da extinção da instância.

Não tendo sido praticados pelo autor os actos necessários a promover a habilitação durante o prazo de suspensão da instância, pode o tribunal considerar deserta a instância e pôr termo ao processo?

² Sobre as dificuldades dogmáticas colocadas pela eleição da personalidade judiciária como pressuposto processual, PAULA COSTA E SILVA, «O manto diáfano da personalidade judiciária», PAULA COSTA E SILVA/P. PAIS DE VASCONCELOS/A. MENEZES CORDEIRO (Org.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1869-1899.

Perante a concreta configuração subjectiva da instância, a resposta à questão formulada não pode, em nossa opinião, deixar de ser *negativa*. A interpretação mais correcta das normas em jogo é, na verdade, a de que o juiz não deve proferir uma decisão que ponha termo ao processo, por não se dever considerar extinta a instância relativamente a todos os réus demandados na acção. Na verdade, se, conforme dissemos, a habilitação não serve o propósito de assegurar a regularidade da instância, uma vez que a ausência do comparte não habilitado não é susceptível de originar a falta de um pressuposto processual, então é forçoso concluir o seguinte: a não promoção da habilitação é, também ela, insusceptível de gerar a falta de um pressuposto processual, faltando, por isso, o fundamento para que se considere existir um obstáculo processual a que seja proferida uma decisão de mérito que vincule os demais réus demandados. Por outras palavras: relativamente às partes sobrevividas num litisconsórcio voluntário, a morte de um comparte, ainda que todos atinja quanto a um dos seus efeitos – o da suspensão da instância – nem todos atinge quando não for promovida a habilitação dos sucessores da parte falecida.

II. A solução de considerar extinta a instância, por deserção, pelo facto de o autor não ter promovido a habilitação de um dos réus demandados num litisconsórcio voluntário comum mostra-se, de resto, inteiramente *irracional e desajustada* nas suas consequências. De facto, importa questionar: que razão justificaria que o processo não pudesse prosseguir para que nele fosse proferida uma decisão que conhecesse das pretensões deduzidas contra os réus sobrevividos (e, porventura, das excepções por estes deduzidas)? Em homenagem a que princípio se deveriam dar por inutilizados todos os actos, entretanto praticados no processo, obrigando a que o autor propusesse contra os réus sobrevividos uma nova acção, com o mesmo objecto? Não havendo nenhum obstáculo a que o processo possa prosseguir nos seus termos quanto às partes sobrevividas e que o tribunal possa, quanto a elas, conhecer do mérito das pretensões deduzidas, que razão levaria a desconsiderar a expectativa legítima – do autor, mas também dos réus partes da parte que morre – em obter uma decisão que ponha definitivamente termo ao litígio, com efeito de caso julgado material?

Em nossa opinião, todas as questões formuladas encontram uma resposta comum: nenhum motivo existe para que se não reconheça a regularidade da instância relativamente às partes sobrevividas na acção e, conseqüentemente, para que nesta acção não venham a ser praticados os actos tendentes à obtenção de uma decisão que ponha definitivamente termo ao litígio.

A solução contrária seria incompreensível à luz dos princípios da economia e do aproveitamento dos actos processuais. E, como já acima dissemos, nem tão-pouco

pode ser aceite por se entender que a extinção da instância é a pena que se aplica ao autor negligente. A pena pressupõe a prática de um *ilícito*, de um comportamento que deva ser considerado um *mal* à luz das valorações da ordem jurídica. O ilícito, por sua vez, pressupõe a violação de um dever. Para poder ser entendida como uma sanção aplicável ao autor, a extinção da instância por deserção pressuporia, assim, um dever de impulsionar o processo. No caso concreto: um dever de promover a habilitação da parte que morre na pendência da acção.

O facto de não se poder entender a deserção como uma pena aplicada ao autor que omite o impulso processual é confirmado pela análise do regime especificamente vocacionado para regular o ilícito praticado no processo. Pense-se no tipo central do art. 542.º CPC. Da perspectiva das suas *consequências*, a responsabilidade fundada no ilícito processual distingue-se de uma forma clara da deserção, uma vez que a primeira implica a imposição à parte de uma multa ou de um dever de indemnizar os danos causados à contraparte, ao passo que a segunda determina a extinção da instância.

Mas as diferenças entre as duas figuras verificam-se de forma não menos saliente no plano dos respectivos *fundamentos*. Por um lado, a omissão do impulso processual não pode ser reconduzida a nenhum dos comportamentos tipificados no n.º 2 do art. 542.º CPC³. Por outro, o tipo da deserção não pressupõe a prática do ilícito processual; mas, mais, a prática de um ilícito processual não poderia justificar a extinção da instância, entre outras razões, porque isso poderia conduzir a que o infractor pudesse beneficiar do seu próprio ilícito, como que causando à contraparte “o segundo dano” de a privar da possibilidade de ser proferida uma decisão de mérito que lhe fosse favorável.

III. A tese segundo a qual o autor teria o dever de habilitar os sucessores do réu litisconsorte voluntário que falecer na acção colide, também, com a opção assumida na lei substantiva e na lei processual, de permitir o credor demande todos, alguns ou apenas um dos devedores solidários, com o fim de lhe exigir a totalidade da obrigação indemnizatória. Essa valoração de base, que cunha o regime da solidariedade da obrigação e a lógica do litisconsórcio voluntário comum, seria traída se, com o falecimento de um dos devedores solidários, o autor tivesse de prosseguir a acção contra os seus sucessores sob pena de não poder obter uma

³ Sobre o conteúdo dos tipos de ilícito na responsabilidade por actos praticados no processo, PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008, pp. 387 e ss.; PAULA COSTA E SILVA, *Responsabilidade por conduta processual. Litigância de má fé e tipos especiais*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 377 e ss.

decisão condenatória dos restantes. Se, conforme referimos, a solução de se fazer extinguir a instância equivaleria a tratar como um *litisconsórcio necessário* uma hipótese que configura um *litisconsórcio voluntário*, tal solução atraiçoa também um dos escopos da *solidariedade da obrigação*, que a instrumentalidade do processo deve respeitar, ao acabar por restringir a possibilidade de o credor escolher os devedores a quem decide dirigir a pretensão ao cumprimento.

IV. De resto, para que a extinção da instância, na sequência da não promoção da habilitação, pudesse ser qualificada como uma pena aplicável ao autor havia que identificar um dever que este houvesse violado ao não promover a sucessão processual dos sucessores da parte falecida. Ocorre, porém, que a vigência de um dever com este conteúdo é frontalmente contrariada por outro dado fundamental do Direito positivo: o de que o autor pode sempre desistir da instância relativamente a qualquer uma das partes⁴. Podia tê-lo feito relativamente à parte que veio a falecer e pode fazê-lo depois quanto aos seus sucessores, uma vez habilitados na acção. Ora, se o autor pode desistir da instância relativamente a qualquer um dos réus litisconsortes voluntários, não teria sentido que tivesse o dever de fazer prosseguir a acção por forma a que esta tivesse como partes os sucessores de um dos réus que viesse a falecer. Ou se entende que o autor é livre para conformar subjectivamente a instância na acção de cumprimento de uma obrigação solidária ou se entende que o não é. E o Direito positivo, substantivo e processual, mostram que é a primeira de entre essas alternativas a correcta.

V. Os argumentos que enunciámos permitem concluir que a situação jurídica do autor com legitimidade para promover a habilitação não é um dever. Como é a regra no Direito processual civil, estamos antes perante um *onus processual*. O teste é rapidamente realizado: a não promoção da habilitação não institui a contraparte no direito de obter o cumprimento do dever incumprido, através da exigência, ao autor, que satisfaça o interesse desconsiderado. A tutela da contraparte não se obtém desta forma, mas de outra: fica protegido com a invocabilidade de uma excepção⁵.

⁴ É certo que, tendo algum dos réus oferecido contestação, a eficácia típica da desistência da instância vai depender do seu consentimento (art. 288.º, n.º 1 CPC): esse dado, porém, não prejudica o argumento enunciado no texto.

⁵ V., com desenvolvimento, PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, pp. 193 e ss., ID., *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 121 e ss..

Ora, se a situação jurídica do autor é de um ónus de promover o incidente de habilitação do réu litisconsorte voluntário que falece na pendência da acção, a consequência jurídica do não cumprimento desse ónus não pode ser a da extinção da instância por deserção relativamente aos demais co-réus. Na verdade, o *incumprimento do ónus processual só pode ter como consequência que a parte onerada não obtenha a concreta vantagem cuja obtenção a lei faz depender da prática do acto processual omitido*. Dito de outro modo: a omissão da prática do acto que a parte tem o ónus de praticar não pode ter como resultado um efeito jurídico diverso daquele que a lei associa ao cumprimento desse ónus. Se a parte tivesse promovido a habilitação, que vantagem obteria? Já acima o dissemos: a de manter a configuração subjectiva inicial da instância, vinculando os sucessores da parte ao caso julgado. Esta a vantagem que a habilitação lhe confere quando esteja em causa a habilitação dos sucessores de um litisconsorte voluntário.

VI. Aqui chegados, estamos em condições de assinalar a principal conclusão a que chegamos quando olhamos o sentido possível das normas constantes do art. 281.º, n.ºs 1 e 3 CPC se aplicadas aos casos de configuração subjectiva complexa da instância: estas regras estão exclusivamente vocacionadas para as hipóteses em que a instância assume uma configuração subjectiva simples, mais, aquelas em que autor e réu são partes singulares. Estas disposições *já não são aplicáveis* – ou não podem sê-lo sem adaptações – à situação específica em que autor ou réu sejam *partes plurais*. De facto, nos casos em que a instância assuma uma configuração subjectivamente complexa, as consequências da inacção da parte que tem o ónus do impulso processual não podem deixar de ser apuradas de uma *forma diferenciadora*, em razão dos *concretos efeitos jurídicos* que essa omissão produza no processo. Importa, mais concretamente, determinar os efeitos que a inacção da parte provoca do ponto de vista da regularidade da instância. Assim, no caso em que a omissão do autor origina um obstáculo a que o tribunal possa conhecer do pedido, a consequência não pode deixar de ser a deserção da instância e, logo, a extinção do processo. Assim sucede, por exemplo, quando o autor não promove a habilitação de um dos compartes quando esteja em causa um litisconsórcio necessário, activo ou passivo.

Todavia, nas hipóteses em que a omissão da prática de um acto processual pelo autor não provoca qualquer irregularidade processual, mas apenas o impede de obter determinada vantagem – designadamente, a de determinada pessoa ficar vinculada pelos efeitos da decisão –, a consequência da sua omissão só pode ser a da privação dessa vantagem. Se a deserção da instância é um instituto destinado a regular as consequências do incumprimento de um ónus processual, essas consequências

não podem ser fixadas senão à luz do objecto e do fim do ónus processual inobservado. Se o ónus em causa era o de promover a habilitação dos sucessores do réu litisconsorte e se da habilitação dos sucessores do réu litisconsorte dependia a possibilidade de obter uma decisão que os vinculasse ao caso julgado da decisão que viesse a ser proferida, então a consequência de o autor não ter promovido a habilitação (e de esta não ter sido requerida por outra das pessoas para tanto legitimadas) é a da impossibilidade de ser proferida no processo uma decisão que produza efeitos de caso julgado quanto aos sucessores da parte falecida.

VII. Vejamos, então, com maior detalhe, o que sucede quando, tendo falecido na pendência da acção um dos réus num litisconsórcio voluntário, não vierem a ser habilitados os respectivos sucessores.

Os efeitos jurídicos que resultam dessa hipótese são dois tipos. Relativamente à parte que morre sem que tenha sido habilitada, a acção não poderá prosseguir: retomando a difícil formulação do pressuposto da personalidade judiciária, a parte que deixou de ter personalidade jurídica deixa também de ter personalidade judiciária (art. 577.º, al. c) CPC). Já relativamente aos compartes, não se verificando qualquer ausência de impulso processual que origine uma irregularidade processual, deve a acção prosseguir a fim que nela seja proferida uma decisão sobre o mérito das pretensões formuladas.

Dito de outro modo, a consequência de não se habilitarem os sucessores da parte falecida tem ocorre apenas ao nível *conformação subjectiva da instância*. Não tendo os herdeiros do réu litisconsorte que falece sucedido na sua posição processual, não chegam eles a adquirir a posição de parte. E não tendo a qualidade de parte na acção, não podem ficar abrangidos pelos efeitos do caso julgado da decisão que vier a ser proferida.

A circunstância de a ausência da habilitação apenas relevar para determinar as partes no processo – evitando que à parte que morra e, por isso, deixe de ter personalidade judiciária, sucedam os habilitandos – em nada é afectada pelo regime da deserção da instância. Por um lado, o facto de o autor não ter promovido a habilitação não obsta a que a parte que morre deixe de ter personalidade judiciária: esse um efeito que opera imediatamente com a morte, independentemente do regime da deserção. Por outro lado, não se promovendo a habilitação, não sucedem os habilitandos à parte falecida no processo. Também esse efeito tem como causa uma razão totalmente estranha à deserção: na verdade, os sucessores da parte têm, eles próprios, a qualidade de parte e só as partes na acção estarão, em princípio, abrangidas pelos efeitos do caso julgado da decisão. Por último, a circunstância de não terem sido habilitados os sucessores do réu litisconsorte voluntário não afecta

a legitimidade dos demais réus, pelas razões que expusemos. E não se verificando qualquer excepção dilatória que obste ao conhecimento do mérito do pedido, o processo deve prosseguir. Esta consequência decorre do preenchimento dos pressupostos processuais e não é contrariada pelo regime da deserção. A deserção determina a extinção do processo quando se verifica um obstáculo formal (e insuperável oficiosamente) que impeça o andamento do processo e, com isso, a composição definitiva do litígio. Do regime da deserção não se retira a consequência de que o processo se deva extinguir ainda que não exista nele qualquer obstáculo formal a que conheça do mérito das pretensões deduzidas.

VIII. O que acabamos de afirmar permite, assim, reforçar a convicção de que partimos. A não promoção dos actos necessários à habilitação de um dos réus num litisconsórcio voluntário – ou, mais amplamente, de um comparte sem que a comparte falecida não seja um litisconsorte necessário, alcançando-se, assim, também os casos de coligação – *não pode conduzir à extinção da instância por deserção*. Mas se a instância não se extingue, que sucede, então, quando o autor não promover a habilitação dos sucessores de um dos réus num litisconsórcio voluntário? E qual a sorte da instância nesses casos?

Qual quer que seja a resposta a conferir a estas duas perguntas, uma conclusão pode ser dada como certa: a ausência da habilitação opera apenas plano da *conformação subjectiva da instância*. Numa construção a que não aderimos, mas que deixamos enunciada por ser comum quanto ao modo de entender o processo, caso não venha a ocorrer a habilitação de uma comparte não litisconsorte necessária, modificam-se os sujeitos da relação processual: ao invés de todas as compartes que originariamente a delimitavam, deixa de figurar naquela relação o comparte falecido que não vem a ser sucedido pelos seus sucessores.

Esta qualificação afasta-se daquela que comumente se encontra quando se pergunta o que ocorre a uma instância subjectivamente complexa sempre que não ocorre a habilitação. Supomos ser possível afirmar que, para representar a mesma realidade que vimos descrevendo – a de a ausência de habilitação não pôr em causa a continuação da instância regular, mas, apenas, determinar a sua nova delimitação subjectiva – se costuma usar a expressão extinção parcial da instância. Mas, e como mais adiante veremos, tem razão o Supremo Tribunal de Justiça quando mobiliza o conceito de *unidade da instância*⁶. Afastar-nos-emos dos efeitos que o Supremo

⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-05-2019 (Pedro de Lima Gonçalves), Proc. n.º 3422/15.9T8LSB.L1.S2.

Tribunal pretende retirar desta ideia para resolver os problemas criados nas instâncias subjectivamente complexas pela morte de um comparte; porém, que a instância é una, disso nos parece não haver razão para dúvida.

Porém, só por comodidade de linguagem, poderá dizer-se que, nas instâncias subjectivamente complexas, a deserção por ausência de uma comparte não constituída em litisconsórcio necessário não determina a extinção total, mas apenas a *extinção parcial da instância*. Com esta descrição pretende representar-se o que ocorre: o processo não terminaria relativamente a todos os réus litisconsortes, mas apenas relativamente àqueles que se encontrassem numa situação de irregularidade processual por ausência de preenchimento de pressupostos processuais.

Essa não nos parece, porém, ser a forma tecnicamente mais precisa de descrever a realidade. Não é que a instância se extinga parcialmente com a morte da parte. A instância permanece: a parte falecida é que deixa de a integrar; e os sucessores que não vierem a ser habilitados não chegam a integrá-la. Não poderia ser de outro modo, pois que a instância corresponde à realidade complexa, perspectivada de uma forma compreensiva (não analítica) e abstracta. Se se preferir, da acção como estrutura formal. Daí que se deva dizer que a instância seja una e imune às vicissitudes que atinjam apenas uma das compartes ou, na linguagem comum, mas a que não aderimos, uma das *relações processuais* concretamente consideradas.

Em suma, a não promoção da habilitação apenas tem relevância para afirmar quem é parte na acção e quem está, por isso, vinculado pelo caso julgado formado sobre a decisão que for proferida nessa acção.

IX. A partir desta premissa, regressemos à questão que antes formulámos. Qual a vicissitude que ocorre quando a omissão do impulso processual pelo autor se traduz em não ter promovido a habilitação dos sucessores de um dos réus litisconsortes voluntários que vier a falecer na pendência da acção?

Uma vez excluída a extinção da instância, tal como estatuída pelo art. 281.º CPC – pela irracionalidade dessa solução, mas também pelo facto de ela carecer de fundamento no plano da teoria geral dos pressupostos processuais – restam, em abstracto, duas alternativas possíveis.

De acordo com uma *primeira hipótese* configurável, poder-se-ia supor que a *deserção não pudesse sequer ocorrer* nas situações em que o autor não tivesse promovido a habilitação dos sucessores de um dos réus demandados num litisconsórcio voluntário. O art. 281.º CPC não seria, sequer, aplicável a essas situações. Um dos pressupostos necessários para que ocorresse a deserção seria, no dizer da lei, que o processo ficasse a aguardar impulso da parte (art. 281.º, n.º 1 CPC). Ora nos casos em que a parte não habilita os sucessores de uma comparte, é verdade que omitiu

a prática de um acto, a habilitação. Mas isto não basta para que haja deserção: na formulação da própria lei, haverá deserção se o processo se encontrar a aguardar impulso há mais de seis meses e, no caso de incidente com efeito suspensivo, se o incidente se encontrar a aguardar impulso por igual período.

Mas pode dizer-se que a não habilitação vai provocar um efeito paralisante da instância? Afastada a ideia de extinção da instância como pena, a resposta a esta questão depende de o litisconsórcio ser necessário ou voluntário. Uma vez que, no primeiro caso, a não habilitação dos sucessores do réu que falece gera a ilegitimidade dos demais réus, a habilitação releva ser um acto necessário à realização do fim do processo, que é a apreciação do mérito do pedido nele formulado: e não podendo a habilitação ser determinada oficiosamente pelo juiz, a consecução daquele fim dependeria de o autor impulsionar o processo, promovendo-a. Diversamente, se o litisconsórcio for voluntário, o falecimento da parte não gera a ilegitimidade dos restantes réus, uma vez que o autor poderia sempre demandar qualquer das partes da relação controvertida. Ora, não havendo qualquer irregularidade processual que cumprisse suprir, faltaria uma razão para se entender que a ausência do impulso processual tivesse o *mesmo significado* que a ausência do impulso processual a que se refere o art. 281.º CPC. É certo que a instância se suspende com o conhecimento da morte da parte. E a instância fica suspensa, a aguardar a decisão do autor sobre a promoção ou não promoção da habilitação dos sucessores da parte falecida, por forma a assegurar a unidade da tramitação processual: caso o processo continuasse a correr relativamente aos outros réus, a habilitação dos sucessores do réu falecido obrigaria à prática de actos processuais em total descompasso. No entanto, o facto de a instância se suspender durante seis meses para se decidir se o autor habilita ou não os sucessores do réu que tiver falecido já não significa que, volvidos seis meses, o processo esteja parado à espera do impulso do autor *relativamente aos demais réus litisconsortes*. Não provocando a redução subjectiva da instância determinada pela morte da parte qualquer irregularidade processual quanto à legitimidade dos demais réus litisconsortes voluntários, o processo deve prosseguir relativamente a eles.

Em favor da tese segundo a qual a previsão do art. 281.º CPC não estaria, sequer, preenchida na situação em que não fossem habilitados os sucessores de um réu litisconsorte voluntário, depõe, de facto, um argumento ponderoso. É que tal situação tem como consequência jurídica uma modificação subjectiva da instância ou, mais precisamente, a sua redução aos demais réus litisconsortes voluntários – o réu falecido deixa de ser parte, os seus sucessores não chegam a sê-lo – e essa modificação pareceria decorrer de normas totalmente alheias à deserção. A exclusão do réu falecido seria uma consequência da norma que determina a extinção da

personalidade judiciária a quem perde a personalidade jurídica; a não inclusão dos seus sucessores, da norma que faz depender a aquisição da sua qualidade de parte da decisão que os habilite na acção.

Não é, no entanto, claro que a consequência que concluímos ser a única compatível com os dados fundamentais do Sistema – a modificação subjectiva da instância, permanecendo nesta como partes os réus litisconsortes sobreviventes – seja uma consequência de todo em todo alheia ao horizonte normativo da deserção. Por um lado, porque a sua verificação não parece prescindir do preenchimento das exigências que a lei faz à deserção, como a exigência de que a inacção da parte seja culposa⁷. Por outro, o argumento segundo o qual não se poderia falar numa paralisação do processo relativamente aos réus litisconsortes voluntários também não parece ser definitivo. É certo que quanto a eles não se verifica qualquer excepção dilatatória ou irregularidade que obste à tramitação do processo. Mas a alusão ao processo que aguarda o impulso da parte no n.º 1 do art. 281.º CPC pode ser entendida de um outro modo: no sentido do processo cuja conformação concreta, tal qual lhe foi conferida pelo autor, não possa prosseguir sem que este exerça o impulso processual. De certa forma, é ainda a opção pela preferência da conformação subjectiva da instância – uma manifestação do princípio do dispositivo – que justifica que o autor tenha a legitimidade para requerer a habilitação dos sucessores da parte falecida. Promovendo a habilitação, o autor não consegue um efeito idêntico àquele que procurava obter na acção, que era uma decisão que condenasse todos os devedores solidários no cumprimento da obrigação, uma vez que um desses devedores faleceu na pendência da acção de cumprimento. Pode, no entanto, continuar a procurar um efeito equivalente, o efeito mais aproximado possível: uma decisão condene também os sucessores do devedor solidário no cumprimento daquela obrigação.

X. Podemos, agora, dar por assentes duas premissas. A primeira, a de que a não habilitação dos sucessores de um réu litisconsorte voluntário é uma omissão do autor que deixa o processo a aguardar o impulso processual no dizer do art. 281.º, n.º 1 CPC. A segunda a de que a persistência nessa omissão não leva a que a instância se extinga (art. 277.º, al. c) CPC), mas antes a que o autor perca a possibilidade de assegurar que ela se modifique, por forma a que os sucessores do devedor solidário ocupem, por sucessão, a posição de parte que este tinha na acção de cumprimento.

⁷ Por essa razão, supomos que a não promoção da habilitação pelo autor no prazo de seis meses, se não tiver sido imputável ao autor a título de negligência, não obsta a que seja por ele promovida em momento ulterior.

E perdendo o autor essa possibilidade, fica a instância reduzida, na sua composição subjectiva, ao autor e aos demais réus litisconsortes voluntários⁸.

Da conjugação destas duas premissas só pode retirar-se uma conclusão: há efectivamente uma *lacuna oculta* no art. 281.º CPC: esta regra, ao dispor um comando generalizante – em caso de ausência de impulso ocorre uma inelutável extinção da instância, por deserção – traz um regime para a instância – o da sua extinção – que não encontra qualquer justificação nas causas em que, não obstante o não preenchimento do ónus, a instância de mantém regular.

Chegamos, com isto, à *segunda resposta* possível à questão formulada anteriormente, quanto à interpretação-aplicação do art. 281.º, n.º 1 CPC no contexto problemático específico do incumprimento do ónus do impulso processual nos casos de litisconsórcio voluntário ou, mais genericamente, de instâncias subjectivamente complexas, mas em que as partes não se constituem em litisconsórcio necessário. A hipótese da inobservância do ónus de impulso processual num litisconsórcio voluntário é susceptível de preencher a previsão normativa do art. 281.º CPC. No entanto, a teleologia fundamental subjacente a essa norma só pode ser cumprida se afastarmos a consequência que ali é estatuída e a substituímos por uma outra. A integração desta lacuna, que passa, portanto, por uma *adaptação* das consequências da deserção à situação em que a ausência de impulso processual do autor apenas afecta a possibilidade de obter uma decisão que produza um efeito de caso julgado relativamente a determinada parte ou mesmo a um terceiro (no caso, àqueles que poderiam suceder ao réu falecido), ficando essa possibilidade intocada relativamente às outras partes na acção (no caso, aos demais réus litisconsortes voluntários).

XI. Em suma, e apesar da sua formulação aparentemente compreensiva, a regra presente no art. 281.º CPC apresenta uma *lacuna oculta* quando pensada no contexto especial da instância subjectivamente complexa, quer essa complexidade se traduza na existência de uma pluralidade de partes (um litisconsórcio) ou de uma pluralidade de objectos formulados diferenciadamente por ou contra uma pluralidade de partes (uma coligação): a estatuição que dispõe não é consonante com os diversos interesses em jogo já que não se pode compreender a inutilização de actos processuais de uma instância que é regular ou, dito de outro modo, a regra, se aplicada como determinando uma extinção de uma instância regular, é disfuncional.

⁸ Convém notar que o efeito da redução subjectiva da instância não é ainda definitivo, uma vez que ela ainda pode ser desencadeada pelos sucessores do réu falecido em momento ulterior.

Talvez que o problema não esteja integralmente na regra, mas no modo como tipicamente se opera a articulação sequencial entre a suspensão e a deserção/extinção: porque a suspensão atinge integralmente a instância então, porque toda a instância esteve suspensa, a deserção teria necessariamente limites objectivos e subjectivos coincidentes com os da suspensão decretada. É verdade que a formulação do art. 281.º, n.º 1, permite esta leitura já que ali se diz que se considera deserta a instância quando o processo esteve parado por mais de seis meses. Mas a pergunta será sempre a mesma: devendo o intérprete presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas, poderá o intérprete, na determinação do sentido do art. 281.º, n.º 1 CPC, presumir que a solução consagrada não é acertada porque dispõe um efeito que não encontra justificação nos valores do sistema visto na sua integralidade? Pode o intérprete entender que o legislador quis dispor no art. 281.º uma solução que afronta o princípio do aproveitamento máximo dos actos jurídicos, a prevalência do proferimento de decisões de mérito sobre as decisões de forma, para mais quando uma instância é regular, que a lei quis cominar com uma pena sujeitos que não são autores do acto desvalioso?

Supomos que estas ponderações induzem uma resposta necessária. Porque nenhum interesse prepondera sobre os até aqui identificados e que possa justificar uma aplicação indiferenciada do art. 281.º, n.º 1 aos casos de instâncias subjectivamente complexas, na sua interpretação deverá o intérprete proceder a distinções que a regra não ostenta. E estas distinções, provocadas pela necessidade de ponderar as consequências da ausência de impulso imputável às partes em hipóteses de instância subjectivamente complexa identificaram uma lacuna que, numa primeira leitura, a regra não revelava.

§ 5. A integração da lacuna: os casos análogos da absolvição da instância e da desistência da instância e a aferição subjectivamente individualizada dos efeitos do incumprimento do ónus de impulso processual nas instâncias subjectivamente complexas

I. Por prestar a regra presente no art. 281.º CPC uma solução inadequada e disfuncional nas situações em que as instâncias forem subjectivamente complexas, deve o intérprete integrar a lacuna, criando a norma do caso. Na fundamentação legitimadora dessa norma, são dois os argumentos determinantes.

II. O primeiro argumento consiste na circunstância de que a *teleologia* subjacente à solução da deserção da instância só *parcialmente* se verifica nas hipóteses em que a instância é subjectivamente complexa. Se o fundamento da deserção da instância

é o de não deixar o processo paralisado ante a inacção do autor, com isso evitando o emprego inútil de recursos públicos, cumpre verificar que, no caso em que a inércia do autor se circunscreve, retomando o art. 35.º, à acção que tem como parte um comparte litisconsorte voluntário, a razão fundamentadora da deserção apenas se verifica relativamente a esse comparte. Em face dos demais, o escopo do regime da deserção depõe, aliás, num sentido contrário, o da preservação da instância. A não ser assim, seriam desaproveitados os actos praticados no processo pelos (e contra os) outros réus litisconsortes, sem que para tal houvesse qualquer necessidade ou conveniência, uma vez que a inacção do autor não constitui nem provoca qualquer impedimento a que se conheça do mérito das pretensões deduzidas contra aquelas partes. O autor ver-se-ia forçado a intentar nova acção contra as mesmas partes e com o mesmo objecto, repetindo-se os actos praticados. O instituto da deserção tutela os interesses na mais racional alocação dos meios da Justiça. Uma aplicação das normas da deserção que potenciassessem um desperdício de recursos públicos tão grave e tão desnecessário seria, pois, uma aplicação totalmente disfuncional das normas em causa. O mesmo é dizer que as postulações do sistema só se realizam de uma forma consequente se o alcance das normas relativas à deserção vier a ser restringido pelo intérprete-aplicador. Há, assim, que proceder à *redução teleológica* do preceito, que confirma a correcção da intuição de partida: a não promoção, pelo autor, da habilitação de um dos réus litisconsortes voluntários que falece impede a obtenção de uma decisão cujos efeitos possam abranger os sucessores desse réu, mas não impede o prosseguimento da acção relativamente aos demais.

II. Por outras palavras, se o escopo visado pelo art. 281.º CPC é o de obstar a que o autor possa fazer um uso irresponsável do processo, permitindo que o prosseguimento da causa possa ser deixado nas suas mãos com prejuízo para o interesse num uso adequado dos recursos públicos, então é forçoso concluir que esse fim só *em parte* se verifica nos casos em que a falta do impulso processual ocorra numa instância subjectivamente complexa. Por um lado, a conduta do autor não revela uma vontade total de não impulsionar o processo, mas apenas de impulsionar a pretensão deduzida contra alguns dos réus demandados. Por outro lado, o resultado da paralisação do processo tão-pouco se produz de uma forma total, uma vez que as consequências da sua conduta apenas comprometem o prosseguimento da acção ou o proferimento de uma decisão de mérito relativamente a um dos réus. Relativamente aos demais, não se verifica qualquer incumprimento, pelo autor, do ónus de impulsionar o processo, nem qualquer impedimento ao proferimento de uma decisão de mérito, que os vincule. Pode, assim, dizer-se que tanto o juízo

de auto-responsabilidade como a finalidade preventiva de uma paralisação do processo que consome inutilmente os recursos públicos podem, nas instâncias subjectivamente complexas, estar presentes apenas quanto a alguma ou algumas das partes.

Assim, se os fundamentos que legitimam a deserção só estão presentes relativamente a uma comparte, aquela que não fica vinculada pelo caso julgado em virtude do incumprimento de um ónus de impulso processual, então haverá nestas hipóteses que fixar a *justa medida* das consequências desse incumprimento. Tais consequências têm de compreender a possibilidade do prosseguimento da acção a fim de que nela possa ser proferida uma decisão que vincule as partes relativamente às quais se não verifica qualquer irregularidade processual. Quanto a estas, não pode, em rigor, dizer-se que o processo se encontre paralisado inutilmente a aguardar um impulso do autor. É, pelo contrário, a solução oposta, de considerar que o incumprimento do ónus de impulso processual determina a extinção da instância, que conduz ao desaproveitamento escusado dos actos praticados no processo e, com isso, ao maior desperdício dos recursos públicos.

III. Em favor da solução que aqui expomos depõe, de forma determinante, um segundo argumento. Na integração da lacuna, deve proceder-se por forma a que o caso não previsto seja regulado segundo a norma aplicável aos casos análogos, havendo analogia sempre que, no caso omissis, procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto (art. 10.º, n.ºs 1 e 2 CC). Ora, a solução que aqui defendemos, segundo a qual a inacção do autor relativamente a um dos réus demandados num litisconsórcio voluntário não determina a extinção da instância, mas apenas obsta ao proferimento de uma decisão que produza efeitos relativamente a esse réu (no caso, aos seus sucessores), está longe de configurar uma solução excepcional no Direito positivo português. Pelo contrário, são vários os *lugares paralelos* àquele que aqui consideramos. Cumpre sublinhar dois, pela enorme razão de semelhança: a *absolvição do réu da instância* e a *desistência da instância*.

IV. Começemos por considerar a situação paralela da *absolvição do réu da instância*. Também nestas hipóteses a verificação de um obstáculo processual ao conhecimento do mérito do pedido formulado pelo autor pode, nuns casos, atingir todas as partes na acção e, noutros, individualmente apenas alguma ou algumas delas. É susceptível de comprometer uma decisão de mérito relativamente a todas as partes a falta de pressupostos processuais como a competência do tribunal ou a nulidade de todo o processo ou a falta de autorização ou deliberação que o autor devesse obter (art. 577.º, als. a), b) ou d) CPC). Diversamente, outros pressupostos,

como a falta de personalidade judiciária de alguma das partes (art. 577.º, al. c) CPC), a falta de capacidade judiciária do autor (art. 577.º, al. c) CPC) a falta de constituição de advogado nas situações em que o patrocínio judiciário for obrigatório (art. 577.º, al. h) CPC) ou a ilegitimidade de alguma das partes (art. 577.º, al. e) CPC) devem ser aferidos de forma por referência a cada uma das partes na acção⁹. Assim, se um dos réus demandados não for parte da relação jurídica controvertida, tal qual ela tiver sido configurada pelo autor, deve o mesmo ser absolvido da instância, por ser parte ilegítima (art. 30.º, n.º 3 CPC). O mesmo não tem de se verificar quanto aos outros réus que possam ter sido demandados na mesma acção, contanto que haja correspondência entre a relação processual assim estabelecida e a configuração que o autor tiver dado à relação controvertida. O mesmo deve dizer-se quanto à ausência de personalidade judiciária do réu, quando for insuprível ou, sendo sanável, o não ter sido (art. 14.º CPC). Ocorre, então, uma extinção da instância, ainda que meramente parcial. O réu a quem faltar a personalidade judiciária ou a legitimidade passiva deixa de fazer parte da acção, mas esta prossegue, quanto às demais partes¹⁰.

⁹ Convém notar que, embora os pressupostos processuais que respeitem à parte devam ser apreciados de uma forma individualizada, isso não significa que, havendo pluralidade de partes, a ausência de um desses pressupostos relativamente a uma das partes não possa afectar a instância como um todo, determinando a extinção do processo. Na verdade, esse resultado não pode deixar de verificar-se nas situações em que a pluralidade subjectiva dê lugar a um *litisconsórcio necessário*, uma vez que, nelas, a extinção do processo relativamente à parte afectada pela ausência do pressuposto processual implicaria a *ilegitimidade* dos compartes que permanecessem na acção. Em contrapartida, a ausência de um pressuposto relativamente a uma das partes já não obsta ao prosseguimento do processo com a instância subjectivamente reduzida aos restantes compartes nos casos em que a relação entre as partes na acção dever ser qualificada como um *litisconsórcio voluntário* ou como uma *coligação activa*. Nesses outros casos, a ausência de uma das partes na acção não gera qualquer irregularidade ou obstáculo ao prosseguimento da acção com a instância reduzida às demais partes. Isso deve-se à circunstância de que, no litisconsórcio voluntário (e, por maioria de razão, na coligação), cada uma das partes ocupa uma posição de independência no processo (art. 35.º, n.º 2 CPC), deduzindo na causa uma pretensão processual autónoma. No dizer da lei, ao passo que no litisconsórcio necessário «há uma única acção com pluralidade de sujeitos», no voluntário existe uma mera «simples acumulação de acções» (art. 35.º, n.º 1 CPC).

¹⁰ Pode igualmente suceder que o réu ou os réus demandados deva(m) ser absolvidos da instância, mas apenas relativamente ao pedido formulado por um dos autores. Esse resultado pode verificar-se nas hipóteses em que a pluralidade de autores forme um litisconsórcio voluntário (art. 32.º CPC) ou uma coligação activa (art. 36.º CPC), embora já não numa situação de litisconsórcio necessário (art. 33.º CPC). Pense-se numa acção em que um dos autores de um litisconsórcio voluntário comum (por exemplo um dos credores solidários de uma obrigação) que não tem capacidade judiciária ou que não se encontra representado no processo por mandatário judicial. Também aqui a absolvição do(s) réu(s) da instância configura uma extinção meramente parcial do processo: ela opera apenas

Veja-se, não obstante a unidade da instância, a respectiva irregularidade somente é consequente quanto a alguma ou algumas das partes: umas serão dela absolvidas, a instância, que é uma, continuará pendente e será tramitada até final quanto às demais compartes.

V. O mesmo ocorre quando o autor *desiste da instância* (art. 285.º, n.º 2 CPC). As semelhanças entre essa hipótese e a da deserção manifestam-se logo no plano da delimitação dos respectivos âmbitos problemáticos. Em ambas se trata de reconhecer a relevância da conduta do autor que revela desinteresse na tutela jurisdicional requerida. Não deixamos de sublinhar a diferença entre as duas situações, assente na circunstância de, no caso da desistência da instância, aquele desinteresse assumir a forma de um negócio processual assente na vontade de um acto contrário ao exercício do direito de acção, ao passo que, na deserção, essa atitude não poder ser mais do que presumida a partir de uma inacção auto-responsabilizante do autor, mantida por um período superior a seis meses¹¹. Apesar das diferenças entre as duas situações no plano da respectiva estrutura, parece impor-se um *mínimo de coerência* na sua regulamentação normativa. Mais precisamente: teria pouco sentido que a deserção da instância tivesse de justificar consequências mais drásticas do que aquelas que resultam da desistência da instância, do mesmo modo que seria pouco coerente que o comportamento negligente da parte implicasse para ela uma sanção mais

quanto ao autor a quem falte a personalidade, a capacidade judiciária ou a representação por advogado, prosseguindo a causa para a apreciação dos pedidos formulados pelos demais autores.

¹¹ As conexões de sentido que no texto estabelecemos entre a desistência da instância e a deserção não devem ser compreendidas como se pretendêssemos sugerir uma aproximação no plano do fundamento e do critério operativo de ambos os regimes. A diferença no plano dos princípios legitimadores das duas figuras é quanto basta para afirmar de uma forma clara a autonomia entre elas. A desistência da instância é um negócio processual e alicerça-se no princípio da autonomia privada, que projecta funcionalmente na disposição sobre a pretensão processual. A deserção funda-se ambivalentemente na auto-responsabilidade do autor e na projecção do tempo sobre as situações jurídicas processuais. Isto, conforme dizemos, não permite iludir as continuidades valorativas entre os dois institutos. Na desistência da instância, a autonomia da vontade do autor não vale sem limites, desde logo, aqueles que decorrem de um princípio de auto-responsabilidade (manifestado na imputação ao autor das custas do processo) e da tutela das situações jurídicas da contraparte (sobretudo, a exigência do acordo do réu que tiver contestado, art. 286.º, n.º 1 CPC). A deserção – que, entre nós e ao contrário do que sucede noutras ordens jurídicas, não se funda numa vontade presumida ou concludente de abandono da lide – não deixa de estar conexionada com a ideia da disponibilidade privada sobre o processo, uma vez que a consequência da extinção da instância atinge, em primeiro lugar e mais que qualquer outra situação, o interesse do autor em obter uma tutela efectiva e definitiva do seu direito: uma tutela que ele não está obrigado a requerer e da qual pode, em princípio e dentro de certos limites, dispor.

pesada do que o comportamento doloso. Ou que a vontade do autor inferida a partir de um nexo de concludência com a sua inércia no processo pudesse conduzir a uma consequência mais radical para a instância do que aquela que ocorre com fundamento numa vontade especificamente dirigida à desistência da instância.

VI. Pergunta-se, então: quais são as consequências da desistência da instância relativamente a um dos réus (ou por um dos autores) num processo com pluralidade de partes? Conduz essa desistência forçosamente à extinção do processo? Ou apenas a uma redução subjectiva da instância, prosseguindo a acção entre aqueles que nela permaneçam como partes? Curiosamente, também na desistência da instância a lei se limitou a regular o *tipo de frequência*, aquele em que as partes são singulares. Efectivamente, o n.º 2 do art. 285.º CPC limita-se a determinar que a desistência da instância faz cessar o processo. Este dado poderia indiciar que fosse a primeira das alternativas enunciadas a resposta correcta à questão sobre as consequências da desistência da instância quando houver pluralidade de partes na acção. Não é, porém, assim. Justamente como sucede quanto à deserção, há que adaptar a norma que fixa as consequências da desistência da instância às situações em que a instância é subjectivamente complexa. A necessidade de proceder a tal adaptação é-nos confirmada pelas normas constantes do art. 288.º CPC. O regime estabelecido por este preceito limita-se a concretizar neste âmbito das proposições gerais da teoria geral do processo, nos termos que temos vindo a expor. Sendo o *litisconsórcio voluntário*, não só se prevê a *admissibilidade* da desistência apenas por um dos autores ou apenas relativamente um dos réus, como se esclarece o *alcance limitado* dessa desistência, que apenas atinge o *interesse de cada um na causa* (art. 288.º, n.º 1 CPC). Isso significa que, nas situações em que, como no caso em análise, o litisconsórcio for *voluntário, comum e passivo*, a desistência da instância relativamente a um dos devedores apenas determina que esse devedor não fique abrangido pelo caso julgado da decisão que vier a ser proferida (e mesmo que a lei lhe continue a permitir a invocação em seu favor do caso julgado favorável, desde que não fundado numa excepção pessoal do devedor ou devedores demandados, art. 522.º CC)¹².

¹² Já se o litisconsórcio for *voluntário, conveniente* (art. 32.º, n.º 1, 2.ª parte CPC) e *activo*, a desistência da instância por um dos autores implica que ele deixe de poder exigir nessa acção a parte no crédito que lhe for devida, sem prejudicar o direito dos compartes reclamarem a sua quota-parte ao réu ou réus demandados. No caso do litisconsórcio voluntário, conveniente e *passivo*, a desistência da instância contra um dos réus apenas prejudica a possibilidade de o autor conseguir obter a totalidade do seu crédito, prosseguindo a acção para conhecer o pedido de condenação dos demais réus na satisfação das respectivas quotas-parte na dívida. Sendo o litisconsórcio *voluntário comum* (art. 32.º, n.º 2 CPC) e *activo*, a desistência da instância por um dos autores implica apenas que ele não seja abrangido pelo

VII. Podemos, assim, concluir que, no confronto com o regime da desistência da instância, se confirma a correcção do entendimento que defendemos quanto à integração da lacuna legal relativamente à inacção da parte numa instância subjectivamente complexa e que haja sido suspensa. Nesses casos, tal como sucede quando o autor desiste da instância quanto a um dos réus demandados, a omissão do impulso processual só deve conduzir à extinção da instância quando dela resulte uma irregularidade processual que obste ao conhecimento do mérito da pretensão formulada. No entanto, quando, por estar em causa um litisconsórcio voluntário, a inércia da parte apenas afectar a constituição de um dos réus como parte, essa omissão não deve conduzir à extinção da instância, mas apenas à sua *redução subjectiva*, por forma a que o processo prossiga em face dos restantes réus litisconsortes já que, quanto a eles, a instância é regular.

VIII. Em suma, as situações típicas da absolvição do réu da instância e da desistência da instância relativamente a um dos réus num litisconsórcio voluntário constituem, de um ponto de vista daquele que pode ser o significado do princípio da unidade da instância, *casos análogos* àqueles que nos ocupam, o das instâncias subjectivamente complexas em que, ocorrendo a respectiva suspensão por morte de um dos compartes, não vem a promover-se a habilitação dos sucessores desse comparte. Se o obstáculo à decisão de mérito provocado pela ausência do impulso processual só se verifica quanto a uma das partes demandadas, não deve o processo extinguir-se quanto às demais. Tanto a absolvição da instância como a deserção só podem ser entendidas como formas de extinção do processo motivadas pela criação de um obstáculo de ordem formal ao conhecimento do mérito das pretensões nele formuladas: e, também por isso, em nenhum dos casos a extinção da instância impede a propositura de uma nova acção, entre as mesmas partes e com o mesmo objecto (art. 279.º, n.º 1 CPC). Sobretudo, importa notar que as *razões determinantes* da solução que impõe a *aferição subjectivamente individualizada* das causas de extinção da instância, sempre que esta compreenda uma parte plural, se verificam

âmbito do caso julgado material da decisão que vier a ser proferida (embora a lei civil permita a extensão do caso julgado favorável, sem prejudicar, no entanto, a possibilidade de o devedor poder continuar a invocar excepções pessoais contra esse credor – art. 531.º CC). Diversamente, se o litisconsórcio for necessário, a desistência da instância não pode produzir o seu efeito principal e típico, que é o de fazer extinguir a instância. Esse efeito não pode sequer ocorrer em termos parciais ou subjectivamente limitados, uma vez que a extinção do processo relativamente a uma das partes faria surgir uma situação de ilegitimidade daquelas que continuassem no processo com a qualidade de parte. Por esse motivo, a desistência da instância por um dos autores num litisconsórcio necessário produz apenas o efeito de reduzir para metade as custas que por ele fossem devidas (art. 288.º, n.º 2 e art. 528.º, n.º 2 CPC).

identicamente na absolvição da instância, na desistência da instância e na deserção (art. 10.º, n.º 2 CC). A coerência do Sistema e o dever de conceder um tratamento idêntico a situações que se mostram valorativamente equivalentes conduzem, por isso, a integrar a lacuna oculta das consequências do incumprimento do ónus de impulso processual na instância subjectivamente complexa por recurso ao regime subjectivamente diferenciador da absolvição da instância.

§ 6. A “unidade da instância” como cripto-argumento contra a solução defendida

Do que acabamos de afirmar já se pode inferir que não constitui um obstáculo à solução aqui defendida o argumento segundo o qual a instância seria una e, como tal, não seria concebível uma “deserção parcial”, ainda que a omissão do impulso processual se circunscrevesse a uma das partes demandadas num litisconsórcio voluntário. Esse é, não deixamos de reconhecê-lo, um entendimento recentemente sustentado pelo Supremo Tribunal de Justiça¹³. Mas o que se quer dizer exactamente com isto? Se pensarmos no que acabámos de afirmar quanto à absolvição parcial da instância, o que pode querer significar agora o princípio da unidade da instância como argumento obstaculizante de extinções parciais por deserção? A valer como razão indutora de um efeito unitário, o princípio da unidade da instância encontra forte contra-razão no regime da extinção da instância por absolvição de apenas um dos compartes. Terá o princípio da unidade da instância um significado distinto quando chegamos ao regime da extinção por deserção?

Já acima vimos as razões que determinam a provocação de um efeito unitário pela morte de um dos compartes sobre a instância: o da sua suspensão a fim de permitir a habilitação. Mas também vimos que este efeito unitário encontrava uma

¹³ Referimo-nos ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-05-2019, já citado. Nesse caso, que versava sobre uma acção popular indemnizatória, e na qual o autor omitira a cooperação devida na realização da citação de quatro dos vinte e sete réus demandados a título de convedores solidários da obrigação de indemnização, o Supremo Tribunal de Justiça manifestou a sua concordância com o entendimento anteriormente afirmado pela Relação, de que, sendo única a instância, não pode ela «ser parcialmente extinta, ainda que a falta de impulso respeite apenas a alguns dos réus». Faz-se, no entanto, notar que na opinião do Supremo Tribunal de Justiça, seria justamente pelo facto de a instância ser uma que a deserção não poderia ser aferida de uma forma isolada, a partir da posição de cada uma das partes, mas apenas e só a partir do resultado objectivo da paragem do processo, «globalmente considerado». Foi também com base nesse argumento, – entre outros, que não importa aqui analisar – que o Supremo Tribunal de Justiça veio a revogar o Acórdão recorrido, entendendo que não se encontravam preenchidos os pressupostos da deserção, uma vez que o processo não ficara parado, tendo continuado a correr termos contra os restantes réus.

justificação pragmática – impedir o descompasso da tramitação processual caso não ocorresse a suspensão e o processo corresse em paralelo à habilitação – que não está presente quando se pergunta pela dimensão subjectiva da extinção, seja esta provocada por falta de verificação de pressupostos quanto a um dos compartes, seja esta efeito de uma deserção.

Uma vez findas as razões que determinam a suspensão, porque o autor não promoveu a habilitação dos sucessores do réu falecido no prazo de seis meses, deixa de haver motivo para que as consequências da omissão do autor tenham de ser idênticas relativamente a todas as partes na acção. A proximidade entre os regimes jurídicos da absolvição do réu da instância e da deserção é suficiente para afastar a ideia segundo a qual a deserção só poderia conduzir à extinção de todo o processo, por razões conexas com a estrutura do processo, em especial, com o carácter «unitário» da instância. A instância é efectivamente unitária. Daí não se retira, porém, que unitária tenha também de ser a *decisão* a proferir relativamente a cada uma das partes que a compõem, mesmo quando o conteúdo dessa decisão seja susceptível de afectar a qualidade de parte. Caso fosse assim, e o preenchimento dos pressupostos da deserção não pudesse atingir diferenciadamente os réus na acção por causa do princípio da unidade, tão-pouco seria admissível uma decisão que se limitasse a absolver apenas um dos réus da instância (ou a absolver o réu da instância relativamente a apenas um dos autores).

§ 7. A confirmação da solução à luz dos princípios do Direito processual

I. Diga-se, por último, que o entendimento segundo o qual a não promoção da habilitação dos sucessores do réu demandado num litisconsórcio voluntário não determina a extinção da instância, mas apenas condiciona a sua conformação subjectiva, levando a que o processo prossiga apenas contra os demais réus litisconsortes não é contrariado pelos princípios que estruturam o nosso Direito processual civil. Pelo contrário, aquela solução encontra apoio claro em alguns desses princípios, em especial, no princípio do dispositivo, no princípio da prevalência da substância sobre a forma, no princípio do aproveitamento dos actos jurídicos e, inclusivamente, no princípio da estabilidade da instância.

a) A conformidade com o princípio do dispositivo

Entendido o *princípio do dispositivo* de uma forma consequente, não pode ele deixar de impor uma aplicação diferenciadora do regime da deserção, em função das consequências provocadas pela ausência do impulso processual subsequente.

O autor que não impulsiona a habilitação da parte falecida não deixa de revelar, com a sua atitude inerte, um distanciamento relativamente à possibilidade de obter a tutela jurisdicional do seu direito contra os sucessores da parte, ou de obter uma decisão que lhes possa ser oposta. A sua conduta processual não assume, porém, esse significado quanto aos compartes do réu que morre. Relativamente a eles, a omissão dos actos tendentes a promover a habilitação não pode traduzir, ainda que de uma forma concludente, a ausência de um impulso processual, visto que a habilitação não afecta a sua legitimidade nem gera qualquer outra irregularidade que impeça o curso da acção ou impeça o acertamento definitivo do litígio entre aqueles que permanecem como partes da instância.

b) A conformidade com o princípio da auto-responsabilidade

O mesmo pode ser dito quanto ao *princípio da auto-responsabilidade*, que, segundo a jurisprudência dominante nos nossos tribunais, está na base do instituto da deserção da instância. A consequência do incumprimento do ónus processual do autor não pode ser outra que não seja a não obtenção da vantagem que aquela parte teria obtido com o cumprimento daquele ónus. Num litisconsórcio voluntário comum, a “sanção” para a não promoção dos actos tendentes a habilitar um dos co-réus que faleça não pode, por isso, ir além da perda da possibilidade de obter uma decisão que forme, quanto aos sucessores, um caso julgado material. A aplicação da consequência mais drástica da extinção total do processo, além de não estar legitimada pelo fim da norma processual primária, poderia também surgir como uma sanção disfuncional para os compartes do réu falecido, quando frustrar a sua expectativa na obtenção de uma decisão de mérito favorável. Quanto a estes, na verdade, a extinção da instância sem que o tribunal conheça do mérito das excepções deduzidas (ou, eventualmente, do pedido reconvenicional formulado) não pode ser justificada nos quadros do princípio da auto-responsabilidade. A necessidade de atender à expectativa dos compartes do réu falecido em obter uma decisão de mérito será tão mais intensa quanto mais avançado estiver o processo quando se tiver suspenso a instância a fim de promover a habilitação. Em especial, haverá que tê-la em conta nos casos em que por eles tiver sido deduzida contestação.

c) A conformidade com o princípio da prevalência da substância sobre a forma e com o princípio da efectividade da tutela

A interpretação literal do art. 281.º CPC, que levaria a considerar-se extinta a instância quando o autor tivesse deixado de promover a habilitação de um dos

rés litisconsortes, tão pouco é aquela que melhor favorece o *princípio da prevalência da substância sobre a forma*. A interpretação e a aplicação das normas processuais não deve perder de vista que o fim último do processo é a composição definitiva do litígio. Esta uma valoração que se manifesta, ao mesmo tempo que se legitima, num conjunto alargado de proposições legais, como naquelas que cominam o dever de o juiz providenciar pelo normal e adequado prosseguimento da acção (art. 6.º, n.º 1 CPC) e, bem assim, de providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais sanáveis ou de convidar a parte a praticar o acto necessário à sanação (art. 6.º, n.º 2 CPC). Ou na norma que permite o conhecimento do mérito do pedido formulado ainda que se subsista uma excepção dilatória, desde que essa excepção se destine a tutelar o interesse da parte relativamente à qual a decisão seja integralmente favorável e nenhum outro motivo impeça o conhecimento do mérito da causa (art. 278.º, n.º 3 CPC). A prevalência da substância sobre a forma é, de outra perspectiva, ainda uma das ideias matrizes do modelo do processo equitativo (art. 20.º, n.º 1 CRP): não poderia ser considerado justo o processo que sacrificasse a efectividade da tutela das situações jurídicas da parte em nome de razões de ordem formal. As estruturas processuais, embora longe de serem axiologicamente neutras, são funcional e valorativamente instrumentais ao fim do próprio processo, que é o de promover uma *composição justa e definitiva do litígio*. A norma-princípio em causa serve também a garantia da *efectividade* da tutela jurisdicional requerida, que figura, por sua vez, como um dos corolários do direito ao acesso ao Direito. Trata-se, no fundo, de perspectivar as estruturas formais e as exigências da regularidade do processo não como valores absolutos, mas antes como razões de justiça processual que se devem conjugar com o valor da realização do fim último do processo, que é a composição justa e definitiva do litígio.

Seria, por isso, de valorar como iníquo o regime jurídico que, ante a omissão pelo autor dos actos tendentes a promover a habilitação de um dos réus litisconsortes voluntários, desconsiderasse o seu interesse em obter uma decisão de mérito relativamente aos demais réus demandados. Para mais, quando o autor não tivesse deixado de actuar com base na expectativa de obter, quanto a esses réus, uma decisão definitiva, praticando no processo actos que actualizam a intenção de ver definitivamente julgada a pretensão que dirigiu contra essas partes. Neste sentido, a tese segundo a qual o incumprimento do ónus de promover a habilitação dos sucessores do réu falecido na pendência da causa tem como consequência a redução subjectiva da instância aos compartes daquele réu é aquela que *melhor favorece o princípio da efectividade*¹⁴.

¹⁴ Cumpre referir que o Tribunal Constitucional já foi chamado a pronunciar-se quanto à conformidade com a Constituição da interpretação do art. 281.º CPC segundo a qual o incumprimento do ónus

d) A conformidade com o princípio do aproveitamento dos actos

Resulta também do exposto anteriormente que é a tese que impõe uma determinação subjectivamente diferenciadora dos efeitos da deserção aquela que se mostra mais conforme com os *princípios da economia* e do *aproveitamento dos actos processuais*. Na verdade, da perspectiva da eficiência do processo, não se vê que ganhos possam ser obtidos com a solução de inutilizar todo o processado quanto a inércia do autor se tiver limitado à relação estabelecida com uma das partes numa instância subjectivamente plural. A extinção do processo seria uma vantagem mais do temporária, meramente aparente, ante a possibilidade – verosímil, tendo em

impulso relativamente a apenas por uma das partes – mais concretamente, a não promoção da habilitação dos sucessores de um dos autores numa coligação activa – não deixava de conduzir à extinção da instância por deserção. No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 604/2018 (Lino Rodrigues Ribeiro), Proc. n.º 1137/15, entendeu-se que tal interpretação não ofende os princípios da tutela jurisdicional efectiva e da proibição da indefesa (art. 20.º CRP), nem o princípio da tutela da confiança (art. 2.º CRP) ou da igualdade (art. 13.º CRP). Não importa aqui apreciar a questão de saber se a interpretação de acordo com a qual o incumprimento do ónus de impulso processual relativamente a um dos réus num litisconsórcio voluntário se mostra compatível com os princípios da efectividade e do Direito ao acesso ao Direito, o que, entre outras questões, obrigaria a indagar sobre se a imposição de um efeito tão radical quanto o da extinção da instância podia ser configurada como uma consequência proporcional à omissão da prática do acto processual pelo autor e ao interesse que se procura satisfazer através da imposição desse ónus processual. Independentemente da resposta a que se obtenha a partir dessas indagações, e ainda que se entenda que a cominação da inércia do autor nestes casos com a extinção da instância por deserção não ultrapassa os limites impostos pela Constituição à liberdade de conformação dos modelos processuais que deve ser reconhecida ao legislador ordinário, daí não se retira que seja essa a melhor interpretação do disposto no art. 281.º CPC. Sobre esta outra questão, a de saber como deve ser interpretado e aplicado o art. 281.º CPC no núcleo problemático específico das instâncias subjectivamente complexas não se pronunciou o Tribunal Constitucional, nem sobre elas poderia ter-se pronunciado, uma vez que essa questão não cabe no objecto possível do processo de fiscalização concreta da constitucionalidade. Provavelmente por essa razão, acrescente-se, não se retiram da decisão argumentos que derrotem as razões em que apoia a nossa interpretação do art. 281.º CPC. Nem o princípio da auto-responsabilidade, nem o princípio da celeridade processual e da racionalidade da afectação dos recursos que justificam a deserção da instância impõem a extinção total do processo nos casos da ausência de habilitação dos sucessores de um dos réus num litisconsórcio voluntário; pelo contrário, esses princípios só permitem justificar a consequência da redução subjectiva da instância, com o aproveitamento do processo para a resolução do litígio entre as partes sobrevivias. Mesmo no plano da efectividade da tutela jurisdicional requerida pelo autor, ainda que se aceite que a tese da extinção total do processo não ofende a proibição de insuficiência que é postulada pela garantia fundamental do art. 20.º CRP, não se deixa de notar que é a tese contrária, a da preservação da instância reduzida ao autor e aos compartes do réu falecido (e não habilitado) aquela que presta a *maior concretização possível* ao princípio da efectividade: e sem que esse resultado implique o sacrifício ou a restrição de algum outro princípio ou interesse, particular ou geral.

conta a conduta revelada pelo autor na acção – de ser proposta nova acção, com o mesmo objecto e contra os mesmos réus.

e) A conformidade com o princípio da estabilidade da instância

I. Diga-se, por último, que a solução aqui defendida em nada ofende o *princípio da estabilidade da instância* (art. 260.º CPC). De facto, a circunstância de a parte falecer na pendência da acção, não sendo posteriormente habilitados os seus sucessores provoca uma alteração da composição subjectiva da instância, que fica por essa via reduzida, no plano da parte passiva, aos compartes do réu falecido. Desse ponto de vista, o facto de não ter sido promovida a habilitação por forma a fazer operar a sucessão na posição processual do réu falecido conduz a que a imagem final da composição subjectiva da instância não corresponda à imagem que tinha inicialmente, quando a acção foi proposta. Se o autor demandou inicialmente todos os devedores solidários da indemnização, o facto de o autor não ter requerido a habilitação dos sucessores de um dos devedores demandados implica que a acção só possa prosseguir contra os compartes desse réu, portanto, contra os demais condevedores solidários.

Pode, por isso, perguntar-se: constitui este resultado uma violação do princípio da estabilidade da instância?

A questão reclama uma resposta de teor negativo, por diferentes ordens de razão. Em primeiro lugar, cumpre notar que a modificação da composição subjectiva da instância se torna inevitável a partir do momento em que um dos réus litisconsortes faleceu. Se o réu falecido deixa de ter personalidade judiciária, das duas uma. Ou as situações jurídico-processuais de que é titular se extinguem, por não ter havido habilitação: a instância persiste, subjectivamente reduzida ao autor e aos compartes do réu falecido. Ou, havendo habilitação, os sucessores do réu falecido passam a ocupar a posição deste último na acção: hipótese em que existe efectivamente um desvio ao princípio da estabilidade que cabe plenamente na ressalva constante da parte final do art. 260.º («salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei»).

Nas situações em que não houver lugar à habilitação, a modificação subjectiva da instância não decorre do comportamento omissivo do autor, mas de um facto jurídico natural, ocorrido anteriormente: a morte de um dos réus. Não se pode, por isso, atribuir à conduta do autor a causa do efeito da redução subjectiva da instância aos demais réus litisconsortes: quando muito, o comportamento do autor pode ser descrito como um *comportamento preventivo* de uma modificação subjectiva de outro tipo, a sucessão da parte falecida pelos seus herdeiros. Logo por esta razão

se deve entender que a redução subjectiva da instância motivada pela morte da parte, embora só tornada possível pelo facto de o autor não ter promovido a habilitação dos sucessores da parte falecida, *não chega a tanger o princípio da estabilidade da instância*.

II. Ainda que se entenda que o fundamento legitimador da redução subjectiva da instância é efectivamente a conduta omissiva do autor que não promove a habilitação dos sucessores do réu falecido, não se pode concluir que tal omissão induz uma qualquer violação ou desvio ao princípio da estabilidade da instância. Com efeito, não basta para afirmar uma violação deste princípio que se constate que, com o decurso do prazo de suspensão da instância, as pessoas que na acção figuram como rés não são exactamente as mesmas que tinham essa qualidade quando a acção foi proposta. Bem mais importante do que o enunciado da regra, são as razões que lhe subjazem. A instância deve manter-se a mesma, uma vez citado o réu, por que razões? O que justifica este princípio? A razão determinante da estabilidade é o interesse em *prevenir a inutilização de actos processuais*, um resultado que poderia facilmente ocorrer se o autor pudesse alterar a configuração objectiva ou subjectiva da acção a qualquer momento e segundo a sua livre determinação. O processo tornar-se-ia uma realidade tão volátil, complexa e difícil de gerir que a vantagem de permitir a actualização do dispositivo segundo a vontade do autor seria largamente superada pelas desvantagens traduzidas num acréscimo da morosidade e da afectação de recursos alocados ao processo, mas também num agravamento dos custos e dos esforços impostos aos réus no exercício da sua defesa.

II. Uma vez identificadas as razões determinantes do princípio da estabilidade, cumpre reconhecer que elas *não se verificam* na hipótese em que a modificação subjectiva da instância assumir a forma particular de uma *redução* dos seus contornos subjectivos aos réus litisconsortes voluntários compartes daquele que tiver falecido na pendência da causa sem que nela sejam habilitados os seus sucessores. É que, nestes casos, a modificação ocorrida traduz-se no facto de deixar de delimitar a instância a parte que deixou de ter personalidade judiciária. A instância não se convolou para um “*aliud*” ou para um “*maius*”: não há qualquer alteração do objecto do processo, não há intervenção de novas partes. A única alteração na composição subjectiva da instância ocorre sob a forma de um “encolhimento” ou de uma “amputação”: as partes permanecem as mesmas, com ressalva do réu litisconsorte que tiver falecido. Precisamente por essa razão, a redução subjectiva da instância motivada pela morte de um dos réus litisconsortes voluntários é *in-*

susceptível de provocar a inutilização de quaisquer actos praticados no processo ou de conduzir a um *acréscimo de complexidade* na instrução julgamento da causa. Pelo contrário, ela só pode produzir o resultado inverso, o de uma simplificação da instância. Ao mesmo tempo, ela é *inidónea a agravar a posição processual* dos compartes do réu falecido: não ficam estes sujeitos a maiores esforços ou a maiores riscos no exercício do seu direito de defesa, por comparação com os deveres, os ónus e as sujeições que tinham antes da morte do comparte e da subsequente redução subjectiva da instância.

Conclui-se, assim, que as preocupações de praticabilidade, de eficiência e de equidade processual que fundam o princípio da estabilidade são se colocam, nem podem colocar, no caso particular em que, finda a suspensão da instância sem que o autor tenha promovido a habilitação dos sucessores do réu falecido, o processo prossiga para a apreciação do mérito das pretensões deduzidas contra os compartes num litisconsórcio voluntário.

III. Uma terceira razão leva a afastar o argumento de que a redução subjectiva da instância envolveria uma violação do princípio da estabilidade. Consiste ela em observar que a alteração da configuração subjectiva da instância tem como motivo o surgimento de um obstáculo a que uma das partes possa ficar abrangida pelos efeitos do caso julgado material de uma decisão proferida no processo. Ocorre novamente referir o lugar paralelo da *absolvição do réu da instância*. Na hipótese em que a falta de verificação dos pressupostos processuais atinja apenas uma das partes só aquela relativamente à qual se verifique a excepção dilatória deve ser absolvida. Esse resultado não só não é incompatível como não chega a constituir uma excepção ou um desvio ao princípio da estabilidade da instância. O mesmo se deve concluir relativamente às hipóteses em que se preencham os pressupostos da deserção, quando esta atinja apenas uma das partes numa instância subjectivamente complexa¹⁵.

¹⁵ Por outras palavras, não é que a parte deixe de integrar a instância porque esta foi modificada, mas, pelo contrário, chega-se ao resultado de ter a instância modificada porque a parte deixou de a integrar. A alteração da configuração subjectiva surge, assim, como uma consequência imposta pelas *razões específicas* que legitimam a norma que determina que a parte seja excluída do âmbito subjectivo da instância: o pressuposto processual cuja falta impõe a absolvição da instância; a desistência da instância relativamente a uma das partes; a verificação, quanto a alguma delas, da deserção, ou outra.

§ 8. Conclusão (talvez surpreendente para quem apenas lê este passo do texto)

I. Chegados a este ponto, podemos enunciar a conclusão fundamental a que nos conduziu o presente estudo.

No caso em que, na pendência de certa acção, vem a falecer um dos réus e em que, na sequência desta morte, foi suspensa a instância para que viesse a ser promovida a habilitação, ainda que esta não seja promovida dentro do prazo previsto na lei, não deve a instância ser declarada extinta com fundamento em deserção. Esse resultado não é compatível com as razões da extinção por deserção quando se procede a uma leitura integrada do art. 281.º CPC com os princípios processuais civis.

II. A primeira pergunta é esta: como se explica a extinção de uma instância regular? Com efeito, a não habilitação de um litisconsorte voluntário não provoca qualquer irregularidade da instância se esta continuar com os demais.

De acordo com quanto vimos, a única forma de se conceber um efeito extintivo unitário por não promoção do acto devido seria o de considerar a ausência de habilitação como um incumprimento, pelo autor, de um dever à sua promoção. Mas a não promoção da habilitação não traduz um ilícito pois este pressuporia que o autor tivesse o dever de habilitar os sucessores da parte falecida. Sucede que o autor não tem o dever de promover a habilitação, tem o ónus da sua promoção: a tutela da parte não habilitada dispensa a figura do dever, basta-se com o ónus. Se não habilitada, ela não será atingida pelos efeitos de um caso julgado desfavorável.

III. A não promoção, pelo autor, dos actos tendentes a obter a habilitação de um dos réus demandados num litisconsórcio voluntário comum, não pode, assim, determinar a extinção *total* da instância, mas apenas impede que os sucessores ocupem a posição processual do réu falecido, prosseguindo a instância *subjectivamente reduzida* ao autor e aos seus compartes. Relativamente a estes, deve o processo seguir os seus termos após o levantamento da suspensão e, não se verificando outra irregularidade ou excepção dilatória, deve ser proferida uma decisão de mérito relativamente às pretensões que contra eles (ou por eles) tiverem sido formuladas.

Uma interpretação literal do art. 281.º CPC não pode prevalecer sobre o sentido normativo que se extrai da teleologia imanente ao instituto da deserção, da analogia com os lugares paralelos do Sistema (em especial, da absolvição da instância) e das orientações comunicadas pelos princípios fundamentais do direito processual. O princípio da unidade da instância não derrota esta conclusão como

as situações de absolvição de apenas um dos réus da instância ou os de desistência da instância quanto a apenas um dos compartes revelam.

IV. Assim, e numa conclusão final, o único conjunto de casos em que parece haver uma ligação sequencial inelutável entre suspensão e extinção por deserção são aqueles em que a instância seja subjectivamente complexa por constituição necessária de litisconsórcio. Nos demais, não sendo promovida a habilitação, a instância prosseguirá com redução subjectiva, sem que isto afecte o princípio da estabilidade já que este visa impedir situações de inutilização de actos processuais.

Deste modo, se a morte de uma comparte provoca, por razões de ordem pragmática, a suspensão da instância, a todas atingindo este efeito – qualquer alternativa induziria um processo em descompasso, por impossibilidade de tramitação única –, a ausência de habilitação somente determina a extinção da instância se o processo não puder prosseguir com os compartes sobreviventes por verificação de irregularidade formal.

V. Curiosa conclusão, totalmente contra-intuitiva quando se olha o art. 281 CPC. Mas ao aplicador não basta olhar, é requerido que observe. E é durante esta observação que a solução, ditada por esse difícil método que é próprio da arte do justo equilíbrio, se vai desvelando. É verdade, mesmo: “o real não está no início nem no fim, ele se mostra pra gente é no meio da travessia”.

Que o Mestre perdoe ao discípulo a arrogância de, ainda que por breves instantes, *ter supposto poder ter visto mais longe*. Se, por ventura, assim foi, *nanos gigantum humeris insidentes*. A famosa aula do primeiro ano marcou indelevelmente quem agora escreve.