

O DISPOSITIVO: UM PRINCÍPIO EVANESCENTE

Por Luís Correia de Mendonça(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O princípio do dispositivo. 3. Princípio do dispositivo *stricto sensu* ou substancial e princípio dispositivo *lato sensu* ou processual. 4. O Código de Processo Civil de 1876. 5. O Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907. 6. O Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926. 7. O Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932. 8. O Código de Processo Civil de 1939. 9. O Decreto-Lei n.º 44.129, de 28 de Dezembro de 1961. 10. O Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho. 11. Os Decretos-Leis n.º 329-A, de 12 de Dezembro e n.º 180/96, de 25 de Setembro. 12. O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho. 13. A Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. 14. Conclusão.

1. Introdução

Pensem que um governo democrático quer construir um hospital e para isso encomenda um projecto a um arquitecto. Espera-se que este apresente uma tela elaborada a pensar sobretudo nas comodidades e interesses dos médicos, ou, pelo contrário, que dê prevalência aos pacientes?

(*) Juiz Desembargador.

Pensemos, depois, que quer construir uma escola. O que é legítimo esperar da orientação dada ao arquitecto? Que seja no sentido de um projecto feito sobretudo a pensar nos alunos, ou, ao invés, a pensar nos docentes?

Creio que a resposta a estas duas questões é óbvia e que não suscita dúvidas na generalidade das pessoas⁽¹⁾.

Agora imaginemos que o mesmo governo democrático pretende levar por diante a elaboração de um novo código de processo civil.

Estando sobretudo em causa direitos disponíveis dos particulares, qual deve ser a centralidade teleológica? A regulação do interesse das partes e a ânsia de que lhes seja feita justiça, particularmente quando se julgam com razão e têm meios de a demonstrar, ou, ao invés, o poder do juiz e a sua missão de realizar, como titular de um órgão de soberania, a paz pública?

Não vejo que a resposta a dar a esta última questão deva ser muito diversa daquela que se dá às anteriores.

No entanto, desde 1926, a resposta do legislador português sempre foi a oposta e, conseqüentemente, durante cerca de 90 anos as reformas do processo civil sempre foram feitas “do ponto de vista do juiz”.

De tal modo o princípio do dispositivo que orientava e dirigia toda a estrutura do processo do Código de 1876 foi sendo progressivamente comprimido pelo inquisitório, que chegou ao ponto de desaparecer no glossário da reforma de 2013.

Este texto propõe-se examinar, nos limites estreitos de um artigo e cingindo-se ao processo declaratório, a história desta evolução nas últimas nove décadas, o que não pode deixar de ser visto em confronto com a evolução do princípio do inquisitório, contra-ponto do primeiro.

(1) A não ser que se olhe para os doentes e para os alunos como meros frequentadores de hospitais e de escolas e que no fundo só “servem” para estimular o desempenho de uma função: no primeiro caso a função terapêutica; no segundo, a função pedagógica.

2. O princípio do dispositivo

O princípio dispositivo é a projecção no direito processual da autonomia privada que encontra a sua mais pujante afirmação na figura do direito subjectivo.

Ao genérico direito à tutela judicial corresponde o genérico dever do Estado, encarnado no órgão judicante, de prestar essa tutela.

Se tivermos em mente a função do processo, entende-se facilmente que se reconheça às partes um amplo poder de iniciativa que não se encontra noutros tipos de procedimento.

A relevância do interesse da parte no processo civil manifesta-se sobretudo num complexo de poderes:

- i) de dar início ao processo (iniciativa *do* processo);
- ii) de assegurar o prosseguimento da causa (iniciativa *no* processo);
- iii) de fornecer a prova dos direitos afirmados (iniciativa probatória).

No processo civil vigora o princípio do pedido o que significa que o juiz só pode tomar medidas a pedido da parte interessada, salvo nas hipóteses taxativamente previstas na lei, em que a acção pode ser promovida pelo Ministério Público (*nemo iudex sine actore*).

Porém, não é forçoso que seja assim pois pode conceber-se um outro sistema, no qual, sempre que ao juiz seja dada notícia v.g. do incumprimento de um contrato, aquele actua *ex officio*, na consideração de que se o comportamento em si censurável do devedor atinge os interesses do credor, é simultaneamente lesivo do interesse geral de que as regras do ordenamento sejam respeitadas. A Alemanha nazi e alguns países do leste Europeu são bem exemplo desta possibilidade.

A iniciativa de parte traduz-se no poder de impulsionar o processo (*ne procedat iudex ex officio*).

Além disso, cabe à parte conformar o objecto do processo. Correlativo do poder da parte está o dever do juiz de se pronunciar

sobre o conteúdo do processo nos estritos limites determinados por aquela (*ne eat iudex ultra petitem partium*).

Complementar do poder de propor a causa é o poder de o autor fornecer a prova dos factos que constituem os fundamentos do pedido e para o réu o poder de provar os factos que são fundamento das excepções. O *princípio dispositivo* proíbe que o juiz leve a cabo indagações de ofício ou se aproveite do conhecimento privado e reserva à parte a iniciativa na recolha do material fáctico e probatório (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*)⁽²⁾.

Expressão do *princípio do dispositivo* é também a faculdade de renunciar ao prosseguimento do processo, provocando a respectiva extinção (desistência, confissão, transacção).

As diversas graduações da intervenção do juiz a respeito dos interesses das partes dependem de diversos factores históricos e culturais, designadamente de factores tipicamente forenses, gnoseológicos e sobretudo político-ideológicos.

Quanto aos primeiros factores recorde-se a publicação, em 26 de Abril de 1781, do *Corpus Juris Fridericianum* que aboliu a profissão de advogado, proibindo a representação nos tribunais e criando os “assistentes/assessores” (*Assistenzräte*) que tinham por função assistir as partes e ajudar os juízes a investigar os factos.

Os segundos derivam da aspiração à descoberta da verdade material que postula que, para tal fim, é mais funcional conferir poderes de inquisição ao tribunal do que deixá-los na disponibilidade das partes. No entanto, “a verdade é uma só”, e não admite distinções e qualificações [do género “verdade real” e “verdade formal”]; até agora ninguém demonstrou que as provas, só porque aduzidas pelas partes e não de ofício, não fazem perceber a “verdade real” e só fornecem uma “formal”. Tal demonstração é impossível, porque é falso que o sistema inquisitório seja mais eficaz para a procura processual da verdade. O juiz, como bem sabe-

(2) Sobre a origem e evolução deste brocardo JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, quinta edición, Thomson, Civitas, 2007:26 e ss; uma abordagem diferente, apoiada numa exaustiva análise bibliográfica, PICÓ I JUNYOY, *El Juez Y La prueba*, Bosch, Barcelona, 2007.

mos, é um terceiro que não sabe nada (e nada deve saber) sobre os factos controvertidos; no nosso ordenamento assume também as vestes de um funcionário público, isto é de um burocrata, por isso ele em linha de princípio, para além de ignorar os factos, limita-se a desenvolver o seu trabalho sem particular entusiasmo pelos acontecimentos relativos às partes. Nestas condições é pelo menos temerário pensar que o juiz pode substituir-se com êxito profícuo na aquisição das fontes de prova às partes, que ao invés conhecem bastante bem os próprios assuntos, sabem como e onde procurar as provas, e arriscam na primeira pessoa”⁽³⁾.

No que se refere aos terceiros entende-se que os dois modos de conceber a administração da justiça (o processo inquisitório e o processo dispositivo) “são projecções no campo da técnica processual de dois diversos modos de conceber o Estado e as relações que se estabelecem entre o interesse público e o interesse individual, entre a autoridade e a liberdade dos cidadãos. O processo inquisitório, no qual as partes são consideradas somente como instrumentos para satisfazer o interesse público, corresponde a uma concepção paternalística e autoritária do Estado: o juiz pode tudo, os interesses individuais não contam para nada, as partes, a par das testemunhas têm a obrigação de dizer a verdade mesmo contra si próprias, e o conflito de interesses entre si não tem nenhuma relevância, porque relevante é só o interesse do Estado”; “pelo contrário, o processo de tipo dispositivo corresponde a uma concepção individualista e liberal do Estado: o processo não ignora que os dois antagonistas no debate são pessoas vivas, qualquer uma dotada de vontade própria, de interesses individuais, de fins próprios privados; e em vez de reprimir estes impulsos individuais, contrastantes ou divergentes, deixa-os livres de se manifestar e de escolher a sua tática, e retira do seu contraste ou da sua divergência a força motriz para alcançar igualmente através do recíproco controlo das iniciativas contrapostas, os fins públicos da justiça. Diante do processo inquisitório correspondente ao governo absoluto que apenas conhece súbditos obedientes, o processo de tipo dispositivo representa no campo judiciário uma

(3) GIROLAMO MONTELEONE, *Diritto Processuale Civile*, 3.^a ed., Cedam, 2002: 265.

espécie de auto-governo democrático de cidadãos livres e responsáveis das suas acções”(4).

3. Princípio do dispositivo *stricto sensu* ou substancial e princípio dispositivo *lato sensu* ou processual

Na esteira da doutrina alemã e italiana e nas últimas décadas do século passado, alguma doutrina nacional começou a distinguir o princípio dispositivo propriamente dito (*Dispositionsmaxime*) e o princípio da controvérsia (*Verhandlungsmaxime*)(5).

“O princípio do dispositivo (*stricto sensu*) traduz-se na liberdade de decisão sobre a instauração do processo, sobre a conformação do seu objecto e das partes na causa e sobre o termo do processo, assim como, muito mitigadamente, sobre a sua suspensão. É, *grosso modo*, redutível à ideia de *disponibilidade da tutela jurisdicional*, por sua vez distinguível em *disponibilidade da instância* em si mesma (disponibilidade do início, do termo e da suspensão do processo) e *disponibilidade da conformação da instância* (disponibilidade do objecto e das partes).

O princípio da controvérsia traduz-se na liberdade de alegar os factos destinados a constituir fundamento da decisão, na de acordar em dá-los por assentes e, em certa medida, na iniciativa da prova dos que forem controvertidos. É, *grosso modo*, redutível à ideia de *responsabilidade pelo material fáctico da causa*”(6).

A partir desta distinção passou a defender-se que enquanto a supressão do primeiro princípio afecta directamente a natureza privada dos direitos deduzidos em juízo, tal não acontece com o segundo, porquanto a atribuição ao juiz de poderes de iniciativa probatória para declarar a verdade se contém dentro da chamada

(4) PIERO CALAMANDREI, *Studi Sul Processo Civile*, Vol. 6, Cedam, 1957:309.

(5) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra Editora, 1991:450 ss.

(6) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2013:155 ss.

técnica do processo sujeita a juízos de oportunidade do legislador: “relativamente à afirmação dos factos na causa, assim como na produção dos meios de prova e a sua influência no juízo, o que está em jogo não é a conformação da tutela que o ordenamento concede aos interesses materiais, [...] mas a conformação do instrumento que a lei predispõe para actuar jurisdicionalmente tal tutela”(7).

É claro que não estou de acordo com esta posição. Creio, ao contrário, com Montero Aroca, que “deve afirmar-se com toda a clareza que o aumento dos poderes do juiz em matéria de iniciativa probatória não pode deixar de ser o reflexo do aumento dos poderes do Estado na sociedade, aumento que responde a uma concepção autoritária do próprio Estado e, por conseguinte, do papel do juiz no processo civil”(8).

Ou, como Monteleone, que “a contraposição posta em relevo não passa tanto entre o princípio dispositivo e inquisitório como instrumentos de técnica processual, quanto na realidade entre um processo plenamente conforme ao contraditório, ao direito de defesa e à esfera de autonomia e liberdade das partes, e um processo marcado por uma visão que se poderia dizer oficiosa, logo burocrática e autoritarística da jurisdição”(9).

Em suma, só o processo dispositivo “põe em justo equilíbrio os poderes do órgão e das partes, respeita o contraditório e o direito de defesa, e tudo somado, permite ao magistrado desempenhar com objectividade, serenidade e imparcialidade a sua essencial tarefa: fazer justiça a quem demonstra ter razão no andamento do processo, e não a quem tal razão venha a ser concedida de modo mais ou menos desinteressado, ou sub-reptício, por quem deveria estar *super partes*”(10).

(7) TITO CARNACINI, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, *Studi in Onore di Redenti*, Vol. II, Milano, 1951: 759.

(8) JUAN MONTERO AROCA, *La prueba...*, *op. cit.*: 30.

(9) GIROLAMO MONTELEONE, *op. cit.*: 264.

(10) *Idem*, 267.

4. O Código de Processo Civil de 1876

Por Carta de Lei de 8 de Novembro de 1876, foi aprovado o primeiro Código de processo civil português.

Enraizado na ideologia liberal do seu tempo, o código de 1876 está profundamente influenciado pelo princípio dispositivo e por uma concepção jusprivatista do processo.

O código instituiu um processo escrito, mediato e não concentrado, em que a recolha de prova testemunhal se fazia, por regra, no processo civil ordinário, em audiência extraordinária sem a presença do juiz, e a discussão da causa só era oral quando intervinha o júri, por acordo expresso das partes reduzido a termo antes de estar designado dia para a inquirição das testemunhas perante o juiz da acção (art. 401.º), o que raramente acontecia, e em certos processos civis especiais (v.g. processo de separação de pessoas e bens e processo de suprimento do consentimento para a venda de bens dos pais ou avós a filhos ou netos, em que intervinha o conselho de família com funções de julgar).

Por outro lado, consagrou os princípios modernos da publicidade (art. 59.º) e da livre apreciação da prova (arts. 2416.º, 2419.º, 2514.º, 2519.º, CC).

No processo de 1876⁽¹¹⁾, concebido como uma disputa entre dois adversários perante um terceiro judicante, o respeito pela

(11) Em traços gerais era esta a marcha do processo ordinário: a acção tinha por base a petição inicial em que o autor requeria a citação do réu, deduzia os fundamentos da acção e concluía pelo pedido (art. 394.º); seguia-se a distribuição feita numa das audiências ordinárias (art. 165.º) que se realizavam às segundas e quintas-feiras (art. 151.º, § 1.º); distribuída a acção procedia-se à citação do réu (art. 178.º, ss.) depois de ordenada por juiz competente (art. 180.º); ordenada a citação o escrivão ou o oficial devia fazê-la imediatamente (art. 179.º); a citação revestia duas formas, pessoal ou edital (arts. 183.º, ss., 194.º e 195.º); a falta de oposição ao pedido não dispensava, em regra, o autor de fazer a prova das suas alegações correndo a causa sem necessidade de qualquer intimação pessoal (art. 200.º); a citação para princípio da acção era acusada, pelo autor ou reconvinente, sob pena de não produção de efeitos, na segunda audiência posterior à citação ou ao oferecimento da contestação (arts. 201.º e 332.º, § único); feita a acusação o processo já não podia terminar, a não ser por julgamento ou perempção (art. 202.º); o réu, o qual não tinha necessidade de comparecer na audiência de acusação da citação, podia impugnar o pedido, por excepção ou contestação, na terceira audiência posterior àquela em que fosse acusada a citação (art. 395.º); se o réu deduzisse excepção ou contestasse, articulando ou juntando

forma, que regulamenta e disciplina a discussão, assumia particular relevo.

As formas do processo eram concebidas não para enredar o reconhecimento dos direitos, mas como “meios para impedir a precipitação das decisões, dar a estas a solenidade necessária, e preparar os actos da justiça com as garantias para a sua firmeza”⁽¹²⁾; “forte para extrair a verdade de entre os factos; simples para proteger sem criar inúteis peias; flexível para se moldar às necessidades de todas as causas; firme para resistir ao arbítrio dos juízes, ou ao manejo dos interessados, tal deve ser o carácter da parte formulária, em que se traduz o direito ao processo para ser aplicado”⁽¹³⁾.

As regras da contenda deveriam ser não só efectivas, mas também formalmente equitativas (igualdade de armas).

A parte era dona da lide (*dominus litis*), estando legitimada a comportar-se como preferir, não cabendo ao magistrado intervir para corrigir uma gestão deficiente dos interesses dos particulares, porquanto tal podia conduzir a um “*paternalismo opressivo*”.

O processo, que se desenvolvia em audiências, estava exclusivamente sujeito ao impulso das partes (*ne iudex procedat ex officio*), tanto o inicial como o sucessivo, podendo estas pôr-lhe termo através de confissão, desistência do pedido e de transacção (art. 140.º), pois, na ausência de conflito, a causa perde a sua razão de ser.

Às partes cabia definir o objecto da controvérsia a resolver, incumbindo àquela que alegava os factos a obrigação de os provar,

documentos, o autor podia replicar na segunda audiência a contar daquela em que devia ser oferecida a última defesa (art. 396.º); em caso de réplica por artigos ou por junção de documentos, o réu podia treplicar no prazo de duas audiências a contar da designada para oferecimento da réplica (art. 397.º); findos os articulados, não comportando o processo audiência de discussão e julgamento, o juiz marcava dia para o depoimento das partes e para os exames ou vistorias que tivessem sido requeridas (art. 398.º) seguindo-se a inquirição das testemunhas, cujo depoimento se reduzia a escrito, em audiência extraordinária de expediente (art. 399.º); finda a produção de prova, o processo era continuado aos advogados para alegações por escrito (art. 400.º); seguia-se o proferimento da sentença, a publicar em audiência ordinária ou por entrega na mão do escrivão (art. 153.º), e eventuais recursos.

⁽¹²⁾ “Parecer da comissão de legislação da câmara dos dignos pares sobre o Projecto do Código de processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 9.º ano, 387.

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

salvo tendo a seu favor alguma presunção de direito (art. 2405.º, CC), o que vedava a atendibilidade de factos não alegados, mesmo os notórios (*iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*). O direito alegado presumia-se, sendo necessário prová-lo, por excepção, quando fundado em costume ou em estatuto ou postura municipal do país ou em qualquer lei estrangeira, cuja existência fosse contestada.

O procedimento probatório era dominado pelas partes, não podendo o juiz promover *ex officio* à produção de outras provas que as partes não tivessem submetido à sua apreciação, à excepção dos exames e vistorias e do juramento supletório, que podiam ser ordenados pelo juiz quando o entendesse necessário (arts. 235.º, § 1.º e 2533.º, CC).

À assunção e produção das provas presidia um estilo competitivo. Não havia sanções específicas, salvo em caso de decaimento na acção, em que seria considerada litigante de má fé, contra a parte que se recusasse, a requerimento da outra, a juntar documentos que dissessem respeito à causa e que confessasse existirem em seu poder (art. 211.º); no depoimento, a parte era perguntada pelo juiz e nenhuma pergunta lhe podia fazer a parte contrária (art. 226.º); os peritos eram nomeados pelas partes (art. 236.º); era o advogado da parte que tivesse oferecido a testemunha que a interrogava, podendo o advogado da parte contrária fazer-lhe as instâncias convenientes (arts. 211.º).

A intervenção dos advogados era considerada indispensável. E deles apenas se esperava que fossem defensores, activos e zelosos, dos interesses dos seus clientes, nos termos por estes definidos, no confronto com o adversário, sem se deixarem diminuir com as regras estatuídas (art. 98.º) tendo em vista coarctar as suas “*demasias*”.

O juiz não podia condenar além ou em coisa diversa do que se pedisse (*ne eat iudex extra petita*) — arts. 281.º e 1159.º, § 2.º, n.º 1 — sendo igualmente nula a sentença que deixasse de se pronunciar sobre algum ponto submetido à sua decisão (arts. 281.º e 1054.º, n.º 3).

Das decisões finais ou interlocutórias, que deviam ser sempre fundamentadas (art. 96.º), recorria-se, por meio de embargos

(arts. 989.º, ss.), apelação (arts. 933.º, ss.), agravo (arts. 1008.º, ss.), revista (arts. 1148.º, ss.) e cartas testemunháveis (arts. 1022.º, ss.), subindo os agravos de petição, em regra, em separado, para não demorar o andamento do processo.

Compreende-se que um Estado reactivo, cuja função primordial era fornecer um foro neutro para a resolução das controvérsias, evitasse atribuir a um seu órgão responsabilidades, para além das burocráticas, no ritmo e impulso do processo; que este órgão — o juiz — se abstinhasse de uma procura activa dos factos e se limitasse a fazer de árbitro na competição entre as partes, resolvendo os incidentes interlocutórios que surgissem entre elas, verificando a observância das regras fundamentais de conduta processual e proferindo a decisão final sobre o mérito da causa.

Na verdade, no código de 1876, a actuação do juiz é predominantemente reflexa e não impulsiva. Faltam àquele magistrado quaisquer faculdades de direcção efectiva do procedimento, só em casos excepcionais se permitindo, v. g. em sede de incompetência em razão da matéria, de nulidades insupríveis, de arbitramento e de legitimidade das partes (arts. 3.º, § 2, 131.º, § único, 235.º, § 1, 281.º), que o julgador tome providências e resoluções officiosas.

É certo que, ao proferir sentença, o juiz, que até esse momento se mantivera discretamente num segundo plano, presidindo a algumas audiências e intervindo na inquirição das testemunhas apenas quando se levantavam divergências ou conflitos entre os advogados, ganha saliência como centro de atenção. Não deixava, contudo, de ser um mero “servidor da lei”, sem qualquer pretensão a fazer direito por sua conta e a ganhar um protagonismo ilegítimo.

José Alberto dos Reis interpretava e ensinava aos seus alunos com inteira correcção e clareza o papel reservado ao juiz pelo código liberal, apesar de tal não ser manifestamente do seu agrado: “a aplicação da lei não pode resultar da própria iniciativa do juiz na repressão dos factos perturbadores ou lesivos do direito. Se assim fosse, a justiça do julgamento ficaria gravemente comprometida pelas impressões recebidas da preparação e promoção do litígio, e por outro lado ofender-se-ia a liberdade dos cidadãos, que são e devem ser os únicos árbitros dos seus próprios interesses e aos quais deve, por isso, conceder-se a faculdade de recorrer aos tribu-

nais, de resolver o conflito por uma transacção ou por um julgamento arbitral, ou de deixar sem reparação o direito violado.

O juiz deve, pois, ser inerte; só deve intervir para a tutela do direito quando uma força estranha o impelir e o solicitar. Essa força é a *acção*. E visto que a actividade do juiz só pode legitimamente exercer-se no sentido de manter direitos ameaçados e reintegrar direitos violados, é claro que a força motriz do magistrado judicial, a *acção*, deriva naturalmente da necessidade que tem o titular de direitos de os defender contra as ameaças ou lesões exteriores”(14).

5. O Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907

Este decreto significa, entre outras coisas — v.g. a génese da fiscalização concreta da constitucionalidade —, a sumarização da justiça cível(15).

O Código de Processo Civil de 1876 adoptou uma classificação bipartida dos ritos processuais: o processo era ordinário ou especial.

Prevaleceu a ideia de que o valor da causa não devia influir na forma de processo.

Aquela divisão bipartida, em si mesma, acompanhava os melhores princípios do liberalismo.

No entanto, não demorou muito a suscitar a crítica de que esta medida radical adoptada pelo legislador “se satisfaz aos princípios teóricos que não podem reconhecer na diversidade de valor fundamento bastante para alterar as formas e garantias, não é todavia conforme às exigências da prática que não permitem que os litigantes possam empenhar-se numa luta cujos actos lhe custarão muito mais do que tudo quanto possam obter, ainda no caso do vencimento”(16).

(14) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário Civil e Comercial*, Vol. I, Imprensa Académica, 1907: 61.

(15) LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “O decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal”, *Julgar*, n.º 4-2008: 179, ss.

(16) MANUEL DIAS DA SILVA, *Processos Civis Especiais*, 2.ª ed., França Amado, Coimbra, 1919: 51.

Foram estas “exigências da prática” que estiveram na origem do Decreto n.º 3 de 1907.

Ao lado da chamada cognição plena, o nosso ordenamento processual voltou de novo a prever uma tutela rápida e abreviada, através da criação de uma nova modalidade de processo.

O Decreto n.º 3 erigiu como suas finalidades primordiais a celeridade, o barateamento e a eficácia processuais, sem prescindir da necessidade de averiguar a verdade e de combater os chamados expedientes dilatatórios e a chicana.

Sumarização significa simplificação e rapidez do processo, mas também a inevitável redução das garantias das partes.

Representam, entre outras medidas, diminuição das garantias:

- i)* a grave cominação para a falta de impugnação do réu regularmente citado (art. 4.º), “porque, segundo se deduz dos termos imperativos do decreto, o juiz terá de condenar sempre, sem discutir a legitimidade das partes, nem a competência do juízo, nem a propriedade do processo, nem qualquer nulidade insuprível deste”⁽¹⁷⁾, ficando drasticamente diminuídos os direitos de defesa em caso de inconclidência da petição inicial;
- ii)* a restrição da admissão dos incidentes de chamamento à acção e autoria, circunscrita às acções de reivindicação (art. 5.º, § 3.º), excluindo o chamamento v. g. do fiador ou do devedor solidário;
- iii)* o disposto no art. 6.º, § 5.º, que só permitia a arguição de falsidade de documentos juntos com a última resposta do réu e bem assim a de qualquer termo ou acto judicial, em acção especial a instaurar em separado, nos termos do art. 148.º, n. 2 do CPC;
- iv)* a restrição dos meios de prova (v. g. com a obrigatoriedade de as partes requererem o depoimento pessoal logo na petição inicial ou na impugnação, ficando, na falta de

⁽¹⁷⁾ V. DE M., “Cobrança de pequenas dívidas”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 20.º: 730.

- impugnação ou de respostas, inibidas de o requerer depois — art. 8.º);
- v) poder arbitrário de o juiz indeferir o arbitramento, ainda que ambas as partes concordassem na indispensabilidade da sua produção (art. 8.º, § 1.º);
 - vi) proibição de os peritos nomeados pelo juiz, por mais manifesta que fosse a sua incompetência, o seu impedimento legal ou os motivos da sua suspeição, poderem ser recusados (art. 8.º, § 3.º);
 - vii) a obrigação imposta às partes de declararem antes do julgamento se prescindiam ou não de recurso (o que podia criar uma “atmosfera de animadversão por parte de um grande número dos nossos juizes, que vêem naquela declaração, ainda que justamente determinada, uma afronta ao seu elevado critério e à sua conhecida imparcialidade”)(¹⁸);
 - viii) a previsão de serem *extractados* os depoimentos das partes e das testemunhas nas causas civis que excedessem a alçada do juiz de direito, só na acta da audiência e quando autor ou réu declarassem não prescindir de recurso (art. 11.º, § 2.º), por o extracto, “cujo tamanho será maior ou menor segundo o critério do juiz e dos advogados, e sobre o qual a discussão será inevitável”(19), dificultar a reprodução clara dos depoimentos e, conseqüentemente, uma apreciação conscienciosa dos mesmos;
 - ix) agravamento do regime e pressupostos legais da condenação por litigância de má fé (arts. 11.º, § 5.º);
 - x) subida diferida dos agravos das decisões interlocutórias, em regra apenas com o recurso de apelação da sentença

(18) Sobre a marcha do processo das causas cíveis e comerciais de menor valor, JOSÉ SOARES NOBRE, *O novo processo nas causas cíveis e comerciais de menor valor*, Lisboa, 1907: 9-50 e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, *op. cit.*: 624, ss.

(19) V. de M., “Cobrança de pequenas dívidas”, *op. cit.*: 361. Ulteriormente, em 1932, o Decreto n.º 21.287, de 26 de Maio, criou uma outra forma, o processo sumarisimo (art. 123.º).

final, deixando literalmente as partes, no decurso do processo, nas mãos do juiz e dos seus eventuais erros (art. 11.º, § 7.º);

- xi) eliminação do recurso em importantes hipóteses que, de acordo com o art. 42.º, CPC, admitiam sempre impugnação (questões sobre competência e jurisdição; sobre o estado de pessoas e sobre separação de pessoas e bens; sobre habilitação, sobre multas por litigância de má fé) (art. 11.º, § 9.º)⁽²⁰⁾.

Por fim realce-se que o Decreto n.º 3 foi o responsável pela introdução da teoria processual do imediato *svuotamento del sacco*. Como resulta do art. 5.º, na impugnação da acção deve o réu deduzir quaisquer excepções e alegar toda a mais defesa que tiver. Este princípio da preclusão da defesa depois retomado nos arts. 12.º e 14.º do Decreto n.º 12.353 e que se mantém até hoje (art. 573.º) corresponde bem ao desejo publicístico e autoritário de retirar às partes e aos seus defensores a faculdade de adaptarem o exercício do direito de defesa aos desenvolvimentos concretos do processo, expondo-os ao risco de graves responsabilidades emergentes de eventuais erros e omissões sem remédio⁽²¹⁾.

6. O Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926

São três as principais causas das imperfeições que o Decreto n.º 12.353 imputava ao Código de Processo Civil de 1876:

- a) A conservação de certas solenidades absolutamente desnecessárias para a administração da justiça, como a acusação da citação e o oferecimento dos articulados em audiência;

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁾ Defendendo a incompatibilidade entre preclusão e processo justo, GIROLAMO MONTELEONE, “Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili”, *Il Giusto Processo Civile*, 1/2006: 31, ss.

- b) O carácter essencialmente *escrito* do processo, com largas e multiplicadas assentadas, com vista dos autos aos advogados para alegações e com os contínuos incidentes, arguições e recursos antes da decisão final;
- c) O conceito individualista da relação processual, de onde derivam, como corolários, o princípio da *inércia e passividade do juiz* e a liberdade ilimitada das partes em orientar e dirigir toda a estrutura do processo.

Como remédio para esconjurar tais causas, o Decreto consagrou os princípios da *oralidade, concentração e actividade jurisdicional*.

Todavia, o que verdadeiramente revolucionou o nosso sistema processual não foi a oralidade nem a concentração, só muito timidamente consagradas no diploma, mas sim o “*princípio da actividade permanente e intensiva do juiz*”⁽²²⁾.

O juiz imparcial que julgava serenamente a causa a final, no termo de um processo em que supostamente não deveria deixar marca da sua intervenção pessoal ou iniciativa por as suas funções serem as de um terceiro judicante equidistante das partes — figurino adoptado pelo Código de 1876 — era agora apelidado “*juiz manequim*” ou “*juiz fantoche*”⁽²³⁾ — como se os fantoches ou os manequins tivessem consciência e vontade, como se proferir sentenças não implicasse esforço e energia moral. Era este mesmo juiz, de quem se dizia que “*julgava mal e julgava com atraso*”⁽²⁴⁾, que se pretendia que se metamorfosasse, não se sabe à força de que poção ou engenho, num magistrado poderoso e super-activo ao ponto de poder “*cortar toda a chicana*”, ocupar no processo uma posição tal que lhe permita tomar conhecimento, desde o início, da questão que se controverte, dirigir a instrução, intervir eficazmente na preparação da causa e acompanhá-la com atenção e rapidez até

(22) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, Coimbra Editora, 1927: 105.

(23) *Ibidem*.

(24) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “La riforma del processo civile portoghese”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, I, 160.

ao julgamento. Tudo isto, bem entendido, à custa da liberdade das partes na conduta da lide judiciária e para fazer triunfar o direito objectivo.

O ponto culminante da reforma é a formulação normativa constante do art. 27.º: “A instrução do processo pertence às partes, mas sob a direcção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça”.

Como refere Alberto dos Reis “esta disposição revolucionou profundamente o nosso sistema processual; exprimiu a reforma mais audaciosa operada em 1926 no campo do processo civil; consagrou a homenagem mais ousada e franca ao princípio da autoridade do magistrado judicial”⁽²⁵⁾.

Dum regime processual impregnado de ideias liberais e garantistas passou-se bruscamente para um regime dominado pela mesma concepção publicística e autoritária que modelou a ZPO austriaca: partes privadas do direito de dispor do ritmo do processo e sujeitas à rígida disciplina que, no interesse superior da justiça e da verdade, o Estado entendeu dever estabelecer para a marcha do processo; amplos poderes discricionários conferidos ao juiz para dirigir, desde o princípio, a causa e conduzi-la, em marcha forçada se necessário, até à extinção; assunção de que a eficiência só se poderá alcançar com a neutralização dos advogados, considerados a causa principal de todos os males do sistema, e a diminuição das garantias, etc.

Depois de definir a posição central do juiz no processo, como órgão coordenador de toda a actividade processual, o art. 28.º do decreto menciona alguns poderes especiais do magistrado.

Esses poderes são susceptíveis de uma classificação em quatro grupos:

- i) *poderes de inspecção* (poder de chamar a atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou

⁽²⁵⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, 1946: 8.

vícios que possam ser corrigidos — art. 28.º, n.º 1; poder de convidar as partes a esclarecer e completar as suas alegações — art. 28.º, n.º 2);

- ii) *poderes de instrução* (poder de convidar as partes a completar os seus meios de prova — art. 28.º, n.º 2, *in fine*; poder de ordenar exames, vistorias e avaliações — art. 28.º, n.º 3; poder de ordenar a comparência pessoal das partes para as ouvir sobre os factos essenciais da causa — art. 28.º, n.º 4; poder de requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objectos indispensáveis ao esclarecimento da verdade — art. 28.º, n.º 5; poder de significar às partes a conveniência de virem depor a tribunal testemunhas residentes fora da circunscrição judicial — art. 28.º, n.º 8);
- iii) *poderes de disciplina* (poder de indeferir a junção ao processo de tudo o que for impertinente e desnecessário — art. 28.º, n.º 5, 2.ª parte; poder de chamar à ordem os advogados e de retirar-lhes a palavra no caso de extravasarem nas suas alegações, de forma grave e reiterada, do objecto da causa — art. 28.º, n.º 6, 2.ª parte; poder de recusar a expedição de cartas rogatórias e de cartas precatórias e de indeferir o pedido de quaisquer diligências, quando entenda que se tem apenas em vista protelar o andamento da causa — art. 28.º, n.º 7);
- iv) *poderes de impulsão* (poder de ordenar preparos e remover todos os obstáculos ao seguimento do processo — art. 28.º, n.º 9; poder de ordenar a junção de causas entre si conexas e a suspensão de uma causa enquanto não for decidida outra de que está dependente — art. 28.º, n.º 10)⁽²⁶⁾.

(26) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo...*, *op. cit.*: 107 ss. e *Comentário...*, Vol. 3.º, *op. cit.*: 9 ss. As fontes directas dos arts. 27.º e 28.º do decreto foram os arts. 29.º e 30.º do projecto Chiovenda de 1920, que, no entanto, era muito mais moderado na atribuição de poderes ao juiz, GIUSEPPE CHIOVENDA, “Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra”, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*, Vol. 2, Giuffrè, 124-125.

Dizer que tais inovações constituem “transformações aberrantes da passividade dos juízes em iniciativas e arbítrios”⁽²⁷⁾, que, “desnaturando a índole do magistrado, parecerão às vezes visar ou favorecer uma das partes ou prejudicar a outra para o resultado final, que a cada uma [o juiz] tenha reconhecido no processo”⁽²⁸⁾, que, ao impor-se ao magistrado que guie e aconselhe as partes na instrução do processo está-se a ir demasiado longe e a postergar a missão do advogado⁽²⁹⁾, é apenas recordar algumas das reacções que a nova reforma provocou.

Para além destes amplos poderes, o Decreto n.º 12.353 consignou, no art. 2.º, o princípio do indeferimento liminar da petição inicial para os casos de ineptidão, incompetência em razão da matéria, impropriedade do meio empregado e inviabilidade evidente da acção.

Trata-se de uma disposição inovadora que impõe “ao juiz o *dever de jugular a acção à nascença*”⁽³⁰⁾. Alberto dos Reis via nesta medida uma concretização do princípio da economia processual: “O indeferimento liminar pressupõe que ou por motivos de *forma* ou por motivos de *fundo*, a pretensão do autor está irremediavelmente comprometida, está votada ao insucesso certo. Em tais circunstâncias não faz sentido que a petição tenha seguimento; deixá-la avançar é desperdício manifesto, é praticar actos judiciais em pura perda”⁽³¹⁾.

Para o nosso autor, este dever conferido ao juiz de logo de começo, *inaudita altera parte*, deitar abaixo a acção era uma providência de protecção e benefício do autor e que não brigava com o princípio da integral tutela jurisdicional de todas as situações jurídicas subjectivas. Os advogados, porém, dispensavam este paternalismo e logo alertaram que o indeferimento liminar era perigoso e que podia causar ao autor prejuízos irreparáveis, podia fazer-lhe

⁽²⁷⁾ VISCONDE DE CARNAXIDE, “Balanço jurídico do ano de 1926”, *O Direito*, 59 (1927): 2.

⁽²⁸⁾ *Op. cit.*: 10.

⁽²⁹⁾ JOSÉ TAVARES, “A reforma do processo civil e comercial”, *O Direito*, 58 (1926): 259.

⁽³⁰⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil, anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 1948: 373.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

perder o próprio direito ou as garantias que tivesse. Mais uma vez perderam os advogados e o indeferimento liminar manteve-se firme até hoje, pese embora o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º, n.º 1, CRP)⁽³²⁾.

7. O Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932

Foi o Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932, que instituiu a oralidade no moderno processo civil português. Duas outras importantes medidas — a extinção da jurisdição comercial⁽³³⁾ e a criação do tribunal colectivo — foram também adoptadas pelo diploma.

Neste breve itinerário só importa referir que o nosso tribunal colectivo descende, em linha recta, do júri mercantil. O Decreto n.º 21.694 aboliu a jurisdição comercial e em simultâneo estabeleceu nova forma de julgamento das causas cíveis, confiando a órgãos diferentes, ainda que ambos profissionais, o julgamento de

(32) O indeferimento liminar manteve-se no Código de 39 (art. 491.º), na reforma de 61 (art. 474.º) e está previsto no actual art. 590.º, n.º 1 (anterior 234.º-A). EUGENIA ARIANO DEHO critica vigorosamente este poder do juiz, também previsto no Código de Processo Civil peruano de 1993, por si considerado em antinomia com o direito de acção e ao processo. “A petição judicial, se efectivamente é a acção concretizada, não deveria ser admitida ou deixar de o ser pelo juiz. A petição judicial deveria somente “comunicar-se”, “notificar-se”, ou utilizando a espanholíssima expressão “*trasladarse*” ao demandado. Que isso se faça por intermédio do juiz (...), por intermédio de “auxiliar jurisdicional” (...) ou por obra do próprio autor é uma questão a decidir. Todavia, o certo é que não deveria haver filtros para alguém poder levar outra pessoa a juízo”, “Sobre el poder del juez de “sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso”, *Problemas Del Proceso Civil*, Jurista editores, Lima, 2003: 80.

(33) Foi o Código Comercial de Ferreira Borges, publicado em 1833, que introduziu em Portugal a jurisdição mercantil com carácter geral. Desde cedo se detectaram defeitos na parte adjectiva do Código e foram feitas várias tentativas para reformar o processo comercial. A reforma da legislação processual mercantil, considerada ainda mais necessária depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil, tornou-se inadiável com a publicação, em 1888, de novo Código Comercial. Em 24 de Janeiro de 1895, por decreto ditatorial, foi aprovado o Código de Processo Comercial. Este Código teve três edições: a primeira, em 1895, e duas outras, em 1896 e 1905. Sobre este Código, ADELINO PALMA CARLOS, *Linhas gerais do processo civil português*, Cosmos, Lisboa, 1991: 27, ss.

facto e o julgamento de direito, a apreciação das provas livres e a apreciação das provas legais.

O tribunal colectivo português, abolido em 2013, o qual desde o Dec-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto, só passou a intervir quando ambas as partes assim o tivessem requerido (646.º, n.º 1, CPC), não é um verdadeiro tribunal, com plenitude de jurisdição, não é um juiz delegado ou comissário com a função de recolher as provas e muito menos um juiz instrutor de figurino italiano, mas sim “um instrumento destinado a apurar factos que um único juiz tem de valorar”⁽³⁴⁾.

Este sistema conduziu a que Portugal, durante mais de 60 anos, tivesse um sistema processual que não assegurava garantias judiciais fundamentais, a saber: documentação da prova, motivação das decisões em matéria de facto e efectivo segundo grau de jurisdição quanto às questões de facto.

8. O Código de Processo Civil de 1939

Em 28 de Maio de 1939 foi promulgado o novo Código de Processo Civil⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ EURICO LOPES CARDOSO, “O tribunal colectivo na revisão do código de processo civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 106: 24.

⁽³⁵⁾ O Código de 1939, com 1178 artigos na versão original, compartimentou os actos e termos do processo de declaração em seis fases: *articulados, audiência preparatória e despacho saneador, instrução do processo, discussão e julgamento, sentença e recursos*. A actividade inicial permite a apresentação de quatro articulados, dois por cada parte (petição inicial, contestação, réplica e tréplica). A esta actividade sucede-se a audiência preparatória e despacho saneador, com a dupla finalidade alternativa de permitir a decisão antecipada da causa ou estabelecer a transição para a fase subsequente. Esta terceira fase, a existir, é denominada instrução e destina-se à produção das provas, sem prejuízo de algumas delas deverem ser oferecidas com os articulados (v. g. prova documental) ou de se produzirem em regra na audiência de discussão e julgamento (depoimento de parte e inquirição de testemunhas). Instruída a causa segue-se a discussão e julgamento da matéria de facto e, logo depois, o proferimento da sentença, a qual completa e finaliza o julgamento feito em audiência. Finalmente, depois da sentença, entra-se na fase dos recursos. No nosso sistema, muito marcado pelos princípios da eventualidade ou preclusão, os recursos são de reponderação não de reexame.

O Código de 1939 não fez obra de raiz, limitando-se a generalizar a todos os sectores do mecanismo judiciário, aos diferentes actos e termos do procedimento as ideias e conceitos que orientaram as reformas feitas pelo Decreto n.º 12.353 e diplomas posteriores, em ordem à prossecução dos mesmos objectivos essenciais: *justiça real no menor período de tempo*.

O Código de 1939 seguiu na esteira doutrinal em que foram moldadas as reformas feitas pelos decretos n.ºs 12.353 e 21.694.

Do decreto de 1926 conservou o princípio do *juiz forte, activo e informado*. Do decreto de 1932 recolheu os princípios da *oralidade e concentração*.

Pode, por isso, dizer-se que “*processo oral e processo concentrado* dirigido e *comandado*, na realidade, por um *juiz forte e activo* são os lineamentos e orientações fundamentais da organização processual estabelecida pelo Código”⁽³⁶⁾.

Repare-se que neste estudo, por muitos considerado a verdadeira exposição de motivos do Código, Alberto dos Reis não atribui qualquer relevância ao princípio dispositivo.

Quanto ao princípio da *autoridade e actividade do juiz*, esse sim sempre enfatizado pelo mestre “o Código está elaborado sobre a base de que é o juiz quem dirige real e efectivamente todo o movimento do processo; e para exercer esta direcção e este comando, foi investido dos poderes necessários”⁽³⁷⁾.

De entre esses poderes refira-se:

- i) o *poder de promoção*, de ordenar officiosamente o que for necessário para o seguimento do processo (arts. 264.º e 266.º);
- ii) o *poder de instrução*, de determinar as diligências e actos necessários para o descobrimento da verdade (art. 265.º, n.º 3);
- iii) o *poder de disciplina*, de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório (art. 266.º).

⁽³⁶⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “O novo Código de processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 72.º ano: 164.

⁽³⁷⁾ *Idem*, 166.

Mas não se esgotam aqui os casos em que a lei confere poderes officiosos ao juiz. Se os houvéssemos de citar a todos, como adverte Alberto dos Reis, “seria um nunca mais acabar”⁽³⁸⁾.

Mesmo assim aluda-se à faculdade de o juiz, por sua iniciativa, suspender a instância (art. 284.º), à de fixar o valor da causa em montante diferente do acordado pelas partes (art. 319.º), à de não suspender uma deliberação social contrária à lei ou aos estatutos, se no seu prudente arbítrio, entender que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que poderá advir da execução (art. 404.º), à de fazer depender o arresto e embargos de obra nova da prestação de caução (arts. 411.º e 424.º) e ainda aos poderes de requisitar informações ou documentos a organismos oficiais, às partes ou a terceiros (art. 535.º, n.º 1), de ordenar officiosamente a realização de segunda perícia (art. 589.º, n.º 2), de, por sua iniciativa, realizar a inspecção judicial (art. 612.º, n.º 1), de inquirir as testemunhas no local da questão (art. 622.º), de ordenar a notificação, para depor, de testemunha não arrolada (art. 645.º, n.º 1), de, encerrada a discussão, ouvir as pessoas que entender e ordenar as diligências necessárias para o seu esclarecimento (art. 653.º, n.º 1), etc.

Claro que os referidos princípios não são um fim em si, mas determinados instrumentos postos ao serviço de certos objectivos: justiça *simples*, justiça *rápida e pronta*, justiça *económica*, justiça *leal e correcta* e justiça *real*.

O novo Código representa o ponto de chegada de uma obra, que durou treze anos, de construção de um processo que assumisse por inteiro o feitiço do Estado a que pertencia: um Estado anti-individualista e orgânico, um Estado com uma concepção totalitária da vida.

Em vez de o processo civil ser visto como um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo-lhe os meios para realizar o seu direito subjectivo, passou a ser entendido como um serviço que o cidadão presta ao Estado, fornecendo-lhe a ocasião para realizar o direito objectivo, porquanto “desde que se assina ao processo um fim público — o da realização da justiça — importa que as partes

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

tomem no processo aquela atitude e desenvolvam aquela actividade que melhor pode contribuir para a satisfação desse fim”⁽³⁹⁾.

9. O Decreto-Lei n.º 44.129, de 28 de Dezembro de 1961

Em Portugal, desde há algumas décadas, quando se faz uma reforma um pouco mais profunda em qualquer área do direito, há quase sempre uma tendência irresistível para se considerar que se fez um novo código.

Assim aconteceu também na área do processo civil, com a reforma de 1961, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 44.129 (e, mais próximo de nós, com a reforma de 2013).

A lei preambular de 1961 dispõe no art. 1.º que “é aprovado o Código de Processo Civil, que faz parte integrante do presente decreto-lei”, apesar de no n.º 3 do relatório que precede o diploma ter afirmado que “a reforma a que se procede (...) não envolve (...) uma substituição dos princípios fundamentais que a legislação processual vigente abraçou”.

Ora a reforma de 1961 foi acima de tudo um trabalho de restauro durante o qual se discutiram sobretudo “os materiais de construção”, mas deixando sempre intacto o espírito com que tinham sido utilizados os materiais anteriores⁽⁴⁰⁾.

A reforma surgiu, no essencial, para dar resposta às críticas formuladas contra o nosso sistema de oralidade, designadamente contra a constituição e funcionamento dos tribunais colectivos.

Para dar resposta a estas críticas, e como inovação mais importante do diploma, o legislador de 1961, mantendo embora a intervenção do tribunal colectivo na apreciação da matéria de facto, “com o

⁽³⁹⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *O novo Código de processo civil português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1945: 11.

⁽⁴⁰⁾ Em sentido próximo, JOÃO CASTRO MENDES quando afirma que o diploma de 61 “não é na realidade mais que uma nova redacção do Código de 1939”, *Direito Processual Civil*, Vol. I, AAFDL, 1997: 143.

fim de evitar os graves inconvenientes da apreciação livre das provas por um único juiz” (cf. n.ºs 11,12 e 13 do relatório), instituiu a *obrigatoriedade da fundamentação* das respostas dadas aos quesitos, “no manifesto intuito de obrigar os juizes a acompanharem atentamente a produção da prova, a precaverem-se contra o impacto especial das primeiras ou das últimas inquirições e a passarem pelo crivo da *razão* as meras impressões de raiz *intuitiva* ou de carácter *emocional*”⁽⁴¹⁾.

Assim, de acordo com a nova redacção dada ao art. 653.º, n.º 1, CPC, o acórdão do tribunal colectivo que julgar a matéria de facto terá de especificar os “fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador”, *relativamente aos factos que declare provados*, não se exigindo fundamentação para as respostas negativas.

Continuando a inexistir uma efectiva e rigorosa documentação da prova oral produzida em primeira instância e um igualmente efectivo recurso sobre a matéria de facto, este passo em direcção à fundamentação das decisões pode ser visto como excessivamente tímido e na prática irrelevante. Na base do restaurado edifício do processo conservaram-se intactos os mesmos três pilares fundamentais — actividade do juiz, oralidade e concentração — sobre os quais assentou um conjunto considerável de disposições novas ou modificadas, sempre com referência àqueles princípios e participando do espírito autoritário que os anima⁽⁴²⁾.

10. O Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho

A primeira reforma do processo civil, pós-25 de Abril, só foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, e abrange 70 artigos do Código.

Aumentou-se o âmbito do conhecimento officioso do juiz em sede de incompetência relativa, designadamente nas acções de

⁽⁴¹⁾ ANTUNES VARELA, *et al.*, *Manual do Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1986: 34.

⁽⁴²⁾ O Código de 39 sofreu ainda uma outra reforma em 1967, com o propósito de o adaptar aos novos institutos do novo Código Civil de 1966.

falência, nos processos cuja decisão não seja precedida de citação do requerido, nas acções reais e nas emergentes de acidentes de viação (art. 109.º, n.º 2), erigiu-se como regra a existência de apenas dois articulados (petição inicial e contestação), acentuando os elementos preclusivos do sistema (arts. 467.º, n.º 1, al. c), 489.º, n.º 1, e 502.º), simplificou-se a organização da especificação e do questionário, admitindo-se o recurso à técnica da remissão para os articulados (art. 511.º), limitou-se o direito de recurso à circunstância de o valor da sucumbência exceder metade da alçada do tribunal de que se recorre (art. 678.º).

Como se vê, soluções que não primam pelo garantismo e que deixam muito a desejar a quem se bata pelo “ideal democrático de se conseguir melhor justiça, através de maior liberdade”, ideal que a restauração da democracia em 1974, sua constitucionalização em 1976 e a adopção pelo nosso país, em 1978, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem eram as primeiras a incentivar.

Mais ainda: a reforma intercalar era particularmente chocante — senão escandalosa — quando tornou a audiência preparatória facultativa em qualquer hipótese, mesmo quando se tratava de, findos os articulados, o juiz conhecer, sem necessidade de mais provas, do pedido ou de algum dos pedidos principais ou do pedido reconvenicional (art. 508.º)⁽⁴³⁾.

A faculdade discricionária então conferida ao juiz de julgar antecipadamente de mérito sem audiência, demais a mais quando se reduziram a dois os articulados normais, ou seja o âmbito da discussão anterior ao despacho saneador, não tem defesa possível e contraria o art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Enrico Tullio Liebman ensinava que “todas as actividades que se realizam até o despacho saneador, inclusive, têm a natureza de uma *contentio de ordenando iudicio* e a função de abrir o caminho e preparar tecnicamente o verdadeiro debate sobre a lide, que deve fazer-se na audiência. Este debate não pode ser preterido, porque é

(43) FRANCISCO SALGADO ZENHA, “Novas perspectivas do processo civil: processo civil e democrático. Depoimento de um advogado”, 3.º Congresso dos Advogados Portugueses: *Relatórios e comunicações*, Porto, 1990: 482.

a fase central, essencial, decisiva de todo o processo. Sua omissão só é possível no caso de não poder haver conhecimento do mérito”(44). A eliminação da audiência obrigatória, para além de impedir o debate oral entre as partes, retirou-lhes a única oportunidade que a lei lhes tinha concedido para dar desenvolvimento às suas razões; a súbita decisão da lide no saneador, sem prévia audiência das partes, constitui uma surpresa que, podendo embora contribuir para um andamento rápido da causa, prejudica necessariamente a defesa dos interessados(45). Liebman elogiava o regime do processo civil português anterior à reforma intercalar, ao prever como obrigatória a audiência, em caso de julgamento da causa juntamente com o saneamento do processo. Foi pena que o legislador português, sempre receptivo às doutrinas alheias, não tivesse desta vez meditado nos bons argumentos que vinham de fora.

11. Os Decretos-Leis n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e n.º 180/96, de 25 de Setembro

A reforma de 95/96 constitui a penúltima grande reforma do processo civil declaratório português (entretanto o DL n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, estabeleceu a possibilidade de documentação ou registo das audiências finais e da prova).

Em 1990, na comunicação que fez ao 3.º Congresso dos Advogados, a que acima aludi, Salgado Zenha constatava que o processo civil, em Portugal, se encontrava numa encruzilhada histórica: ou optava pelo progresso ou pelo regresso.

Infelizmente optou-se por aprofundar a tendência regressiva.

Existem, claro está, inovações positivas. De entre estas, destaco: o reforço da dimensão do contraditório, levando à proibição de convalidações inesperadas ou do proferimento de “decisões surpresa” (art. 3.º, n.º 3); a possibilidade de as partes, por acordo, pror-

(44) ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook editora, Araras, 2001: 90.

(45) *Idem*, 92/93.

rogarem qualquer prazo para a prática de actos processuais, dentro do limite do dobro do prazo legalmente previsto (art. 147.º, n.º 2); a possibilidade de a citação do réu ser feita por mandatário judicial ou por pessoa por este credenciada (arts. 233.º, n.º 3, 245.º e 246.º); a faculdade de as partes, por acordo, suspenderem a instância, ainda que não podendo ultrapassar o limite imperativo de seis meses (art. 279.º, n.º 4); o abandono do “dogma da prioridade”, com consequente possibilidade de se conhecer do mérito da causa sem prévia verificação dos pressupostos processuais e regularização da instância (art. 288.º, n.º 3); a maleabilização do ónus de impugnação especificada (art. 490.º); a previsão de uma “audiência preliminar”, em substituição da desgastada audiência preparatória, erigida “em amplo espaço de debate aberto e corresponsabilizante entre as partes, seus mandatários e o tribunal, de forma que os contornos da causa, nas suas diversas vertentes de facto e de direito, fiquem concertada e exaustivamente delineados” (art. 508.º, A); a gravação das audiências e o registo de prova (art. 522.º, B); a eliminação do efeito cominatório pleno, por falta de contestação, nas acções sumárias e sumaríssimas (arts. 783.º e 795.º), etc.

Todavia, o que sobretudo merece ser posto em relevo é o claro reforço dos poderes do juiz, o qual não se vê como compatibilizar com o lema que deveria presidir à elaboração de qualquer processo verdadeiramente garantístico e democrático, a saber “melhor justiça com maior *liberdade*”.

Na reforma de 95/96 o juiz conserva, entre outros, os poderes, já constantes da versão originária e a que aludi no ponto 7 deste trabalho.

Tendo erigido em linha essencial da reforma o reforço da inquisitorialidade do tribunal⁽⁴⁶⁾, o legislador de 95/96 não se satisfaz com a anterior repartição de poderes entre as partes e o juiz, já em si desequilibrada e não isonómica.

Foi fortemente atenuado o princípio segundo o qual a responsabilidade pela selecção e introdução dos factos no processo per-

(46) MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lex, 1997: 62, ss.

tence exclusivamente às partes; passou-se a acolher com naturalidade e amplamente a existência de “articulados judicialmente estimulados” (art. 508.º, n.º 1, alínea *b*) e n.º 3); ao tribunal foi conferido o amplo poder de, por iniciativa própria, investigar factos instrumentais, durante a instrução e discussão da causa (art. 264.º, n.º 2); em homenagem à concepção do processo civil como instituição, que coloca em primeiro plano o interesse da colectividade, robusteceu-se o poder de direcção formal do processo pelo juiz, apenas limitado quando exista “um ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes” (art. 265.º, n.º 1); atribuiu-se ao magistrado o poder de providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação (art. 265.º, n.º 2); alargou-se substancialmente os poderes instrutórios, de natureza oficiosa, do tribunal, *v. g.* com a incumbência de o juiz investigar os factos alegados pelas partes (art. 265.º, n.º 3), com o poder de iniciativa do juiz, em sede de depoimento de parte (art. 552.º, n.º 1), com a faculdade de o tribunal inquirir oficiosamente as testemunhas prescindidas pela parte que as ofereceu (art. 619.º, n.º 2), com a ampliação das hipóteses em que é permitida a inquirição oficiosa de testemunhas não oferecidas pelas partes (art. 645.º, n.º 1), com a “desconsideração” de determinados “sigilos” ou “confidencialidades” legalmente reconhecidos, sempre que deva prevalecer a verdade material (arts. 519.º e 519.º-A), etc.⁽⁴⁷⁾.

Não ficam por aqui as manifestações da publicização do processo acolhidas na reforma de 95/96. Lembro, por exemplo, que, para espanto, entre outros, de Tarzia⁽⁴⁸⁾, se estabelece a tutela criminal das providências cautelares decretadas (art. 391.º) — para prestigiar a justiça... em matéria de cognição sumária, mas já não na plena — se permite que o juiz convole a providência requerida para aquela que considere adequada à prevenção do dano receado (art. 392.º, n.º 3), com preterição do princípio do art. 661.º, e se restringe a liberdade de participação contraditória ao ampliar o dever de litigância de

⁽⁴⁷⁾ CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004: 256, ss.

⁽⁴⁸⁾ GUISEPPE TARZIA, “Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1999, n.ºs 1 e 2: 250.

boa fé (arts. 266.º-A e 456.º, n.ºs 2 e 3), passando a má fé a poder fundar-se, não apenas em comportamentos dolosos, mas também em comportamentos gravemente culposos, designadamente quando a parte omitir com negligência grave factos desfavoráveis [art. 456.º, n.º 2, alínea b)], e, ainda, na omissão grave de deveres de cooperação.

Para contrabalançar o reforço do inquisitório, foi escolhido o paradigma da “comunidade de trabalho”, isto é, um processo baseado, não na lógica do jogo, da disputa ou da estratégia, mas na lógica da informação e da cooperação: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados e as próprias partes cooperarem entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” (art. 266.º, n.º 1, nova redacção).

Esta cooperação seria reforçada pelo princípio da igualdade substancial das partes⁽⁴⁹⁾: “O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações e sanções processuais” (novo art. 3.º-A).

Ora, nenhum destes princípios tem a virtualidade de transformar a parte real — “alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional”⁽⁵⁰⁾ — num tipo ideal de parte — “que pressupõe claramente um homem que, com a maior isenção, possa apresentar a sua versão dos acontecimentos ao tribunal pedindo apenas aquilo que a lei lhe permite e ajudando, tanto o tribunal, como a parte contrária, na recolha de tudo quanto permita chegar ao resultado final justo”⁽⁵¹⁾.

Só por utopia ou ingenuidade se pode querer tornar o processo um alegre passeio de jardim que as partes percorrem de mãos dadas na companhia do juiz⁽⁵²⁾. Ou, dito de outro modo, nas palavras de Montero Aroca: “...as repetidas alusões a que o processo é um meio para que as partes e os seus advogados colaborem com o

(49) PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003: 111.

(50) *Idem*, 112.

(51) *Ibidem*.

(52) ADOLFO ALVARADO VELLOSO lembra que o litígio socialmente é uma guerra... sem armas, e “não alegre passeio dos contendores de mãos dadas pelo parque”, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005: 98, nota 50.

juiz na obtenção do mais justo, na descoberta da verdade ou da justiça material, só se compreendem num contexto ideológico que pressupõe como subentendido que os cidadãos não têm direito a “lutar” pelo que crêem que é seu e a fazê-lo com todas as armas que lhes proporciona o ordenamento jurídico”⁽⁵³⁾.

Por outro lado, pode legitimamente questionar-se se o correcto exercício do dever assistencial por parte do tribunal — dever de assegurar a igualdade substancial das partes e de atribuir “uma espada maior a quem tem o braço mais curto” — não pressupõe também um tipo ideal de juiz, que, para além de árbitro, faça também de treinador, em ordem a corrigir os erros técnicos das partes e a obter a “actuação da vontade concreta da lei”, mas sem dar mostras de parcialidade e sem anular ou diminuir, em relação a cada um dos litigantes, a equidistância que, como terceiro julgante, deve intransigentemente manter.

12. Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho

O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, aprovou um regime processual experimental (RPE), cujo preâmbulo proclama ter aprovado “um regime processual civil de natureza simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal”.

⁽⁵³⁾ JUAN MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001: 108. FRANCO CIPRIANI critica também a ideia de transformar o processo “num lugar onde, sob a iluminante presença do juiz, se discute pacatamente os aspectos da controvérsia, se esclarecem lealmente os pontos obscuros e se eliminam os equívocos e os erros, não só aqueles da parte contrária, mas também, por correção, os próprios, de maneira a fazer triunfar a verdade e a fazer depressa e bem justiça a quem tem efectivamente razão” *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi...*, *op. cit.*: 22. Esta ideia romântica de pretender que as partes contribuam para a sua própria derrota, admissível e até desejável se sair vencedor do processo quem tiver “verdadeiramente” razão foi acarinhada, entre outros, diga-se de passagem, pelo ministro fascista Solmi. A concepção do processo como um *jogo para vencer* que põe frente a frente partes com interesses contrapostos e para quem o que conta não é tanto a justiça quanto a vitória, consta do conhecido artigo de PIERO CALAMANDREI, “Il processo come giuoco”, *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1995: 537, ss.

Com este diploma o legislador português deu o passo mais significativo até hoje dado no domínio da flexibilidade processual que impõe a adopção de regras processuais que consintam a adequação do rito às exigências de uma boa tramitação do caso concreto.

Na génese do RPE esteve a intenção de dar resposta, através de meios mais ágeis e eficazes, aos estrangulamentos provocados no sistema de justiça pelo recurso massivo aos tribunais, por parte de um número reduzido de utilizadores (bancos, seguradoras, outras sociedades financeiras, exploradoras de redes telefónicas, etc.).

O RPE introduziu no nosso ordenamento uma nova forma de processo aplicável a todas as acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial (art. 1.º).

Forma liberta de quaisquer vínculos com o valor da causa, que potencia os factores de complexidade de um sistema que passou a contar, ao lado de um processo comum rígido, com as três formas tradicionais, com mais uma forma de tutela “normal”, mas dúctil, aplicável apenas em alguns tribunais. É esta característica, e não o tipo de matérias em causa, que lhe confere especialidade.

O RPE “entrou à experiência” no dia 16 de Outubro de 2006, em três comarcas das áreas metropolitana de Lisboa e do Porto, escolhidas pela sua elevada movimentação processual (art. 21.º, n.º 2), prevendo-se a sua revisão no prazo de dois anos, a contar da data da sua entrada em vigor (art. 20.º, n.º 2).

Como tem sido hábito entre nós, o experimental tornou-se definitivo, primeiro com a revogação deste n.º 2 pelo DL n.º 187/2008, de 23 de Setembro e, depois, com a integração das soluções encontradas em 2006 na reforma de 2013.

A centralidade do juiz foi proclamada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 108/2006, logo no quarto parágrafo: “Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das normas”.

E como ponto culminante do RPE temos o art. 2.º, sob a epígrafe “dever de gestão processual”, cuja redacção vale a pena reproduzir: “*O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente:*

- a) *Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir;*
- b) *Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório;*
- c) *Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei”.*

A norma enuncia um princípio geral — a direcção do processo pertence ao juiz — e depois elenca, sem carácter taxativo, três tipos de actuação em que essa direcção se traduz: *adequação, eficiência e agilização*⁽⁵⁴⁾.

O RPE aglutina numa só norma, ampliando-os, os poderes previstos nos arts. 138.º e 265.º-A, CPC, respectivamente para a ordenação formal dos actos e para a forma e conteúdo dos actos em particular [alínea a)], os poderes de disciplina já contidos nos arts. 137.º e 265.º, n.º 1, *in fine* [alínea b)] e acrescenta-lhes um poder genérico de agilização processual [alínea c)].

De entre todos esses poderes é o da alínea a), primeira parte, que se destaca. Já não é só a adequação formal que está em causa. A realidade é já outra.

Luís Lameiras refere, com razão, que “o RPE *subordina* a tramitação prevista na lei e a ela *sobrepõe* aquela que o juiz entenda em seu critério dever estabelecer, no cumprimento da obrigação normativa de, por decisão sua, adoptar a sequência de actos concretamente mais ajustada ao caso”⁽⁵⁵⁾.

O que significa que não se trata já de ajustar a tramitação legal às especificidades da lide; “o que lei manda é que, diante da causa concreta — de cada processo — o juiz — de modo activo e positivo — descubra e determine a tramitação processual mais ajustada a ela. Sendo essa a tramitação que densifica a *forma de processo* do caso”⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual Experimental*, Almedina, Anotado, 2006: 32.

⁽⁵⁵⁾ LUÍS BRITES LAMEIRAS, *Comentário ao Regime Processual Experimental*, Almedina, Coimbra, 2007: 31.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

Outros limites aos poderes de cognição do juiz foram abolidos. Anteriormente estava vedado que, por qualquer via, se modificasse a extensão e profundidade do accertamento.

O RPE prevê que “*quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal*” (art. 16.º).

Trata-se de uma solução importada do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) de 2002 (art. 121.º) que permite que o juiz antecipe a decisão final, num procedimento cautelar, desde que estejam alegados e tenham sido objecto de prova os factos principais relativos ao direito alegado, estejam preenchidos os requisitos para o deferimento da providência e as partes tenham sido ouvidas⁽⁵⁷⁾.

A alínea *b*) do citado artigo, por sua vez, nada acrescenta de novo. Limita-se a ampliar os poderes já consagrados nas normas processuais supra citadas “obrigando-se o juiz a um olhar atento aos actos praticados por todos — por ele próprio, pelos funcionários do tribunal, pelos mandatários das partes”⁽⁵⁸⁾.

Já a alínea *c*) representa uma novidade. O nosso processo contém um mecanismo de agilização. Refiro-me à apensação (art. 267.º) correspondente *grosso modo* à *connessione* e à *riunione* do CPC italiano (arts. 40.º, 273.º e 274.º).

Através da apensação dá-se a junção de causas conexas quando propostas separadamente. Obtém-se economia de actividade com a unidade de instrução, e uniformidade de julgamento com a unidade de decisão.

O RPE veio acrescentar novos mecanismos [*agregação de acções* — art. 6.º — a *desagregação* prevista no art. 7.º — simplificação da sentença que passa, em regra, a ser ditada para a acta —

(57) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual...*, *op. cit.*: 151, ss.; SOFIA HENRIQUES, *A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006: 113, ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007: 717, ss. Muito crítico sobre esta convolução, LUÍS LAMEIRAS, *op. cit.*: 21, ss.

(58) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual...*, *op. cit.*: 35.

art. 15.º, n.º 3 —, com julgamento conjunto de facto e de direito (n.º 1), podendo a decisão da matéria de facto e a motivação de direito serem feitas por remissão para as peças dos autos ou para acórdão uniformizador da jurisprudência, respectivamente — n.ºs 1 e 5].

Sem prejuízo da agilização processual, o RPE apresenta uma estrutura-padrão que se mantém na linha tradicional das quatro fases processuais: fase dos articulados (arts. 8.º e 9.º); fase do saneamento e condensação (art. 10.º); fase da instrução (arts. 12.º a 14.º); fase do julgamento (art. 15.º).

Mas essa estrutura é uma estrutura-base, uma matriz, a que o juiz pode aderir ou não, e na plena assunção dos seus deveres de gestão e do papel de juiz-demiurgo afastá-la, sobrepondo-lhe uma outra fruto da sua imaginação processual⁽⁵⁹⁾.

O RPE reduziu o número de articulados, em regra, para dois (petição e contestação), como no sumaríssimo, só em casos restritos permitindo a réplica (art. 8.º, n.ºs. 1, 2 e 3); obrigou as partes a apresentarem o requerimento probatório com os articulados (art. 8.º, n.º 5); só admite 3 testemunhas por cada facto, no máximo de dez (art. 11.º, n.º 3), como no sumário, reduzindo assim para metade o número máximo permitido no actual processo ordinário; em regra, como no sumaríssimo, as testemunhas são apresentadas pelas partes (art. 5.º, n.º 5); também como no sumaríssimo e na acção declarativa especial e ao contrário do processo comum ordinário, as alegações de facto e de direito, finda a produção de prova, são orais e realizam-se em simultâneo (art. 14.º, n.º 3); ainda como na forma mais abreviada de processo a sentença julga a matéria de facto e de direito (art. 15.º, n.º 1). Tudo em nome da economia e da simplificação do processo.

Esta estrutura-padrão é entregue na mão do juiz para que a molde ou substitua segundo a especificidade da causa e a finalidade dos actos.

⁽⁵⁹⁾ “Mesmo quando o juiz adere à tramitação estabelecida pela lei, no quadro do RPE, ainda aí, o alicerce de legitimidade dessa concreta tramitação, da (nova) forma de processo, não resulta rigorosamente da lei, mas da decisão — que pode ser meramente tácita — que facultou essa adesão como a mais ajustada naquele caso concreto”. LUIS LAMEIRAS, *op. cit.*: 31.

O juiz pode assim, tendo em conta o seu dever de gestão processual, dar às partes a possibilidade de apresentarem mais articulados⁽⁶⁰⁾, permitir o aperfeiçoamento dos requerimentos probatórios⁽⁶¹⁾, optar, findos os articulados e sem ouvir as partes, por proferir despacho pré-saneador, julgar imediatamente a causa, proferir saneador e condensação, com dispensa de audiência preliminar; convocar uma ou mais audiências preliminares, com ou sem elaboração daqueles despachos, marcar audiência final⁽⁶²⁾, etc.

Ao lado da possibilidade de o juiz poder decidir de mérito de imediato, findos os articulados, sem debate e alegações das partes, cuja conciliação com o art. 6.º da CEDH parece problemática, encontramos outras soluções tão ou mais preocupantes.

Em primeiro lugar, a norma do art. 11.º, n.º 4: “*O juiz recusa a inquirição [de testemunhas] quando considere assentes ou irrelevantes para a decisão da causa os factos sobre os quais recai o depoimento*”.

Como refere França Gouveia “esta norma é, à primeira vista, arrepiante. É muito, muito perigosa, já que deixa na disponibilidade do juiz a produção da prova. Faz lembrar tempos recentes em que o julgamento da matéria de facto era, na prática, incontrolável”⁽⁶³⁾.

Menos arrepiante, mas não menos autoritária, é a imposição aos advogados do dever de indicarem expressamente ao tribunal o serviço que os impeça de aceitar a data proposta pelo magistrado para a realização das diligências judiciais (art. 10.º, n.º 3) e a já referida obrigatoriedade de apresentação dos requerimentos probatórios com os articulados, que bem pode ser vista como limitação inaceitável do direito à prova⁽⁶⁴⁾.

Para contrabalançar as coisas e não ser mais intrusivo na já ampla “zona de indiferença”⁽⁶⁵⁾ dos intervenientes forenses, o RPE

(60) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual...*, op. cit.: 87.

(61) *Idem*, 89.

(62) *Idem*, 109.

(63) *Idem*, 121.

(64) *Idem*, 94.

(65) A “zona de indiferença” é o espaço imaginário em cujos limites um indivíduo aceita estar subordinado à autoridade de outro em contrapartida de um conjunto de compensações.

criou mecanismos destinados “a incentivar e premiar a colaboração das partes entre si e com o tribunal” (arts. 9.º, 13.º e 18.º).

Todavia, as apostas do RPE não passaram necessariamente por estes mecanismos; passaram sim pela premissa “de que só o órgão judicial está em condições de garantir que o processo tenha uma marcha regular e produza um resultado justo com o menor dispêndio de tempo possível”⁽⁶⁶⁾.

13. A Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho

Esta lei, culminando um caminho particularmente errático⁽⁶⁷⁾ percorrido sob a pressão da Troika, aprovou o que chamou Código de Processo Civil.

Não vou perder mais palavras para demonstrar o que hoje considero ser patente para todos: não estamos perante um novo Código, mas sim em face da reforma da reforma de 95/96⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ ELÍCIO BORGES, INÊS SETIL, *Breve comentário ao regime processual experimental aprovado pelo DL n.º 108/2006, de 8/6*, Scientia Iuridica 306 (2006): 318.

⁽⁶⁷⁾ JOSÉ ACÁCIO LOURENÇO, “Os direitos das partes no processo civil após a reforma do Código de Processo Civil, em 2013: avanço ou retrocesso?” *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73: 481.

⁽⁶⁸⁾ O legislador de 95/96 o qual operou a mais profunda reforma jamais ensaiada do código 39 não ousou autodenominá-la novo código. Lê-se, no preâmbulo do DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro: “Optou-se, na elaboração desta revisão do Código de Processo Civil por proceder a uma reformulação que, embora substancial e profunda de diversos institutos não culmina na elaboração de um Código totalmente novo. Na verdade, para além de tal desiderato se revelar, em boa medida incompatível com os limites temporais estabelecidos para o encerramento dos trabalhos, não se procurou, através dela, uma reformulação dogmática ou conceptual das bases jurídico-processuais do Código, mas essencialmente dar resposta, tanto quanto possível pronta e eficaz, a questões e problemas colocados diariamente aos diferentes sujeitos e intervenientes nos processos, conferindo a este maior celeridade, eficácia e justiça na composição dos litígios”. O legislador de 2013, mais destemido, não hesitou em adornar-se com galões que não lhe pertencem: “O acervo de alterações ora introduzidas permite classificar esta reforma como a mais profunda realizada no processo civil português desse 1939, o que, só por si, justifica que estejamos perante um novo código de processo civil, com nova sistematização, sendo de referir a transferência das disposições relativas à instrução do processo, bem como a eliminação de alguns processos especiais que, actualmente, já não se justificam”. No sentido do texto, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)”,

Se se tratasse de um código inteiramente novo, não se justificava uma renumeração, mas uma normal numeração de raiz, nem se sentia a necessidade de procurar incessantemente as diferenças entre a lei nova e a antiga, com o recurso às indispensáveis tabelas de correspondência.

A reforma introduziu apenas algumas alterações de pequena monta ao regime anterior sendo as mais significativas relativas à configuração da introdução dos factos no invólucro processual, à inclusão no articulado do princípio de gestão processual, à inversão do contencioso nos procedimentos cautelares, à introdução de dois novos meios de prova (declarações de parte e verificações judiciais não qualificadas); à eliminação da réplica e da tréplica; ao abandono da fixação dos factos assentes e organização da base instrutória e sua inclusão no julgamento da matéria de facto na sentença, etc.⁽⁶⁹⁾.

Em suma, permanecem as linhas de orientação e os princípios estruturantes de 95/96 com importação de soluções consagradas no RPE.

Na Exposição de Motivos que acompanha a Proposta de Lei n.º 113.º /XII, de 22.11.2012, esclarece-se: “mantém-se e reforça-se o poder de direcção do processo pelo juiz e o princípio do inquisitório (de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias,

ROA 2013:23, ss (“Trata-se, sim, de uma pequena reforma da lei processual civil, em sentido que, como aliás se reconhece na exposição de motivos da proposta de lei do governo, pretendia aperfeiçoar e rematar a grande reforma empreendida em 1995-1996”) e “A mentira dum novo Código de Processo Civil”, Jornal “Público” de 25-11-2012 (“A sistematização das matérias pouco foi alterada e, mantendo-se intacta a maioria das normas, a sua passagem para outros artigos é perturbadora: perder-se-á tempo a localizá-las, terá de se fazer a correspondência entre artigos, ao ler uma monografia, um estudo ou uma sentença anterior à mudança, os autores de lições e manuais ocupar-se-ão a alterar as citações da lei; bases de dados organizadas por artigos terão de ser adaptadas. Não parece que esta seja a melhor maneira de dar trabalho aos cidadãos. Não se trata antes de profunda indiferença (ou desprezo) do legislador pelo trabalho alheio?”) e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “O Princípio Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A incessante Procura da Flexibilidade Processual”, ROA, 2013: 599 (“Este não é um Código novo — antes pelo contrário este é um código que, lido de certa forma, pouco ou nada altera o anterior processo civil”).

⁽⁶⁹⁾ Para mais desenvolvimentos, JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA, SÉRGIO CASTA-NHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, 2013.

no ativo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efetiva e ativa direcção da audiência)”.
no ativo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efetiva e ativa direcção da audiência)”.

Um ponto absolutamente fulcral da reforma de 2013 foi, na verdade, o de manter e aprofundar os poderes/deveres de gestão e direcção material do processo por parte do juiz.

Vale a pena comparar este ponto com o seu oposto, tal como enunciado na Exposição de Motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola: “A nova Ley de Enjuiciamiento Civil continua a inspirar-se no princípio da justiça rogada ou princípio dispositivo, de que se extraem todas as suas razoáveis consequências, com a vista posta, não só em que, como regra, os processos civis perseguem a tutela de direitos e interesses legítimos de determinados sujeitos jurídicos, a quem corresponde a iniciativa processual e a configuração do objecto do processo, mas também em que os ónus processuais atribuídos a estes sujeitos e a sua lógica diligência para obter a tutela judicial que pedem, podem e devem configurar razoavelmente o trabalho do órgão jurisdicional, em benefício de todos”.

Num caso uma concepção que pode classificar-se claramente de publicística e na qual o princípio do inquisitório é o seu elemento determinante; noutra uma concepção garantista em que são as partes que determinam o objecto do processo e a classe de tutela pretendida, não cabendo ao juiz investigar e comprovar os factos alegados.

A nossa lei dedica o art. 6.º ao que chama dever de gestão processual. A maioria das normas de procedimento de qualquer lei ou código de processo são normas de gestão.

Constituem exemplos de normas de gestão processual: art. 151.º — marcação e início pontual das diligências; art. 267.º — apensação de acções; art. 520.º — poder de iniciativa de comunicação directa com o depoente; art. 591.º, n.º 1, al. g) — programação dos actos da audiência final; art. 602.º — poderes de direcção da audiência final; art. 604.º, n.º 8 — poderes de alteração da ordem de produção de prova, etc., etc.

Aplicada à solução dos litígios, a gestão visa a coordenação de todos os recursos disponíveis de forma coerente para resolver mais e melhor os litígios jurídicos. Gestão significa ter em conta a

norma de procedimento e aplicá-la de forma flexível, com eficácia e celeridade, mas sem esquecer que as pressas excessivas se pagam com erros e com o abaixamento da qualidade da justiça a que os cidadãos têm direito.

Por outro lado, na gestão coerente e racional dos litígios, tribunal e profissionais do foro são chamados a entender-se com mais propriedade e não a olharem-se com desconfiança e, muito menos, como inimigos.

O citado art. 6.º desdobra o dever genérico de gestão (“dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere”), em quatro outros deveres: *dever de promoção* das “diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção”; *dever de recusa* do “que for impertinente ou meramente dilatatório”; *dever de adopção* dos “mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”; *dever de sanção*⁽⁷⁰⁾.

A gestão processual embora instrumentalmente subordinada à finalidade de obtenção da decisão de mérito permanece uma gestão formal⁽⁷¹⁾.

Já no âmbito material do processo discute-se se o juiz pode interferir no pedido, no plano das provas e no da factualidade.

Relativamente ao pedido entendo, na esteira da doutrina maioritária⁽⁷²⁾, que para além dos apertados limites estabelecidos nos arts. 264.º e 265.º não é possível a alteração do pedido, designadamente fazendo actuar o princípio da cooperação.

Como diz Horst-Eberhard Henke, citado por Miguel Mesquita, “a concepção social do processo, na qual o juiz assume o

⁽⁷⁰⁾ PAULO RAMOS DE FARIA, ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Vol. I, Almedina, 2014: 53 ss e MIGUEL MESQUITA, *Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Processo Civil*, “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, ano 145: 91, ss.

⁽⁷¹⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2013: 228 e com ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil, Anotado*, 3.ª ed., Vol. I, Coimbra Ed., 2014: 23.

⁽⁷²⁾ CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Vol. I, Almedina: 265; PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo*, Coimbra Editora, 2003: 596; JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, *op. cit.*: 515 ss; em sentido contrário, MIGUEL MESQUITA, *op. cit.*: 99, ss.

papel de conselheiro das partes, ofende a imparcialidade do próprio juiz”. “E, pior, segundo as palavras do professor berlinense, acaba por reduzir a nada a função das partes: quanto mais activo se tornar o juiz, mais cresce a negligência destas”⁽⁷³⁾.

No que se refere ao plano das provas há largo consenso quanto aos poderes inquisitórios do juiz (art. 411.º). Tudo o que se disse acima no ponto 11 pode ser transposto, com as necessárias adaptações, para a reforma de 2013.

Mesmo em relação aos novos meios de prova introduzidos por aquela reforma (declarações de parte — art. 466.º — e verificações não judiciais qualificadas — art. 494.º) se admite ou impõe a iniciativa oficiosa⁽⁷⁴⁾.

Por último, no que se refere à determinação dos factos há muito que o processo civil português deixou de prestar atenção aos sábios conselhos dos antigos Mestres para quem os magistrados não deviam tomar conhecimento dos factos não alegados, ainda que resultem dos autos, por tal se revelar perigoso. Perigoso para a imparcialidade e *terzietà* do juiz, mas também para o princípio da igualdade das partes, princípio fundamental do processo civil: “Se ao juiz lhe repugna sentir-se encerrado nos limites da vontade dominadora das partes deve aceitar, pelo menos, o vínculo de uma consideração prática, isto é, que as partes são os melhores juizes da própria defesa e que ninguém pode conhecer melhor do que elas, que factos deve alegar e quais não deve”⁽⁷⁵⁾.

Por sua vez, Alberto dos Reis, ao explicar o regime do art. 664.º (relação entre a actividade das partes e a do juiz), afirmava: “As partes articulam determinados factos, como fundamento das suas pretensões; e ao mesmo tempo submetem esses factos a um determinado regime jurídico, apontando a lei, os princípios de direito, as

⁽⁷³⁾ MIGUEL MESQUITA, *op. cit.*: 103.

⁽⁷⁴⁾ Quanto às declarações de parte, PAULO RAMOS DE FARIA/ANA LUÍSA LOUREIRO, *op. cit.*: 397; em sentido oposto ISABEL ALEXANDRE, “A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, RMP, 134. Por outro lado, as partes não têm direito de requerer as verificações judiciais não qualificadas, JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil, Anotado*, 3.ª ed., Vol. 2.º, Almedina, 2017: 351.

⁽⁷⁵⁾ GUISEPPE CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Jovene Editore, 1965: 729.

regras de doutrina ou de jurisprudência que devem ser aplicados e tirando daí determinadas conclusões. Pois bem, é completamente diferente a posição do juiz perante as duas espécies de materiais que as partes lhe fornecem: no tocante aos materiais de facto, o juiz fica *vinculado*, no tocante aos materiais de direito, o juiz fica *livre*.

O tribunal só pode servir-se dos factos articulados pelas partes; não pode basear a sua decisão sobre outros, salvo se se tratar de factos *notórios* ou de factos revelados pelo exercício da função jurisdicional (art. 518.º)⁽⁷⁶⁾.

Na reforma de 95/96, o art. 264.º sob a epígrafe (princípio dispositivo), para além de manter a regra anterior, inovou ao estabelecer que o tribunal pode tomar em conta, mesmo oficiosamente, dos factos instrumentais que resultem da instrução e da discussão da causa, podendo ainda conhecer dos factos essenciais complementares ou concretizadores que resultem da instrução ou discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste a vontade de deles se aproveitar, após ser cumprido o contraditório.

Por fim, a reforma de 2013 ultrapassou todos os limites razoáveis porquanto o conhecimento daqueles factos essenciais passou a ser oficioso, deixando de depender da vontade do interessado⁽⁷⁷⁾.

Não por acaso, ocorreu um *apagão*⁽⁷⁸⁾ do princípio dispositivo que deixou de figurar no glossário da reforma.

É claro que o dispositivo ainda existe [entre outros, arts. 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, e 615.º, n.º 1, *d*) e *e*)] e continuará a existir enquanto houver os arts. 26.º, n.º 1, 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da CRP.

Todavia a actualização lexical não pode deixar de ter um significado, ainda que simbólico. E esse parece-me ser o de se querer redesenhar mais uma vez a relação entre as partes e o juiz, sem que para compreender o novo desenho seja necessário recorrer a uma concepção, “anquilosada”⁽⁷⁹⁾ ou não, daquele princípio, pois o que

(76) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de processo civil explicado*, Coimbra Editora, 1939: 416/417.

(77) Considerando esta posição incorrecta, mas fácil de corrigir, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “O princípio dispositivo...”, *op. cit.*: 614/615.

(78) A expressão é de FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*: 604.

(79) JOÃO CORREIA, *et al.*, *op. cit.*: 18.

passa a contar unicamente é o *interesse público* no aproveitamento do facto complementar ou concretizador cuja aparição no processo ocorreu tardiamente.

14. Conclusão

A reforma de 2013 foi em geral mal acolhida entre os profissionais do foro, cansados de sucessivas reformas ineficientes.

Não percebo a insistência do legislador em querer solucionar os múltiplos problemas do processo civil privilegiando a posição do juiz em relação às partes e aumentando os poderes oficiosos, receita que já se viu não dar resultado.

Quem se congratulou com a reforma foram os laboralistas que viram, com razão, no diploma de 2013 a “laboralização” do processo civil, tradicionalmente mais complexo e evoluído e de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

Ora, como refere Manuel Ramirez Fernandes “não deixa de ser paradoxal que o direito processual subsidiário evolua no sentido do direito processual subsidiado. O paradigma processual civil e laboral ficou mais próximo, as diferenças esbateram-se e já existe quem questione a necessidade de uma codificação autónoma do processo laboral”⁽⁸⁰⁾.

Se isto é exacto, já não estaremos a lidar apenas com as ideias “publicísticas” que inspiraram o processo civil desde 26, mas com outra realidade, bem mais inquietante.

⁽⁸⁰⁾ *Revista Pontos de Vista*, ed. 42, 2015:8. Sobre os princípios de direito processual de trabalho, RAUL VENTURA, “Princípios Gerais de Direito Processual do Trabalho”, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento ao Vol. XVI da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964: 31-50, que identifica três princípios: justiça célere, justiça pacificadora e justiça completa. Considerando que no Código de Processo de Trabalho de 1999 não se podem já identificar aqueles três princípios como específicos do processo do trabalho, ISABEL ALEXANDRE, “Princípios Gerais do Processo do Trabalho”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. III, Almedina, 2002:439. Pondo em destaque esta laboralização e concluindo que “hoje, mais do que nunca, o processo laboral é um processo civil especial”, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tem o direito processual do trabalho princípios próprios?”, *Estudos Apodit* 2, AAFD, 2016: 13-22.