

# SCIENTIA IVRIDICA

REVISTA DE DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO



**TOMO XLIX**

N.ºs 286/288 — JULHO / DEZEMBRO

2000

**UNIVERSIDADE DO MINHO**

Largo do Paço — 4704-553 Braga (Portugal)

E não subsistam, por último, quaisquer dúvidas acerca do facto de que não é a recorrente má aplicação dos princípios pelas Instituições (dizemos má aplicação tendo em vista os casos em que puramente não se ignora e suprime qualquer princípio) que converterá o vício em virtude.

PEDRO JORGE TEIXEIRA DE SÁ  
Assistente Estagiário da Escola de Direito  
da Universidade do Minho

## Atenuação do Princípio do Dispositivo: Êxito ou Frustração? (\*)

### I Preliminares

Os autores da Reforma do Processo Civil de 1995-96 talharam como metas fundamentais para a alteração legislativa do direito processual civil português o incremento da celeridade processual e a resolução definitiva dos litígios com base na verdade material dos factos.

O fortalecimento da intervenção do julgador, elevado a director do processo, e o reforço dos seus poderes assistenciais relativamente às partes do litígio foram os instrumentos privilegiadamente assumidos pelo legislador reformista para tentar alcançar, com êxito, tão exigentes objectivos.

O legislador da reforma percebeu que a concentração e a diversificação de litigiosidade de que os tribunais portugueses estavam (e continuam) a ser alvos exigia uma mudança no modelo estritamente dispositivo do direito processual civil português.

Percebeu, no entanto, igualmente, que apesar de necessária, a mudança empreendida não poderia ser radical sob pena de "melindrar" os actores judiciais que diariamente utilizam como instrumento de trabalho este direito adjectivo. Com efeito, muito embora reportando-se ao princípio da cooperação, o legislador dá conta desta preocupação quando no preâmbulo DL n.º 329-A/95 de 12 de Dezembro

(\*) Comunicação apresentada na Escola de Direito da Universidade do Minho, em 7 de Abril de 2000, no âmbito de uma conferência subordinada ao tema: "A Reforma Processual Civil: três anos depois".

(27) Permanece ainda vivo o aviso de FRANCISCO DE VITÓRIA, *De Iustitia et de Iure* IV, 15, n.º 3, apud CARVALHO, A. TAIPA DE, *Condicionalidade*, p. 43, nota 68: "o abuso na concessão de perdões gerais provoca o aumento da criminalidade, já que o delinquente sempre tem a esperança de vir a ser abrangido por um dos numerosos perdões que é hábito os reis concederem". Aliás, nas palavras de BOTERO, *Della Ragion di Stato*, Venezia, pp. 39 e 40, apud o mesmo Autor, *Condicionalidade*, p. 44, nota 68, "perdoar aquele que não tem qualquer desculpa de ignorância ou de justa dor não é fazer graça, mas cometer iniquidade".

confessa que, *"se tem consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo..."*

Decidiu, assim, como resulta do referido preâmbulo, proceder a *"uma ponderação entre os princípios do dispositivo e da oficiosidade"* em termos que auto-reputou como *"consideráveis e adequados"*.

Os tribunais funcionam, no contexto sócio-económico português, como instâncias privilegiadas e especializadas na resolução de conflitos que opõem as pessoas singulares e ou colectivas, muitas vezes, apenas, accionados depois de se terem fechado outros mecanismos informais de resolução, outras vezes, usados, em primeira mão, colocando-os no ponto zero de resolução do litígio que foram chamados a resolver.

As funções instrumentais e políticas dos tribunais só podem ser minimamente exercidas na medida em que estes cumpram as suas funções mais gerais, ou seja, as funções de carácter simbólico. De facto, a eficácia simbólica dos tribunais deriva do próprio garantismo processual, da igualdade formal dos direitos processuais, da imparcialidade, da admissibilidade de recurso e, eu acrescentaria aqui, e também, em grande medida, do reforço dos poderes do julgador relativamente aos poderes das partes.

A perda da eficácia processual afecta, necessariamente, a credibilidade simbólica na justiça o que determina a existência actual, em Portugal, de um movimento social que só aparentemente é paradoxal. Na verdade, se uns deixam de procurar os tribunais como instâncias privilegiadas para resolver litígios, preferindo resolver extrajudicialmente as questões ou recorrer a outras formas de resolução, pois sabem que uma vez accionado o recurso aos mesmos a efectivação dos seus direitos ou dos seus interesses ficará necessariamente muito mais distante no tempo; outros, paralelamente, recusam-se a resolver os litígios por via extrajudicial, pois sabem que os seus interesses – por exemplo o não cumprimento de uma obrigação de natureza pecuniária ou outra – estão mais acautelados (subentenda-se: pagarão mais tarde e talvez menos...) se determinarem os primeiros a recorrerem àquelas instâncias.

Como é sabido, a perda de eficácia dos tribunais, enquanto órgãos sanadores de conflitos, e a quase dissipação da função pedagógica dos mesmos deriva, essencialmente, da mutação da litigiosidade social, do crescente número de causas submetidas a tribunal e, particularmente, de um direito processual civil inadaptado e inade-

quado, incapaz de fazer face aos desafios quantitativos e qualitativos dos novos processos.

Esta mudança radical na litigiosidade social a que a Europa assistiu com maior acuidade na segunda metade do século XX determinou um movimento de PUBLICIZAÇÃO do processo, provocando a passagem de um processo apegado a uma ideologia liberal para um processo correspondente a um Estado Social de Direito.

Com efeito, já desde o início do século XX começou a caracterizar-se uma drástica insurreição contra o modelo do juiz passivo e contra o correspondente monopólio das partes na direcção material e processual do litígio. Começou, a partir desse momento, a desmoronar-se o modelo de juiz passivo, simples árbitro ou espectador da contenda judiciária estabelecida entre as partes, sarcasticamente conhecido entre os processualistas como "juiz marioneta", ou como o "convidado de pedra do processo".

Na sequência deste movimento crítico, ao juiz passou inicialmente, a ser reservado o exercício de um poder directivo formal da instância, passando a ter algumas funções assistenciais como a condução formal da instância, a defesa da igualdade material das partes, devendo, igualmente, contribuir para a simplificação e aceleração do processo e devendo conduzir, sempre que possível, à conciliação entre as partes. Por sua vez, às partes caberia conduzir a relação material litigiosa. Com efeito, e por um lado, ao juiz caberia permanecer passivo perante a relação material, pois entendia-se que esta se revela, mais nitidamente, através do livre jogo de petição/contestação (ou seja, da discussão das partes) do que através da actividade do juiz. Por outra banda, argumentava-se que seria impossível ao juiz conhecer, pela sua própria iniciativa, a verdade material da relação jurídica litigiosa que lhe é submetida, não sendo psicologicamente possível àquele o exercício, simultâneo, dos papéis de julgador e investigador.

Os códigos de processo civil de 1939 e de 1961 são, já, um exemplo claro da tendência – mesmo no âmbito das causas destinadas a efectivar direitos disponíveis das partes – de uma embrionária moderação do princípio do dispositivo, pois em qualquer um deles, apesar do "juiz ter o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer" (artigo 264.º, n.º 3 do CPC/61), este ainda não dispunha de poderes para impulsar subsequentemente o processo, nem podia oficiosamente determinar a produção de determinados meios de prova, não lhe era lícito conhecer do mérito da causa se notasse a ausência de um

pressuposto processual, nem investigar, officiosamente, os factos instrumentais não alegados pelas partes.

Todos aqui sabemos, no entanto, que a atribuição do poder inquisitório ao juiz para, também, no âmbito das causas relativas a direitos disponíveis, tomar as diligências, e fazer as intervenções que entender necessárias para apurar a verdade não foram, de forma alguma, suficientes para que se notasse a moderação da condução do processo protagonizada pelas partes.

Da prática processual de todos nós, teremos que concordar que, pelo menos até à vigência do novo código de 1995-96, o juiz continuou a ser, na prática, o convidado de pedra do processo. A considerar neste âmbito, apenas, uma única diferença: é que já não era a lei a elevar o juiz àquela qualidade distante das partes e da relação material litigiosa, mas ele próprio, a prescindir de utilizar, no seu dia a dia, os poderes inquisitórios que a lei generosamente, lhe concedia. A causa da inércia ou da passividade do julgador no processo já não tinha origem legal, mas judicial.

Ao apreciar este quadro, percebendo que os juizes, na sua generalidade, se demitiam de exercer poderes inquisitórios para apurar a verdade material dos factos, o legislador processual civil de 1995-96 partiu para esta reforma com o intuito expresso de mitigar um processo civil que ainda permanecia marcadamente dispositivo.

De uma forma geral, não se poderá negar ao legislador o mérito de ter perscrutado, correctamente, as razões do desuso por parte dos juizes dos seus poderes inquisitórios no âmbito das causas em que as partes exercem direitos disponíveis. Com efeito, para subverter a ideia ou, se quisermos, o preconceito, de que o juiz só lançaria mão daquele poder inquisitório naquele tipo de litígios, quando pretendesse "beneficiar" uma das partes da contenda, o legislador retirou aos julgadores um poder inquisitório e, em troca, impôs-lhes a obrigação, ou melhor dizendo, o *poder-dever* de investigar para lograr o apuramento da verdade, ainda que apenas no âmbito dos factos de que lhes é lícito conhecer.

Efectivamente, porque como acontece com a mulher de César, o juiz também não tem só que ser sério, mas, também, que parecer sério, o legislador funcionalizou o poder inquisitório do julgador, transformando-o num verdadeiro *dever de investigação de factos de que pode conhecer* por forma a apurar, de forma qualificada, a verdade material, retirando, assim, àquele o pretexto de que até aí dispunha para não assumir um papel mais activo neste tipo de processo e que, em última instância, se reconduzia à circunstância de não querer ser acusado de ter perdido a sua inerente imparcialidade na causa.

Aproximemo-nos, agora do código e analisemos os preceitos destinados a reforçar o activismo do juiz.

## II Estrutura dispositiva, inquisitória e cooperativa do Código Processual Civil de 1995-96

Julgo que não andarei muito longe da verdade se afirmar que o Código de Processo Civil se caracteriza, após a reforma de 1995-96, por preservar uma estrutura de base dispositiva, com manifesta acentuação dos poderes interventivos do julgador – mesmo nas causas em que se discutem direitos disponíveis das partes – alargados à matéria do impulso processual, dos poderes instrutórios officiosos e do aproveitamento de factos não alegados para fundar a sua decisão de mérito.

Para tornar pacífica a convivência destas duas forças dentro do processo, as quais, a meu ver, não se incompatibilizam, nem excluem, mas contrariamente se complementam, o legislador contou (ou pensou poder contar) com o precioso auxílio do princípio da cooperação entre o tribunal e as partes.

Significa isto que o reforço dos poderes inquisitórios do julgador não foi pensada pelo legislador, nem será conseguida pelo juiz, à custa de uma atenuação do poder dispositivo das partes, mas antes à custa da atenuação do sistema de preclusões e, ainda, do exercício prático da cooperação, especialmente entre as partes e o tribunal. Por isso, permito-me acrescentar que não concordo totalmente com a expressão atenuação do princípio do dispositivo das partes por deixar transparecer – sem que isso corresponda à verdade – que os poderes das partes saíram, de algum modo beliscados, com a reforma recente do direito processual civil português.

As partes continuam a ter os mesmos poderes de que dispunham na condução material da relação controvertida, mas agora, para bem da celeridade processual e para que o juiz logre proferir uma decisão justa (por corresponder à verdade material), o legislador entendeu dever retirar-lhes a exclusividade, ou se quisermos, o monopólio do exercício destes poderes atribuindo-os, também, ao juiz, embora sob a forma de incumbências.

O recente reforço dos poderes do juiz concentrou-se em dois vectores fundamentais.

Por um lado, o legislador consagrou o juiz, expressa e definitivamente, como director da instância. Por outro lado, entreabriu-

-lhe as portas para dirigir a condução material do processo.

No que se refere ao primeiro vector de actuação, ficou positivado que é ao juiz que cabe promover o impulso processual subsequente, excepto quando alguma disposição específica faça impender o ónus deste impulso sobre as partes. Com efeito, o artigo 265.º, n.º 1 do CPC determina que *"incumbe ao juiz providenciar pelo andamento célere e regular do processo, promovendo, oficiosamente, todas as diligências necessárias ao prosseguimento da acção recusando aquilo que as partes lhe pedirem que seja impertinente ou meramente dilatório"*. Por outro lado, ainda neste âmbito incumbe, igualmente, ao juiz o suprimento officioso da falta de algum pressuposto processual sanável ou de alguma nulidade, excepto se aquela falta só puder ser sanada com a modificação subjectiva da instância, situação em que apenas poderá convidar a parte a deduzir o correspondente incidente de intervenção de terceiros para sanar a mesma (artigo 265.º, n.º 2 do CPC). Quanto a este aspecto, cumpre não esquecer que na versão do Código revisto algumas excepções dilatórias que não eram supríveis passaram a sê-lo, como sucede com a personalidade judiciária e a coligação (artigos 8.º e 31.º do CPC) e, ainda, que com a reforma o juiz viu alargado o âmbito de conhecimento das excepções dilatórias passando a poder conhecer oficiosamente de algumas que até aí só podiam ser deduzidas pelas partes, bastando para tal recordar as recentes redacções dos artigos 110.º, 494.º e 495.º do CPC.

Finalmente, o n.º 3 do artigo 265.º do CPC atribui, expressamente, ao julgador o dever de realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

Sem querer causar polémica, sempre se poderá dizer que, após a reforma, as partes mantêm o ónus da prova dos factos por si alegados, isto é, da sua versão, mas ao julgador é, também, atribuído o "dever da prova ou dever de investigação da verdade material", e isto, sempre que a prova desta verdade não resulte espontaneamente daquelas.

Temos para nós, que as mudanças no espírito do artigo 265.º do CPC correspondem a um enorme salto qualitativo perante o artigo 266.º do CPC, seu antecessor, o qual apenas se limitava a conferir ao juiz poderes officiosos para que a justiça fosse pronta e justa. Com efeito, o artigo 264.º, n.º 3 do CPC/61 determinava que o juiz dispunha de poder para realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade quanto ao factos de que lhe é lícito conhecer".

No entanto, como já referi, a circunstância de se tratar de uma faculdade discricionária inibiu, desde sempre, os julgadores de lançar mão destes poderes, quer para tornar a justiça mais célere, quer para lograr decisões mais acertadas com a verdade material.

Além da transformação destes poderes em deveres, o legislador procurou, pontualmente, reforçar o papel do juiz, nomeadamente, quando nos termos da actual redacção do artigo 645.º, n.º 1 do CPC, lhe impõe a notificação de uma testemunha para depor quando, apesar de não ter sido arrolada por uma das partes, presumir, por qualquer circunstância, que essa pessoa tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa. Outro bom exemplo situa-se no artigo 535.º, o qual incumbe ao tribunal a tarefa de por sua iniciativa requerer informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objectos ou outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade.

Inexplicavelmente, em outros pontos (como no artigo 552.º do CPC) o legislador não foi tão claro quanto à atribuição de um dever de averiguação da verdade ao juiz...

No âmbito do segundo vector de reforço dos poderes judiciais, a reforma ampliou as situações em que ao juiz é lícito conhecer de factos que não foram alegados pelas partes quando o deviam ter sido, sem que se trate de factos subjectiva ou objectivamente supervenientes.

Assim, o tribunal tomará conhecimento officioso, para além dos factos notórios e daqueles que derivam de alguma forma do exercício das suas funções, dos factos instrumentais que não foram oportunamente alegados pelas partes, mas que resultaram da instrução ou da discussão da causa (264.º, n.º 2 do CPC); e dos factos complementares ou concretizadores de factos essenciais, que não sendo supervenientes, e não tendo sido alegados no momento processual próprio, se evidenciem na instrução e discussão da causa. Contudo, este último aproveitamento só é possível, desde que a parte a quem aqueles factos recentemente "descobertos" aproveitam, o requeira e, desde que o juiz permita à parte contrária o exercício do contraditório.

Ainda no âmbito do reforço dos poderes do juiz quanto à condução material do processo, não posso omitir uma referência à aparente remodelação sofrida pelos poderes do juiz relativamente ao objecto dos procedimentos cautelares.

Com efeito, o artigo 392.º, n.º 3 do CPC determina que *"o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida, sendo aplicável à cumulação de providências cautelares a que caibam formas de*

*procedimento diversas, o preceituado nos números 2 e 3 do artigo 31.º.*"

Aliás, o artigo 661.º, n.º 3 do CPC concretiza, ainda mais, o prescrito em termos gerais no preceito anteriormente citado quando determina que *"se tiver sido requerida a manutenção em lugar da restituição da posse, ou esta em vez daquela, o juiz conhecerá do pedido correspondente à situação realmente verificada."*

Em meu entender, qualquer uma destas normas consagrou, de forma inequívoca, que ao tribunal é permitido decretar uma providência distinta daquela que lhe foi solicitada, desde que os factos alegados pelo requerente permitam essa conversão. Tal significa que a decisão cautelar proferida pelo juiz pode ordenar uma providência diferente da que foi solicitada pelo requerente, desde que, em face dos factos alegados pelas partes o julgador julgue mais adequada para a situação realmente verificada o decretamento de uma outra medida.

O julgador parece, assim, poder assumir em sede de procedimentos cautelares, uma postura diversa daquela que lhe está legalmente reservada em sede de acções de cariz definitivo, pois, caso considere que o pedido do requerente não se adequa à matéria de facto alegada e efectivamente concretizada, pode e deve, em vez de se resignar, apenas, a não decretar a providência requerida, substituí-la por uma outra que não foi requerida, mas que em bom rigor, no entendimento do julgador, acautela, face à matéria alegada, de forma mais eficaz a tutela dos direitos do requerente ou a antecipação dos efeitos que através da acção definitiva se pretendiam atingir.

O artigo 392.º, n.º 3 do CPC confere ao juiz, em minha opinião, algo mais do que a mera possibilidade de emendar um erro de qualificação da medida ou uma mera correcção na forma de procedimento por parte do requerente.

Com efeito, no âmbito dos procedimentos cautelares, precisamente por ser o território específico das decisões provisórias, o julgador deixa de poder optar entre decretar ou não decretar a providência, e passa, necessariamente, porque não está adstrito à providência requerida, a contar com uma terceira opção decisória que é, exactamente, a de decretar uma medida que não foi a solicitada, por entender que a mesma se adequa melhor à realidade alegada e provada.

Detectados que foram os pontos nevrálgicos de alteração legislativa, é chegado, finalmente, o momento de avaliar o mérito das soluções introduzidas e revelar o recente desempenho dos principais actores judiciais no que concerne a tais alterações.

É, pois, tempo de balanço. É tempo, pois, de dizer o que a lei processual civil devia ser e não é, e o que os actores judiciais deviam fazer e não fazem.

### III Balanço

Em meu entender, se de uma forma geral, o legislador não foi tão longe quanto poderia ter ido para reforçar os poderes do julgador, também não é menos verdade que juizes e advogados se demitem variadas e sucessivas vezes das tarefas que lhe são cometidas pelo legislador processual civil.

O presságio das resistências à aplicação prática das soluções introduzidas pela reforma confirmou-se, e resultou, mesmo, potenciado porque o legislador, ingenuamente esqueceu que o reforço dos poderes inquisitórios e cognitivos do juiz nunca poderia resultar em pleno, desacompanhado de um efectivo apoio logístico.

Volvidos que são, hoje, mais de três anos sobre a vigência da reforma processual civil de 1995-96, é forçoso admitir que a generalidade dos actores judiciais ainda não entendeu, ou não quis entender, convenientemente, as "regras do jogo".

Na verdade, a circunstância do legislador ter nomeado o juiz como director formal do processo, incumbindo-o de sanar as excepções dilatórias supríveis que for detectando ao longo do mesmo, e desta forma lograr o andamento célere e regular da instância, ou incumbindo-o de fazer as diligências necessárias para o apuramento da verdade material e da justa composição do litígio, não implica necessariamente que as partes se demitam da tarefa de acompanharem diligentemente o processo.

Com efeito, se o juiz da causa omitiu o dever que o artigo 265.º, n.º 2 lhe impõe, isto é, se apercebendo-se da verificação de dada excepção dilatória suprível e de que pudesse conhecer não se preocupou com a sua sanação, ou se, deixou de ordenar ou realizar diligência manifestamente necessária à descoberta da verdade material, concretiza-se a verificação de uma nulidade secundária regulada pelo regime regra dos artigos 201.º, 203.º e 205.º do CPC. Ora se o legislador processual civil fez corresponder a uma omissão judicial desta natureza, uma nulidade secundária, (em vez de uma nulidade principal) sujeita a um regime de alegação e conhecimento mais apertado, tal não pode querer deixar de significar que foi intenção do legislador que as partes não se demitissem de estarem vigilantes. Quer isto dizer, que apesar do juiz ter o dever de sanar as excepções que puder sanar, as partes têm o ónus de se manterem em estado de alerta para poderem arguir a nulidade secundária atempadamente e, desta forma, controlarem a actuação judicial, sob pena de, não arguindo esta omissão, verem irremediavelmente perdida

a possibilidade de suscitem aquela questão ulteriormente.

Isto para dizer que se o julgador, na prática se tem demitido – como em minha opinião acontece mais vezes do que o desejável – de algumas destas incumbências, a culpa não pode só ser atribuída àqueles, pois também aos mandatários das partes é legalmente exigido que se mantenham vigilantes para se certificarem que o julgador cumpre as tarefas que, recentemente, e mercê da alteração do rumo do processo, o legislador lhe determinou.

Assim, numa perspectiva de co-responsabilização, o legislador da reforma impôs ao juiz que procurasse a verdade material, devendo investigar os factos de que lhe é lícito conhecer, isto é, suprimindo, desta forma, quanto àqueles, as insuficiências probatórias reveladas pelas partes no decurso da contenda.

Como têm reagido os juizes perante a imposição de tal dever? Em minha opinião, (determinada pela minha ainda curta experiência forense), e de uma forma geral, os juizes não têm querido exercer o papel de “investigadores”.

Até à reforma não exerciam o poder de investigação que lhes era legalmente conferido precisamente por ser um poder de natureza discricionária e, para utilizar uma expressão que já aqui foi usada, por ostentarem o “trauma da parcialidade”.

Agora, que a lei lhes impõe um dever de investigação violam-no, sistematicamente, e o que é mais grave, contam, para isso, com a cumplicidade (entenda-se passividade) dos advogados.

O pretexto no entanto, para não investigarem os factos, para não partirem à procura da verdade material e se contentarem com uma das verdades das partes, agora é outro. E o pior é que não é só um pretexto, é uma realidade. Com efeito, não posso deixar de reconhecer que a falta de equipamentos de que padecem os nossos tribunais, a ausência de assessores para os juizes, a concentração destes em tarefas exclusivamente burocráticas e, finalmente, o elevadíssimo número de processos distribuídos a cada um, são razões inequivocamente válidas para justificar a frustração a que o recente reforço dos poderes do julgador está necessariamente votada.

Apesar de todas as dificuldades e de toda a simpatia que possam merecer as justificações e reivindicações acabadas de referir, a verdade é que os actores judiciais, fundamentalmente, juizes e advogados, não podem esquecer que a procura da verdade material é, a partir da reforma, um dever que cabe ao julgador cumprir, não só nos processos de jurisdição voluntária, mas também no âmbito dos processos de jurisdição contenciosa. Tal significa, necessariamente, que as decisões de mérito podem ser abaladas pela violação deste dever judicial de

investigação e a gravação da prova não deixará de ser, certamente, um contributo importante para o controlo do cumprimento deste dever. Com efeito, basta imaginar a gravação de uma audiência de julgamento em que todas as testemunhas ou, uma parte significativa das mesmas referem que determinados factos da causa são do conhecimento de uma outra pessoa, que, contudo, não foi arrolada nem pelo autor nem pelo réu, e cujo nome referem, sistematicamente.

Ora, dúvidas não tenho que se o juiz, neste caso concreto, não convocar a testemunha para a ouvir, comete uma nulidade secundária, que, desde que oportunamente arguida, poderá mais tarde, permitir à parte perdedora recorrer, fundamentando o recurso na omissão do dever de investigação do juiz relativamente aos factos de que lhe era lícito conhecer, por violação do disposto nos artigos 265.º, n.º 3 e 645.º do CPC.

Finalmente, a generalidade dos juizes ainda não compreendeu que a partir da reforma de 1995-96, e no estrito âmbito das decisões meramente provisórias, ou seja, na regulação cautelar, não violam o princípio do dispositivo das partes se, em atenção à matéria alegada e provada, decidirem decretar medida concretamente diversa da requerida, quer esta se traduza ou não num minus relativamente àquela.

Por isso, continuam a produzir-se, no âmbito de procedimentos cautelares, e mesmo quando se demonstram preenchidos os pressupostos que justificam esta intervenção provisória do direito, decisões de não decretação da providência requerida, quando estava ao alcance do juiz decretar uma providência diversa da requerida que acautelasse os interesses do requerente.

Acabarei a minha intervenção com duas breves referências. Uma delas, ao alegado reforço dos poderes do julgador quanto ao poder cognitivo de factos não alegados pelas partes. Outra, destinada a criticar a circunstância de ao juiz não ser permitido, officiosamente, convocar ao processo determinadas pessoas como partes.

Qualquer um destes pontos revela os casos em que o legislador processual temeu ir mais longe. Senão vejamos.

O juiz só pode fundamentar a sua decisão em factos não alegados complementares ou concretizadores de outros essenciais anteriormente alegados, desde que os mesmos surjam na instrução ou discussão da causa, e desde que seja respeitado o exercício do contraditório, mas apenas se a parte a quem aproveitam declarar que os quer aproveitar. Cumpre fazer algumas considerações sobre este último pressuposto.

Com efeito, como refere o Prof. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, este requisito ou é inútil ou, então, é prejudicial. Por um lado, é por

demais evidente que se o facto que não foi alegado pela parte surge na instrução ou discussão da causa e concretiza ou complementa um outro facto essencial para a tese do autor ou do réu, já alegado por qualquer um deles, respectivamente, qualquer uma destas partes aceitará o seu aproveitamento sendo, conseqüentemente inútil ao juiz esperar pelo deferimento da parte quanto a este aspecto.

Se aquele pressuposto específico não tem efectiva utilidade para informar o julgador da intencionalidade da parte a quem o facto aproveita, pois a decisão dessa parte está subjacente à sua posição de parte, então temos forçosamente de concluir que a intenção do legislador ao fazer depender da parte o aproveitamento pelo juiz dos factos recentemente descobertos só pode querer significar que a última palavra sobre tal aproveitamento cabe sempre à parte, pelo que, em bom rigor, o juiz só aproveita os factos que a parte lhe permitir aproveitar. Ora, se assim é, a inclusão deste requisito é prejudicial. Com efeito, pode isto querer significar que o juiz pode, até, estar perto de conhecer efectivamente verdade material dos factos, nomeadamente pela alegação de factos novos concretizadores ou complementares de outros anteriormente alegados e contudo, porque a parte declara deles não se querer aproveitar, ou pura e simplesmente se remete ao silêncio, não poder fundar a sua decisão nos mesmos, fazendo de conta que os mesmos nunca resultaram da instrução ou discussão da causa, ou seja, fazendo de conta que não se apercebeu do seu surgimento. Mais uma vez, o legislador empurra o juiz para exercer o papel de convidado de pedra do processo, determinando-o a produzir uma decisão onde predominará a ficção.

Dito de outra forma, a ampliação dos poderes cognitivos do julgador quanto aos factos essenciais não resulta directamente de um reforço do poder inquisitório do juiz, mas antes do reforço dos poderes dispositivos das partes. Com efeito, após a reforma, as partes passaram a poder aproveitar factos que até então não podiam aproveitar porque não sendo nem subjectiva, nem objectivamente supervenientes, se encontravam definitivamente perdidos para o processo. Para o efeito basta que esses factos resultem, na expressão legal, "da instrução e da discussão da causa".

Argumentar-se-á que este efeito pernicioso ficará sempre anulado, e portanto não terá expressão prática, porque, como é evidente, determinada parte, apercebendo-se que da instrução, por exemplo de um depoimento de parte ou de um depoimento testemunhal resultaram factos daquela natureza nunca deixará de declarar que o pretende aproveitar. E até aceito que assim seja. Mas exactamente porque assim é, para que incluir esse requisito no corpo do artigo

264.º, n.º 3 do CPC? Por outro lado, sempre poderá argumentar-se que a inclusão daquele pressuposto tem, pelo menos, um efeito psicológico contraproducente, pois fica-se com a nítida sensação que as partes ainda podem, em última instância, impedir ou deliberadamente obstar que o juiz decida em conformidade com a verdade material, sem que este nada possa fazer para o evitar, bastando, para o efeito, que a parte interessada não declare expressamente que pretende aproveitar determinado facto com características subsumíveis ao n.º 3 do artigo 264.º.

Além disso, face ao preceituado neste preceito, e ainda que em situações muito pouco frequentes na prática, pode o juiz ser paradoxalmente recolocado pelo legislador numa posição embaraçosa, se no decurso de uma audiência que, após ter sido sucessivamente adiada por falta do mandatário e das testemunhas da parte que este representa, e que finalmente se realiza sem a presença daquele, o juiz se aperceber, durante o julgamento, de um facto complementar ou concretizador não alegado pela parte faltosa. Ora, uma vez que esta parte não está representada no referido julgamento, e face ao estabelecido no artigo 264.º, n.º 3 não restará ao juiz, nesta situação, senão a ingrata atitude de fazer tábua rasa do que ouviu, pois não poderá, sem a expressa aceitação da parte a quem aproveitam, fundar a sua decisão de mérito em tais factos.

Seria melhor que o legislador seguisse o exemplo do processo laboral e determinasse à semelhança do artigo 72.º, n.º 1 do recente DL 480/99 de 9 de Novembro que se no decurso da produção de prova surgirem factos não articulados (desde que complementares ou concretizadores de outros já alegados) que o tribunal considere relevantes para a boa decisão da causa, deve o tribunal ampliar a base instrutória ou se a ela não houver lugar, fundar a sua decisão sobre os mesmos desde que sobre eles tenha incidido discussão. Finalmente, o actual sistema do artigo 264, n.º 3 sugere a partes eventualmente menos escrupulosas e a mandatários dotados de um sentido deontológico menos apurado, a possibilidade de ficarem tentadas, apercebendo-se da falta de alegação de determinados factos a prepararem, previamente, os meios probatórios a produzir na instrução do processo, por forma a deliberadamente levarem ao conhecimento do julgador os factos essenciais não atempadamente alegados e, assim, que estes surgirem no decurso, por exemplo, de uma inquirição, prontificarem-se, rapidamente, a exprimirem a sua intenção de os verem aproveitados para o processo.

Por todas as razões aduzidas, julgo que a participação das partes, neste contexto, não pode exceder o exercício dos direitos daquelas em sede de contraditório.



Outro ponto em que o legislador poderia ter ido mais longe, concentra-se na circunstância de poder ter permitido ao juiz provocar directamente, nos casos de litisconsórcio necessário, a intervenção de terceiros por forma a suprir, oficiosamente, a verificação de uma ilegitimidade plural. Com efeito, precisamente, porque, nestes casos, é irrelevante a opção ou a vontade da parte sobre a forma ou meio de levar a cabo o suprimento, não teria custado ao legislador processual civil aproximar-se mais do regime vigente no âmbito do processo laboral, permitindo que o juiz mandasse intervir na acção qualquer pessoa sem ter que esperar que o suprimento decorra da parte, a convite do juiz (artigo 27.º, n.º 1 a) do CPT).

Chegou o tempo de colocar um ponto final nesta intervenção que já vai longa.

Não pude ou talvez, não quis esconder nas palavras, agora proferidas, a clara percepção da frustração teórica, mas também prática das linhas reformadoras do processo civil, nomeadamente no que toca ao apregoado reforço dos poderes do julgador e à consequente atenuação do poder dispositivo das partes.

É preciso não esquecer que, em termos estritamente simbólicos, o direito processual é tão substantivo quanto o direito substantivo e, por isso, ao legislador compete, a meu ver, limar algumas arestas na intervenção positiva. Mas, sobretudo, é chegado o momento dos actores judiciais despirem definitivamente complexos e preconceitos e comecem, com sabedoria, a rentabilizar os mecanismos processuais de que já dispõem para recolocarem o direito processual civil na sua função meramente instrumental, despojando-o daquilo que, durante décadas, o tem transformado apenas num fim.

A sabedoria, escreve GABRIEL GARCIA MARQUEZ, *"só nos chega quando não nos serve para nada."*

Só me resta esperar que a sabedoria, para bem da nossa Justiça, cheque a tempo!

ELIZABETH FERNANDEZ  
Assistente Convidada da Escola de Direito  
da Universidade do Minho

## Dos Articulados. Da Audiência Preliminar (\*)

1. Mais de três anos passaram sobre a entrada em vigor da Reforma Processual Civil, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro.

Vamos agora procurar – decorrido este lapso de tempo – analisar essencialmente o carácter inovador de algumas das medidas implementadas, no que concerne aos capítulos respeitantes aos articulados e à audiência preliminar no processo de declaração, e a justeza ou a inconveniência das mesmas, análise – como é óbvio – muito subjectiva, feita por alguém que há já bastantes anos deixou de trabalhar na 1.ª instância.

Eliminou-se a obrigatoriedade consignada na alínea f) do n.º 1 do artigo 467.º do Código de Processo Civil de, na petição, com que propõe a acção, o autor especificar os factos narrados no articulado que considera provados e aqueles cuja prova se propõe fazer, exigência que o artigo 488.º previa para a contestação e que o artigo 504.º mandava aplicar a todos os articulados.

Tal regime havia surgido com o Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, em cujo preâmbulo tal medida se justificava da seguinte forma: "além de se ter reduzido o número de articulados e de essa redução tornar menos difícil, em princípio, a selecção da matéria de

(\*) Comunicação apresentada na Escola de Direito da Universidade do Minho, em 7 de Abril de 2000, no âmbito de uma conferência subordinada ao tema: "A Reforma Processual Civil: três anos depois".