

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 5482/2004-7

Relator: ARNALDO SILVA

Sessão: 18 Junho 2004

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: AGRAVO

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

PROCEDIMENTOS CAUTELARES

EMBARGO DE OBRA NOVA

ABUSO DE DIREITO

MATÉRIA DE FACTO

RECURSO

Sumário

O ónus imposto ao recorrente no art. 690º-A do CPC decorre dos princípios estruturantes da cooperação, lealdade e da boa fé processuais, para assegurar a seriedade do recurso e obviar a que os poderes da Relação possam ser utilizados para fins meramente dilatórios.

Não tendo os recorrentes cumprido este ónus, no que concerne à concreta indicação dos meios probatórios, limitando-se a fazer uma referência vaga à confissão dos requeridos, deve ser rejeitado o recurso sobre a matéria de facto.

O embargo de obra nova limita-se aos trabalhos que ainda não se mostrem concluídos, relevando para o efeito o momento da apresentação do requerimento inicial ou, no caso de embargo extrajudicial, o da notificação verbal referida no art. 412º, nº 2, do CPC.

Não se verifica abuso de direito se as obras já estão concluídas e se, por isso, os embargos de obra nova são rejeitados.

Texto Integral

DECISÃO SUMÁRIA

Por a questão a decidir ser simples, nos termos do art. 705º do Cód. Proc. Civil, «ex vi» art. 749º do mesmo código, decide-se a mesma sumariamente:

I. Relatório:

1. Por despacho proferido na audiência de testemunhas de 27-11-2003 (fls. 249 a 251 do 2º Vol.), nos autos de procedimento cautelar de embargo de obra

nova n.º 10318/03.5TVLSB-A da 11ª Vara Cível 3ª Secção da Comarca de Lisboa, que A. e B. deduziram contra C. e outros, foi indeferido o requerimento dos requerentes para que o Tribunal procedesse à gravação da prova, por se ter considerado o mesmo extemporâneo.

*

2. Inconformados com este despacho agravaram os requerentes. Nas suas alegações concluem:

(...)

*

3. Os agravados não contra-alegaram.

*

4. O Mm.º Juiz manteve o despacho recorrido.

*

5. Os autos prosseguiram os seus posteriores termos, tendo, após a produção das provas, e julgamento da matéria de facto, sido proferida decisão que julgou extinta a instância por inutilidade superveniente da lide [art.º 287º al. e) do Cód. Proc. Civil], tendo condenado em custas os requerentes (art.º 447º do Cód. Proc. Civil).

*

6. Inconformados com este despacho agravaram os requerentes. Nas suas alegações, em síntese, concluem:

(...)

*

7. Os agravados não contra-alegaram.

*

8. O Mm.º Juiz manteve o despacho recorrido.

*

9. As questões essenciais a decidir:

Na perspectiva da delimitação pelo recorrente, os recursos têm como âmbito as questões suscitadas pelos recorrentes nas conclusões das alegações (art.ºs 690º, n.º 1 e 684º, n.º 3 do Cód. Proc. Civil), salvo as questões de conhecimento oficioso (n.º 2 *in fine* do art.º 660º do Cód. Proc. Civil), exceptuando-se do seu âmbito a apreciação das questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras (n.º 2 1.ª parte do art.º 660º do Cód. Proc. Civil).

Atento o exposto e o que flui das conclusões das alegações dos requerentes agravantes supra descritas em I. 2. e I. 6., relativamente aos dois agravos, as questões essenciais a decidir são: 1) se deve ou não ser deferido o requerimento dos requerentes de gravação dos depoimentos formulado durante a tomada do depoimento de parte de (A) na audiência de inquirição

das testemunhas com a conseqüente anulação de todos os actos posteriores ao seu indeferimento; 2) se a decisão sobre a matéria de facto deve ou não ser alterada dando como provada toda a matéria do requerimento inicial; 3) se foram ou não violados os princípios do dispositivo, da direcção e da estabilidade da instância; 4) se existe ou não abuso de direito por parte dos requeridos; 5) se se verificam ou não todos os requisitos para que possa ser decretado o embargo de obra nova.

Vai-se conhecer das questões pela ordem indicada.

Cumpra decidir.

II. Fundamentos:

A) De facto:

i) 1.º Agravo:

Com interesse para a decisão, estão provados os seguintes factos:

1. No seu requerimento inicial, os requerentes pediram que a providência fosse decretada sem audição dos requeridos.

2. No despacho liminar de 24-02-2003 (fls. 66), foi determinado que se procedesse à citação dos requeridos para deduzirem oposição, no prazo de 10 dias, sob pena de se considerarem confessados os factos articulados pelos requerentes (art.ºs 385º, n.º 2; 384º, n.º 3; 303º, n.ºs 2 e 3 e 484º, n.º 1 do Cód. Proc. Civil), por os requerentes não terem alegado quaisquer factos susceptíveis de configurar uma situação justificativa do afastamento da audição dos requeridos.

3. Este despacho não foi notificado aos requerentes, mas os requerentes foram notificados da oposição deduzida pelos requeridos (fls. 95).

4. Durante a tomada do depoimento de parte do requerente (A), na sessão da audiência de inquirição de testemunhas de 27-11-2003 (fls. 249 e segs.), o Sr. advogado dos requerentes pediu a palavra e, sendo-lhe concedida, no uso dela requereu que se procedesse à gravação dos depoimentos de parte e das testemunhas.

5. Por despacho proferido na audiência de testemunhas de 27-11-2003 (fls. 249 a 251 do 2º Vol.), foi indeferido o requerimento dos requerentes para que o Tribunal procedesse à gravação da prova, por se ter considerado o mesmo extemporâneo.

*

B) De direito:

1. A extemporaneidade do requerimento da gravação dos depoimentos:

Nos termos do art.º 304º, n.ºs 3 e 4 do Cód. Proc. Civil « ex vi » art.º 384º, n.º 3 do Cód. Proc. Civil, a gravação do registo das provas deve ser feita no requerimento inicial. E nos termos do art.º 386º, n.º 4 do Cód. Proc. Civil são sempre gravados os depoimentos prestados quando o requerido não seja

ouvido antes de ordenada a providência. No caso contrário é feito de acordo com as regras gerais, isto é, o registo das provas deve ser feito logo com o requerimento inicial.

Esta exigência de requerer a gravação dos depoimentos prestados no tribunal que julga a providência logo no requerimento inicial explica-se ainda por razões de ordem e disciplina processual, bem como deriva ainda do princípio da cooperação (art.º 266º do Cód. Proc. Civil) e do princípio da celeridade processual próprios do procedimento cautelar (art.º 382º, n.º 1 do Cód. Proc. Civil).

Face à matéria de facto provada supra descrita em II) A) pontos 1. a 5. vê-se que os requerentes não requereram no seu requerimento inicial o registo dos depoimentos a prestar no tribunal que iria julgar a providência. e no seu requerimento inicial requereram apenas que esta fosse decretada sem audiência dos requeridos. O que, a ser deferido, importaria automaticamente a gravação dos depoimentos (art.º 386º, n.º 4 do Cód. Proc. Civil). Mas este requerimento dos requerentes, não lhes dá o direito de exigirem a gravação dos depoimentos se não for acolhido o seu requerimento, pois que, neste caso, e para a haver tal gravação teriam de requerer essa gravação logo no seu requerimento inicial, conforme se deixou dito. E não podiam olvidar que, em regra, o requerido é sempre ouvido e o contrário é uma excepção, como bem decorre do art.º 385º, n.º1 do Cód. Proc. Civil^[1]. Não tendo alegado quaisquer factos nus e crus, donde o Tribunal pudesse extrair a inconveniência da audição do requeridos, e não resultando dos autos elementos que pudessem desaconselhar esta audição, os requerentes deviam ter presente que o Tribunal deveria indeferir o seu requerimento e que assim não haveria gravação das provas. Não tendo requerido esta gravação no seu requerimento inicial e tendo vindo a fazê-lo durante a tomada do depoimento de parte do requerente A., na audiência de inquirição de testemunhas, fizeram-no fora do momento adequado. Logo foi o mesmo indeferido e bem. Não se mostram violados o preceitos legais indicados.

É, pois, manifesta a sua sem razão.

Improcede, pois, o primeiro recurso.

*

C) De facto:

ii) 2.º Agravo:

Na 1.ª instância foram dados como provados os seguintes factos:

1. Os requerentes são donos das fracções designadas pelas letras B e D do prédio urbano sito na Rua Dr. G. B., nº 47, em Lisboa, inscrito na matriz predial urbana sob o art.º 255º da freguesia de Arroios, descrito sob a ficha n.º 35 da mesma freguesia na 1.ª Conservatória do Registo Predial de Lisboa.

2. Os requeridos são donos das outras duas fracções do mencionado prédio, designadas pelas letras D e C.
3. Constitui parte comum do mesmo prédio uma anexo destinado a arrecadação, localizado no fundo do logradouro.
4. Em data não posterior a 19-01-2003, os requeridos iniciaram uma obra no referido anexo, procedendo à sua demolição.
5. Em data não posterior a 25-01-2003, os requeridos iniciaram a construção, no lugar do anexo demolido, de uma nova edificação.
6. A edificação construída no lugar do antigo anexo tens uma área de implantação superior à desta invadindo o logradouro afecto ao 1º andar, pertencente ao requerente A..
7. Em 22-01-2003, o requerente (A) dirigiu-se à Câmara Municipal de Lisboa, com vista a ser informado e a ter acesso ao processo de licenciamento.
8. Em 24-01-2003, os requerentes pediram à CML o embargo municipal da obra.
9. A edificação construída pelos requeridos, no lugar do antigo anexo, compõe-se de três espaços para garagem.
10. A mesma edificação mostra-se concluída, nos termos previstos na respectiva planta, junta a fls. 189, com excepção da casa de banho que não foi construída, não havendo actualmente trabalhos em curso.
11. A parede do local onde, de acordo com o referido projecto, deveria ter sido construída a casa de banho encontra-se pintada de maneira idêntica à restante edificação.
12. O anexo referido no ponto 3. esteve, durante anos, ocupado por que ali habitavam.
13. Os requerentes residem no prédio onde tiveram lugar os factos discutidos no presente procedimento cautelar.
14. O requerente A. pagou a quantia de 75 euros a título de contribuição para uma despesa relacionada com um projecto de uma obra a realizar no anexo referido no ponto 3.
15. Em Fevereiro de 2003, os requeridos e os requerentes efectuaram uma reunião, tendo acordado que a requerente B. suportaria a sua quota parte no custo da obra já iniciada, na base de um custo global de 2.800.000\$00, enquanto que os restantes condóminos suportariam o restante entre eles.
16. A requerente B. fez condicionar a vigência do acordo à sua redução a escrito, mediante a elaboração de uma acta da reunião em que foi obtido.
17. A obra encontra-se licenciada pela CML.

*

Na 1.ª instância foram dados como não provados os seguintes factos:

1. Os factos alegados nos arts. 11º a 14º da petição inicial e nos arts. 5º, 18º a 20º da contestação.

*

1. A alteração da decisão sobre a matéria de facto:

A decisão do tribunal da 1.ª instância sobre a matéria de facto, apenas pode ser alterada pela Relação nas situações descritas nas als. a), b) e c) do n.º 1 do art.º 712º do Cód. Proc. Civil^[2].

Para o efeito é preciso que o recorrente dê cumprimento ao ónus que lhe é imposto no art.º 690º-A do Cód. Proc. Civil.

No caso *sub judice* os requerentes agravantes, embora não digam expressamente, pretendem que seja dada como provada a matéria de facto alegada na petição (requerimento inicial, *in casu*), porque a prova da mesma resulta da posição expressa que os requeridos assumiram (confissão no articulado superveniente) e da prova documental.

É patente que os requerentes não deram cumprimento ao ónus que lhes era imposto no art.º 690º-A, n.º 1 do Cód. Proc. Civil, visto que não indicaram quais os concretos pontos de facto que consideravam incorrectamente julgados [al. a)], nem indicaram os meios probatórios concretos constantes do processo que impugnam decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida. O que fizeram foi indicar de forma vaga a confissão dos requeridos na peça denominada pelos requerentes de articulado superveniente __ e não é nenhum articulado superveniente, como se verá infra __ e da prova documental.

A garantia de duplo grau de jurisdição em matéria de facto não visa a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência, mas apenas a reapreciação sobre determinados pontos concretos da matéria de facto incorrectamente julgados, com a consequente indicação dos concretos meios probatórios constantes do registo ou gravação realizados, e não a indicação global e sistemática de todas as provas produzidas, como se depreende do preâmbulo do Dec. Lei n.º 39/35, de 15-2, que aditou art.º 690º-A do Cód. Proc. Civil. O que não significa, obviamente, que a Relação não possa ultrapassar os limites dos concretos meios probatórios indicados, com vista a julgar os concretos pontos da matéria de facto impugnados, se tal se mostrar necessário ao julgamento do recurso. Mas esta exigência da lei da indicação dos concretos pontos de facto incorrectamente julgados e dos concretos meios probatórios que impunham decisão diversa da recorrida tem razões mais profundas do que a de limitar a garantia de duplo grau de jurisdição em matéria de facto. O ónus imposto ao recorrente decorre dos princípios estruturantes da cooperação, lealdade e da boa fé processuais, com

vista a assegurar a seriedade do recurso e a obviar que os poderes da Relação possam ser utilizados para fins meramente dilatatórios, visando o protelamento do trânsito em julgado de uma decisão inquestionavelmente correcta^[3].

Não tendo os recorrentes cumprido o ónus que lhe é imposto no art.º 690º-A do Cód. Proc. Civil, no que concerne à concreta indicação dos meios probatórios, mas antes feito uma referência vaga à confissão dos requeridos no por eles denominado __ mas mal, como se verá infra __ articulado superveniente, tem o recurso sobre a matéria de facto de ser rejeitado^[4].

Além do mais a peça dos requeridos de fls. 157 a 158, entrada nos autos após o oferecimento da sua oposição, em que dizem que a obra já se encontra totalmente concluída, e onde requerem, por isso, que seja declarada a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide, nos termos do art.º 287º al. e) do Cód. Proc. Civil, não é nenhum articulado superveniente. Aliás até seriam inadmissíveis, *in casu*, face ao carácter urgente dos procedimentos cautelares^[5]. Não é um articulado superveniente, porque não se trata de um articulado^[6] posterior ou novo articulado^[7] em que os requeridos tenham exposto factos impeditivos^[8], modificativos ou extintivos^[9] do direito dos requerentes discutido no processo ocorridos posteriormente ao oferecimento da sua oposição (último articulado dos requeridos) (superveniência objectiva) ou fora da respectiva fase dos articulados (*in casu* requerimento e resposta), mas cuja ocorrência só mais tarde tenha vindo ao conhecimento dos requeridos (superveniência subjectiva). Estes factos supervenientes respeitam à relação jurídica substantiva discutida nos autos, à questão de mérito, e neles as partes ainda visam definir os termos da causa. E não é nada disto que os requeridos visam na sua peça de fls. 157 a 158. O que requeridos referem nesta peça é, pelo contrário, a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide, por as obras terem ficado totalmente concluídas em 08-04-2003. E com base nisto, requerem a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide [art.º 287º al. e) do Cód. Proc. Civil]. Ora isto tem a ver com um julgamento anormal da instância^[10] (sentença de forma), por meio da qual a lide se inútil ou impossível e o processo cessa^[11]. Aqui não chega a haver qualquer julgamento de mérito. Os requeridos usam esta peça para provocar a decisão do juiz da extinção da instância por inutilidade superveniente da lide. Ora isto não é um articulado superveniente, mas sim um requerimento^[12].

Tendo o advogado dos requeridos procuração com poderes especiais para transigir (fls. 91 e 92), as declarações confessórias eventualmente existentes no requerimento para a extinção da instância por inutilidade superveniente da

lide podem valer como confissão (art.ºs 353º, n.º 1 e 356º, n.º 1 do Cód. Civil) [\[13\]](#).

A confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária (art.º 352º do Cód. Civil). Do art.º 412º do Cód. Proc. Civil ao referir-se à suspensão das obras extrai-se que o embargo de obra nova se limita às obras e aos trabalhos que não se mostrem ainda concluídos, devendo considerar-se como tais, as obras ou trabalhos a que falte apenas alguns trabalhos secundários [\[14\]](#) ou complementares [\[15\]](#), rebocar o interior, fechar portas ou janelas, pintura de uma casa que se construiu, ou remoção dos efeitos de qualquer outro serviço que se tenha levado a cabo [\[16\]](#). O momento que releva para aferir se a obra está ou não concluída é o momento da apresentação do requerimento a que se refere o n.º 1 do art.º 412º do Cód. Proc. Civil, no caso do embargo judicial, ou da notificação verbal referida no n.º 2 do mesmo artigo, no caso do embargo extrajudicial [\[17\]](#). No requerimento de fls. 157 a 158 (onde requerem a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide), os requeridos dizem que a obra se encontra totalmente edificada desde 08-04-2003. Dizem que a demolição da construção preexistente se iniciou em 13-01-2003 e a edificação da nova em 20-01-2003. No seu requerimento inicial de 20-02-2003, em que deduziram os presentes embargos, os requerentes alegaram que na 1.ª quinzena de Janeiro os requeridos começaram a fazer obras no anexo que constitui uma parte comum do prédio, destinado a arrecadação de materiais de limpeza, localizado ao fim do logradouro (art.º 3º), tendo-o demolido (art.º 4º), e começaram a reconstruí-lo, aumentando a sua área de implantação e invadindo o logradouro afecto ao 1º andar, pertencente ao requerente (art.º 5º), para construir três garagens (art.º 12º), tendo continuado a obra e feito a estrutura e colocado a placa sobre a cobertura da construção (art.º 10º). Nos art.º 15º da sua oposição, junta aos autos em 11-03-2003, os requeridos alegam que nesta data a construção já se encontra toda feita, faltando apenas pequenos acabamentos, designadamente, a colocação de portas para o exterior, pelo que a lide é assim totalmente inútil (art.º 16º).

Dos factos expostos, vê-se que à data da apresentação do requerimento inicial dos requerentes (20-02-2003) os requeridos já tinham demolido o anexo e começado a reconstruí-lo, com vista a fazer três garagens, tendo feito a estrutura e colocado a placa sobre a cobertura da construção. Pelo que, só ficaram a faltar, janelas e portões, reboco e pinturas. Ou seja, apenas trabalhos secundários ou complementares. O que até o facto provado supra descrito em II. C) ponto 10, relativamente ao 2.º agravo, veio posteriormente confirmar. Quando os requeridos dizem no seu requerimento de fls. 157 a 158

(onde requerem a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide), que a obra se encontra totalmente edificada desde 08-04-2003, não estão a dizer algo que os prejudique e favoreça os requerentes. E não estão, porque, para que os embargos de obra nova sejam decretados, é preciso que a obra não esteja ainda concluída __ os embargos de obra nova restringem-se às obras relevantes e exclui as meramente secundárias ou os acabamentos [\[18\]](#) __, e, *in casu*, a obra já estava concluída no seu aspecto fundamental, faltando apenas meros acabamentos, puramente secundários ou complementares. Portanto os requeridos não fizeram qualquer declaração que os prejudique e favoreça os requerentes. Tanto mais que, à data em que os requerentes requereram o embargo de obra nova já não tinham direito a deduzi-lo, e impunha-se até o seu indeferimento liminar por inequívoca inviabilidade [art.ºs 234º, n.º 4 al. b); 385º, n.º 1 « ex vi » art.º 392º, n.º 1, todos do Cód. Proc. Civil], e nada impedia os requeridos de terminarem as obras relativas aos acabamentos, por as obras fundamentais já estarem concluídas. Portanto não há nenhuma confissão judicial espontânea (expressa ou tácita) no requerimento dos requeridos de fls. 157 a 158 (onde requerem a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide).

Improcede, pois, o recurso, quanto à matéria de facto.

*

D) De direito:

1. A questão da violação dos princípios do dispositivo, da direcção e estabilidade da instância:

Segundo o princípio do dispositivo (art.º 264º do Cód. Proc. Civil) __ que domina o processo civil __ as partes dispõem do processo, como da relação jurídica material. O processo é coisa e negócio das partes. Elas têm o *dominium da litis* [\[19\]](#). É uma luta, um duelo entre as partes, que tem de decorrer sob a observância de certas normas, cuja observância o juiz controla, assinalando e proclamando o resultado [\[20\]](#). Segundo este princípio, o juiz só pode socorrer-se dos factos alegados pelas partes, com excepção factos os notórios ou factos de que o tribunal tenha conhecimento por virtude do exercício das suas funções (art.º 514º do Cód. Proc. Civil), e dos factos instrumentais.

O poder de direcção cabe ao juiz, em geral. Cabe ao juiz a direcção formal do processo, nos seus aspectos técnicos e de estrutura interna. Esta direcção implica a concessão de poderes tendentes a assegurar a regularidade da instância e o normal andamento do processo. Segundo este poder, o juiz deve mandar seguir a forma adequada do processo, quando a indicada pelo autor não corresponder à forma legal [cfr. art.ºs 467º, n.º 1 al. b) e 199º, n.º 1 do

Cód. Proc. Civil], e quando a forma legal se não adequar às especificidades do caso concreto, deve adaptar a tramitação abstractamente prevista na lei, designadamente determinando a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo (art.º 265º-A do Cód. Proc. Civil), e deve providenciar pelo suprimento da falta dos pressupostos processuais susceptíveis de sanção, e deve, para assegurar o andamento do processo, em condições de regularidade e de celeridade, e dentro dos limites da lei, promover todas as diligências que julgue necessárias e indeferir os requerimentos das partes que não correspondam a um interesse sério, ou visem fins meramente dilatórios (art.º 265º, n.º 1 do Cód. Proc. Civil)^[21].

Segundo o princípio da estabilidade da instância [art.ºs 268º e 481º al. b) do Cód. Proc. Civil], a instância fixa-se, quanto aos seus elementos [subjectivos (sujeitos) e objectivos (pedido e causa de pedir)], com a citação do réu. Com a citação estes elementos tornam-se estáveis^[22], e assim devem manter-se, em princípio^[23], até ao fim.

Embora o não digam expressamente, por se limitarem a afirmações vagas, desgarradas e não sistematizadas, os requerentes dão a entender que estes princípios foram violados por se ter admitido um articulado superveniente e não se ter ordenado o desentranhamento do mesmo, o seu indeferimento, e não se ter decretado imediatamente a providência de embargo de obra nova, e porque o acabamento das obras à pressa pelos requeridos colide com os elementos da instância já definidos.

Mas sobre isto há que dizer o seguinte.

Atento o que já se deixou dito supra em II. C) 1. sobre a alteração da decisão sobre a matéria de facto e a propósito do requerimento dos requeridos de fls. 157 a 158 (onde requerem a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide), resta aqui, em síntese, repetir o seguinte:

Primeiro não se está perante nenhum articulado superveniente, mas sim perante um requerimento^[24]. Segundo nesse requerimento não há qualquer confissão judicial espontânea (expressa ou tácita) que impusesse a prova da matéria alegada no requerimento dos requerentes e, conseqüentemente, e o decretar da providência. Terceiro os embargos de obra restringem-se apenas às obras ou trabalhos ainda não concluídos e, *in casu*, os requerentes, no seu requerimento, o que mostram é que as obras já estavam concluídas, faltando apenas meros acabamentos ou obras secundárias ou complementares. E, por isso, deveria ter o requerimento inicial dos requerentes ter sido indeferido liminarmente, por inequívoca inviabilidade, visto que os embargos de obra nova se limitam às obras relevantes e não àquelas que faltavam: obras meramente secundárias ou complementares. Mas pelo facto de não lhes ser

lícito deduzir os embargos de obra nova, por as obras já estarem concluídas, nem mesmo assim os condóminos requerentes ficavam inteiramente desarmados, se a obra ofendesse realmente os seus direitos, pois que, nesta hipótese, sempre podiam fazê-la demolir ou modificar, intentando contra os condóminos requeridos a respectiva acção com processo comum [25]. Quarto porque a obra estava concluída, visto que as obras de acabamento não relevam, não estavam os requeridos impedidos de concluir os acabamentos. Já assim não seria se as obras à data do requerimento inicial dos requerentes não tivessem concluídas. Neste caso, mesmo que os requeridos depois da citação continuassem com elas enquanto não fosse julgada a providência, se esta fosse decretada, tudo o que fizeram (inovação) poderia ser destruído, porque o momento que releva é o da apresentação do requerimento inicial [26]. Mas não foi este o caso e por isso, os requerentes não têm razão quando se insurgem contra o prosseguimento das obras pelos requeridos. Quinto só se a providência tivesse sido decretada __ e não foi, e até deveria ser liminarmente indeferida __ e os requeridos tivessem continuado a obra, é que os requerentes poderiam reagir contra a inovação abusiva, requerendo que a mesma fosse destruída (art.º 420º do Cód. Proc. Civil).

O indeferimento do pedido dos requerentes do desentranhamento e de indeferimento do requerimento dos requeridos de fls. 157 a 158 (onde requerem a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide) e o não decretamento imediato da providência de embargo de obra nova, bem como o despacho que decidiu postergar para final o conhecimento do mérito do procedimento cautelar e da arguição da inutilidade superveniente da lide (despacho de fls. 197 a 198) __ do qual os requerentes nem sequer interpuseram recurso na parte em que era recorrível, e, por isso, também por esta razão não podem pôr em questão, contrariamente ao que sustentam __, não pôs em causa nem a disponibilidade da tutela jurisdicional pelas partes, nem a disponibilidade da instância ou da conformação da instância [27] por elas, nem o juiz se socorreu de factos não alegados pelas partes no despacho de fls. 197 a 198. Logo e pelo exposto, ele não viola o princípio do dispositivo. Por outro lado ele não pôs em causa nem a regularidade da instância, nem o normal andamento do processo, nem com a sua prolação foram omitidos quaisquer poderes de direcção do juiz, nem foram modificados os sujeitos da providência __ os requerentes e requeridos continuam a ser exactamente os mesmos __, e o pedido ou causa de pedir continuaram a ser exactamente os mesmos que foram indicados pelos requerentes. Por conseguinte, é manifesto que também não se mostram violados, nem o princípio do poder de direcção do juiz, nem o princípio da estabilidade da instância.

Do que vem dito, é manifesto, que falecem todos os fundamentos invocados pelos requerentes para sustentarem que houve violação dos citados princípios.

Improcede, pois, o recurso com estes fundamentos.

2. O abuso de direito:

Nos termos do art.º 334º do Cód. Civil há abuso de direito quando o titular do direito exceda, manifestamente, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

A boa fé a que se refere o art.º 334º do Cód. Civil é a boa fé objectiva [\[28\]](#), ou seja o princípio pelo qual o sujeito deve actuar como pessoa de bem, honestamente, com lealdade. Neste sentido a boa fé não versa sobre factores atinentes, directamente, ao sujeito, mas diz respeito a elementos que, enquadrando directamente o seu comportamento, se lhe contrapõem, vale não como um estado de espírito subjectivo mas como um princípio normativo, pelo qual todos devem actuar como pessoas de bem, num quadro de honestidade, correcção, probidade e lealdade de forma a não defraudar as legítimas expectativas e a confiança gerada nos outros e ainda na proibição de « *venire contra factum proprium* », ou aquilo a que os alemães chamam « *Verwirkung* [\[29\]](#) » com que se veta o exercício de um direito ou de uma pretensão, por o titular não os ter exercido durante muito tempo e, por isso, ter criado na contraparte uma fundada expectativa de que tais direitos já não seriam exercidos, revelando-se posteriormente, um posterior exercício manifestamente desleal e intolerável. É isto que acontece nos vários tipos de « *facta propria* », v.g. o abuso da nulidade por vícios formais de alguém que, apesar disso o cumpre ou aceita o cumprimento realizado pela outra parte; a proibição de o credor recusar a prestação apta a satisfazer o seu interesse apesar de não estar inteiramente de acordo com as estipulações contratuais (v.g., ligeira ou insignificante ultrapassagem do prazo ou a falta de entrega de uma diminuta importância em dinheiro numa vultuosa obrigação pecuniária __ cf. art.º 802º, n.º 2 do Cód. Civil); a proibição de se invocar a « excepção do não cumprimento do contrato » (art.º 428º do Cód. Civil) quando a falta do inadimplente não seja de tal modo grave que justifique a recusa de cumprir da outra parte [\[30\]](#).

O « *venire contra factum proprium* » postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos e diferidos no tempo. O primeiro __ o « *factum proprium* » __ contraria o segundo. Só se considera como « *venire contra factum proprium* » a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo « *factum proprium* » e o segundo comportamento do autor __ exclui-se, pois, no fundamental a « *supressio* », a actuação por conta própria, a situação dita « *tu*

quoque » e a do chamado dolo inicial __, o « *factum proprium* » não surge à partida como um acto jurídico que vincule o autor em termos de o segundo comportamento representar a violação desse dever específico, porque isso seria o accionamento dos pressupostos da responsabilidade obrigacional e não o exercício inadmissível de posições jurídicas. Há « *venire contra factum proprium* » quando uma pessoa, em termos que, especificamente, a não vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e depois o pratique, ou quando uma pessoa, de modo a não ficar especificamente adstrita, declare avançar com certa actuação e depois se negue. O « *venire contra factum proprium* » é o assumir de comportamentos contraditórios que violam a regra da boa fé e é dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa^[31].

Por bons costumes entende-se aqui^[32], numa concepção de base sociológica, os usos ou costumes (*mores*) que são valorados como bons (*boni*) pelo conjunto das regras morais aceites pela consciência social, identificáveis através da moral pública, externa ou social. Nesta medida são factos sociais variáveis no espaço e no tempo e valorados pelo sentido ético imperante na sociedade. Factos sociais que exprimem a moral social vigente no espaço e no tempo, compreendendo regras impeditivas de comportamentos que, embora não tendo consagração expressa, quer por tradição quer por insipiência, são consideradas em vigor. Está-se pois perante uma moral objectiva __ não a subjectiva ou pessoa do juiz. Desta forma estão aqui afastada uma concepção idealista dos bons costumes, de cariz filosófico ou religioso, orientada por um ideal divino ou humano, oposta à mera aceitação de práticas usuais, antes visando reagir sobre elas com vista a alcançar esse mesmo ideal __, uma moral pública, a moral que deve ser observada (« *bonus mores* »), o « conjunto das regras morais aceites pela consciência social dominante », o que é algo fluído. Esta moral social, engloba naturalmente, no caso de Portugal, áreas da moral católica, bem como das morais próprias de outras religiões, com predominância da primeira, visto ser a religião largamente maioritária na sociedade portuguesa. É um princípio jurídico que compreende regras que, não estando explicitadas em normas, são no entanto observadas. Encontram-se abrangidas por estas regras da mora social comportamentos nos domínios da actuação sexual e familiar e da deontologia profissional, proibindo-se actos que as contrariem. Os bons costumes referidos no art.º 334º do Cód. Civil são, pois, uma cláusula geral que preserva a sensibilidade jurídica em áreas onde falhem outros princípios, mas cuja regulamentação a sociedade exige. A razão da exigência destes bons costumes é a mesma que é exigida para a boa fé^[33]. O fim social ou económico do direito são os juízos de valor positivamente

consagrados na lei. Cada direito tem uma função instrumental própria que justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício. O titular do direito deve exercê-lo nos limites do seu fim social e económico. Ultrapassadas essas fronteiras, o exercício será abusivo. No que toca a estes juízos consagrados na lei, uns são acentuadamente consagrados a um fim (v.g. o poder paternal, o poder tutelar, etc.) e outros dão maior liberdade de actuação ao seu titular (v.g. direitos potestativos, o direito de propriedade dentro de certos limites) [34].

Sendo isto o abuso de direito, é manifesto que, estando as obras já concluídas, e devendo até por isso os embargos serem liminarmente rejeitados, por inequívoca inviabilidade, e podendo os requeridos proceder aos acabamentos como se deixou dito, ao requererem a inutilidade superveniente da lide __ cuja inutilidade já haviam aliás referido na sua oposição (art.º 16º) __, não excederam quaisquer limites no exercício dos seus direitos, nem assumiram qualquer comportamento contraditório ou censurável, nem se comportaram com deslealdade ou em desconformidade com as regras da convivência social. Não há, pois, qualquer abuso de direito.

Improcede o recurso com este fundamento.

3. A questão do preenchimentos dos requisitos para que seja decretado os embargos:

Atento o supra exposto em II. C) ponto 1. quanto à alteração da matéria de facto, a propósito de que os presentes embargos deveriam ter sido liminarmente indeferidos, por inequívoca inviabilidade, é óbvio que não se verificam os requisitos para que possam ser decretados os presentes embargos de obra nova. Tornam-se por isso desnecessárias, quaisquer indagações neste sentido, e nomeadamente, a começar pela questão se a instância deveria ou não ter sido julgada extinta por inutilidade superveniente da lide [art.º 287º al. e) do Cód. Proc. Civil].

Improcedem, pois os agravos.

III. Decisão:

Assim e pelo exposto, julgam-se improcedentes os recursos interposto pelos requerentes agravantes e, conseqüentemente, nega-se provimento aos agravos.

Custas pelos agravantes.

Registe e Notifique (art.º 157º, n.º 4 do Cód. Proc. Civil).

Lisboa, 165-6-04

Arnaldo Silva

[1] Neste sentido vd. António S. Abrantes Geraldês. Temas da Reforma do processo Civil, III Vol. Liv. Almedina, Coimbra - 1998, págs. 159 e segs.

[2] Vd. Fernando Amâncio Ferreira, Manual dos Recursos, Liv. Almedina, Coimbra - 2000, págs. 154; J. Rodrigues Bastos, Notas ao Cód. Proc. Civil, Vol. III, 3.^a Ed., Revista e Actualizada, Lisboa - 2001, pág. 266 nota 2; Miguel Teixeira de Sousa, opus cit., págs. 399, 402, 415 e 561; Ac. da R. de Coimbra, de 12-01-1999: B.M.J. 483 pág. 282; Ac. da R. de Évora de 22-05-1997: C.J. Ano XII (1997), tomo 3, pág. 265. Antes da reforma processual de 1995/96 (reforma introduzida pelo DL 329-A/95 de 12-12, com a redacção do DL 180/96, de 25-09) vd. J. A. Reis, Cód. Proc. Civil Anot., vol. V, págs. 470 e segs. nota 2.

São do Cód. Proc. Civil as disposições indicadas na falta de indicação expressa em contrário.

[3] Vd. Preâmbulo do Dec. Lei n.º 39/35, de 15-2, que aditou art.º 690º-A do Cód. Proc. Civil.

[4] Neste sentido vd. Fernando Amâncio Ferreira, opus cit., págs. 117 e 118 nota 203; Lopes do Rego, Comentários ao Cód. de Proc. Civil, Liv. Almedina, Coimbra - 1999, pág. 465, anotação I ao artigo 690º-A. Quanto ao acórdão do STJ de 01-10-1998: BMJ que entendeu que devia haver lugar a convite prévio, e que Fernando Amâncio Ferreira, ibidem, págs. 117 e 118 nota 203 critica, diz J. Lebre de Freitas e outros, Cód. Proc. Civil Anot., Vol. III, Coimbra Editora - 2003, pág. 53 anotação 3. ao art.º 690º-A que ele foi mais sensato mas tem contra si o texto legal. Na ROA Ano 59 (Dez. 1999), págs. 1002-1003, J. Lebre de Freitas entende que a falta de especificação dos pontos de facto e dos meios probatórios que o recorrente pretenda pôr em causa é fundamento de rejeição do recurso. E diz: «Compreende-se que seja assim quanto à especificação dos pontos de facto: não constituindo o julgamento do recurso repetição do julgamento de facto da causa e constituindo esta decisão sobre questões de facto (decisões sobre cada facto controvertido ou sobre a própria inexistência de controvérsia: art.ºs 508º-A, n.º 1 al. e) e 511º do Cód. Proc. Civil), a especificação dos pontos de facto incorrectamente julgados é exigência necessária à delimitação do objecto do recurso, que abrange, salvo restrição (art.º 684º, n.º 2), as várias decisões de direito e as decisões de facto que o recorrente especifique. Menos se compreende quanto à especificação dos meios probatórios: tratando-se de fundamentos da decisão sobre o facto a

que respeitam, o seu regime deveria ser o do art.º 690º-A ».

[5] Neste sentido vd. António A. Geraldès, *Temas da Reforma do processo Civil*, III Vol., Liv. Almedina, Coimbra - 1998, pág. 109.

[6] Articulados são as peças escritas elaboradas pelas partes com as quais se instaura e se define o pleito, e onde consta a afirmação das pretensões e as razões das partes. São as peças onde o autor e o réu (no caso dos procedimentos cautelares: requerente e requerido) trocam as suas razões. Vd., v. g., Manuel Andrade, *Noções Elementares de processo Civil* (1979), pág. 106; Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, Vol. III (1980), págs. 23 a 25; Artur Anselmo de Castro, *Lições de Processo Civil - 1966*, Vol. III, pág. 301.

[7] Articulado posterior é um dos articulados normalmente previstos na lei de processo e que se segue àquele em que a parte teria feito a dedução dos factos, se eles já fossem do seu conhecimento; articulado novo é aquele que a parte apresentará quando da superveniência dos factos se der quando já não tenha articulado, dos normalmente previstos por lei, para produzir. Vd. J. Rodrigues Bastos, *Notas ao Cód. Proc. Civil*, Vol. III, 1972, pág. 70.

[8] O n.º 1 do art.º 506º não refere os factos impeditivos, porque estes, por definição, não podem ocorrer supervenientemente, mas podem ser objecto de conhecimento superveniente. Daí a referência. Neste sentido vd. J. Lebre de Freitas e outros, *Cód. Proc. Civil Anot.*, Vol. 2 (2001), pág. 341 anotação 2 ao artigo 506º.

[9] Tanto o autor como o réu podem deduzir articulados supervenientes. O Cód. Proc. Civil de 1939 (art.º 493º § único) só conhecia a figura do articulado superveniente para o réu. O Cód. Proc. Civil de 1961 deslocou esta figura para o art.º 506º e estendeu-a também ao autor. Tanto o autor como o réu podem alegar factos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito em causa. O autor tem o ónus da alegação e prova dos factos constitutivos do direito alegado (art.º 342º, n.º 1 do Cód. Civil). O réu tem o ónus da alegação e prova dos factos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art.º 342º, n.º 2 do Cód. Civil). Factos estes que, como excepções peremptórias que são, deduzirá na sua contestação. Mas estas posições invertem-se, reciprocamente, para o autor e para o réu, na acção de simples apreciação negativa (art.º 502º, n.º 2 do Cód. Proc. Civil).

[10] O modo normal é o julgamento, a sentença de mérito ou de fundo, isto é, que se pronuncia sobre o fundo da causa, sobre a relação jurídica substantiva, absolvendo ou condenando o réu. Vd. J. A. Reis, *Comentário ao Cód. Proc. Civil*, Vol. III, pág. 364.

[11] Vd. J. A. Reis, *Comentário ao Cód. Proc. Civil*, Vol. III, págs. 367 e segs.

[12] O requerimento das partes (art.º 150º, n.º 2 do Cód. Proc. Civil) não tem um significado técnico preciso e abrange actos da mais diversa natureza e emprega-se para os mais variados fins. Rigorosamente deve empregar-se como sendo o acto tendente a provocar um provimento do juiz que satisfaça o interesse da parte. Vd. J. A. Reis, Comentário ao Cód. Proc. Civil, Vol. II, pág. 98. No âmbito do direito administrativo, segundo Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 9.ª Ed. (reimpressão) - 1980, pág. 1309, é o acto pelo qual alguém pede a uma autoridade pública que seja dada satisfação a um seu interesse.

[13] Já assim não seria se tratasse de uma simples procuração com poderes *ad litem*. Vd. P. Lima e A. Varela, Cód. Civil Anot., Vol. I, 4.ª Ed. (1987), pág. 316 anotação 2 ao artigo 356º.

[14] Vd. Ac. do STJ de 08-02-1987, RT, ano 8º, pág. 149 cit. *apud* J. A. dos Reis, Cód. Proc. Civil Anot. Vol. II, 3.ª Ed., pág. 64 .

[15] Vd. J. Rodrigues Bastos, Notas ao Cód. Proc. Civil, Vol. II, 2.ª Ed. (1971), pág. 284.

[16] Vd. J. Lebre de Freitas, Cód. Proc. Civil Anot, Vol. 2º (2001), pág. 139 anotação 5 ao artigo 412º e jurisprudência citada

[17] Neste sentido vd. Ac. do STJ de 30-01-1997: BMJ 463 pág. 534.

[18] Vd. neste sentido ainda, António A. Geraldés, Temas da Reforma do Processo Civil, IV Vol., 2.ª Ed., Liv. Almedina, Coimbra - 2003, pág. 244.

[19] Vd. Castro Mendes, Direito Processual Civil, Vol. I (1980), pág. 122.

[20] Vd. Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil (1979), págs. 373-374.

[21] Vd. J. Lebre de Freitas, Introdução ao processo Civil - Conceito e princípios gerais à luz do código revisto, Coimbra Editora - 1966, págs. 141 e segs.

[22] Embora não imutáveis ou inalteráveis, visto que se podem verificar modificações subjectivas provenientes dos incidentes de intervenção de terceiros (art.ºs 320º e segs. do Cód. Proc. Civil) e da transmissão, por sucessão *mortis causa* ou por acto entre vivos da coisa ou direito litigioso (art.ºs 270º e 271º do Cód. Proc. Civil), e também se podem verificar modificações objectivas através da modificação (ampliação, redução ou alteração do pedido e causa de pedir (art.ºs 272º e 273º do Cód. Proc. Civil). Vd. A. Varela e outros, Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, Ld.ª - 1984, págs. 266 e segs.

No caso dos procedimentos cautelares, devido ao carácter de urgência que os domina (art.º 382º, n.º 1 do Cód. Proc. Civil) os incidentes de intervenção de

terceiros são, em regra, inadmissíveis. Vd. A. Abrantes Geraldês, Temas da Reforma do Processo Civil, Liv. Almedina, Coimbra - 1998, pág. 110.

[23] Cfr. supra nota 22.

[24] Cfr. supra nota 12.

[25] Vd. J. A. Reis, Cód. Proc. Civil Anot., Vol. II, pág. 64.

[26] Cfr. supra nota 17.

[27] Vd. J. Lebre de Freitas, Introdução ao processo Civil - Conceito e princípios gerais à luz do código revisto, Coimbra Editora - 1966, pág. 123.

[28] Num sentido subjectivo boa fé é essencialmente um estado ou situação de espírito de que se retiram consequências favoráveis. É o estado ou situação de espírito que se traduz no convencimento da licitude de certo comportamento ou na ignorância da sua ilicitude. O que se visa aqui é uma actuação em boa fé. Num sentido objectivo visa-se um actuação segundo a boa fé. Vd. Cunha de Sá, Abuso de Direito, Liv. Almedina, Coimbra - 1997, pág. 165 e 171; Rabindranath Capelo de Sousa, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora - 1995, pág. 530; António Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II, Colecção Teses, Liv. Almedina - Coimbra 1984, pág. 662.

[29] De «*verwiken*», v.t., incorrer em, perder. *Verwirkung*, « perda prescrição, caducidade, perempção, vencimento ». A tradução mais expressiva e apropriada é aqui é « exercício inadmissível do direito ». Ligado ao § 242 do B.G.B. __ [*Leistung nach Treu und Glauben*] « *O devedor está obrigado a efectuar a prestação como exigem a fidelidade e a boa fé em atenção aos usos do tráfico* ». __ o instituto da «*Verwirkung* » proíbe, no âmbito de uma relação pré-existente, que o titular de um direito o venha fazer valer em contradição com a conduta anterior, porque tal se afigura inadmissível perante os deveres de correcção e de boa fé vigentes na relação que seriam violados por tal exercício. Vd. Cunha de Sá, Abuso de Direito, Liv. Almedina, Coimbra - 1997, pág. 95.

[30] Vd. Jorge M. Coutinho de Abreu, in « Do Abuso de Direito », Liv. Almedina, Coimbra-1983, págs. 55 a 60.

[31] Vd. Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, II Vol., Colecção Teses, Liv. Almedina, Coimbra 1984, págs. 745 e segs.

[32] Os antecedentes históricos dos bons costumes encontram-se nos « *boni mores* » romanos cujo controlo, confiado ao censor, marcava bem a separação cuidada existente entre as normas morais que os integravam e as normas jurídicas, estas entregues ao pretor. Os romanos não definiam a imoralidade, apenas se encontram, espalhadas pelos *Digesta* várias ocorrências típicas tidas por contra os *bonos mores*. Embora os antecedentes dos bons costumes

se reportem historicamente aos « *boni mores* » romanos, e com uma origem bem diferenciada da boa fé, todavia não foi a partir dos « *boni mores* » romanos que fizeram a sua aparição no Código Civil de 1966 mas sim a partir da Ciência Jurídica da segunda codificação. Sobre isto Vd. António Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II, Colecção Teses, Liv. Almedina - Coimbra 1984, págs. 1210 e segs. e pág. 210 nota 33.

[33] Vd. Jorge M. Coutinho de Abreu, opus cit., págs. 63 a 66; M. Almeida Costa, in « Dir. Obrigações », 4ª Ed., págs. 56-57; A. Menezes Cordeiro, Dir. Obrigações, I Vol., págs. 368 nota 99 e 369; Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II, Colecção Teses, Liv. Almedina - Coimbra 1984, págs. 1222 e segs.; Rabindranath Capelo de Sousa, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora - 1995, pág. 531 e 531 nota 46; Cunha de Sá, Abuso de Direito, Liv. Almedina, Coimbra - 1997, págs. 188 e segs.

[34] Vd. P Lima e A. Varela, in « Cód. Civil Anot. », I Vol. 4ª Ed., pág. 299; A. Almeida Costa, opus cit., págs. 57.