

# VÍRUS AUTORITÁRIO E PROCESSO CIVIL\*

LUIS CORREIA DE MENDONÇA

O tema central deste artigo é a opção pelo modelo adequado relativo ao papel do juiz no âmbito das correntes do processo civil contemporâneo. O autor começa por traçar uma evolução das concepções históricas do processo civil desde o século XIX até ao último quartel do século XX. Procura demonstrar que Código de Processo Civil português de 1939 estabelece um papel do juiz autoritário fundado numa ideologia fascista que consagrou assim o paradigma do juiz autoritário. Após a reforma de 1995/1996, e apesar da introdução do princípio da colaboração, foi reforçado o núcleo dos poderes de inquisitório e de discricionariedade do juiz, mantendo-se ainda hoje em vigor esse paradigma. O autor considera que essa concepção é desadequada, pois, por um lado põe em causa a imparcialidade da função jurisdicional e por outro faz apelo, de forma utópica a um espírito de colaboração entre as partes que em regra não existe na processualização de um conflito. Adere a uma outra concepção do papel do juiz no processo civil, denominada “garantismo judicial”, onde se concebe o juiz, essencialmente, como “um *juiz garante* ou *juiz guardião*”.

«Não se pode admitir a publicização daquilo que é privado — o litígio das partes. Tal convocação implicaria uma expropriação de direitos subjectivos que é, como é fácil de ver, inadmissível. A interferência do Estado, enquanto poder judicial, nos assuntos privados deve restringir-se àquilo que os seus titulares lhe pedem. O dispositivo deve continuar a ser o princípio essencial do processo civil»

Mariana França Gouveia,  
*Regime Processual Experimental*

## 1. INTRODUÇÃO

No final do século XIX um vírus infectou o processo civil. Nem todos os processos sucumbiram, mas todos foram, de alguma forma, por ele afectados. A comunidade científica deu-lhe o nome de «vírus autoritário».

---

\* Este texto corresponde, no essencial, à comunicação que apresentei, em 24 de Setembro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a convite da Sr.<sup>a</sup> Professora Doutora Mariana França Gouveia.

Segundo as investigações, esse vírus apareceu pela primeira vez na casa do imperador da Áustria e rei da Hungria, Francisco José (1810-1916), transmitido pelo Dr. Franz Klein (1854-1926).

O vírus propagou-se por toda a Europa. Atacada a própria Áustria, em 1895<sup>1</sup>, a epidemia alastrou pela Hungria, em 1911<sup>2</sup>. Em 1923, depois de ter sofrido uma mutação, o vírus afectou a Rússia bolchevique<sup>3</sup>. Em 1926, contaminou o processo civil português<sup>4</sup>. Em 1933, foi a Alemanha nacional-socialista a atingida<sup>5</sup>. Em 1939, atravessou o Atlântico e chegou ao Brasil<sup>6</sup>. Em 1940, disseminou-se na Itália fascista<sup>7</sup>.

Depois da segunda guerra mundial, o vírus reapareceu no centro da Europa por influência da estirpe que entretanto se tinha desenvolvido na União Soviética. Apesar de se ter considerado, durante anos, que a epidemia tinha sido controlada, o vírus acabou por reaparecer, de forma benigna embora, primeiro em França, em 1975<sup>8</sup>, e depois, em 1998, na Inglaterra.

- 
- 1 Refiro-me à ZPO de 1895. De entre a inesgotável literatura sobre o Código de Franz Klein, destaco os trabalhos de Rainer Sprung, «Le basi del diritto processuale civile austriaco», *Riv. dir. proc.*, 1978, e Franco Cipriani, «Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)», *Riv. dir. proc.*, 1995: 969 ss., e in: *Ideologie e modelli del processo civile*, Esi, Napoli, 1997: 27 ss.
  - 2 Refiro-me ao Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 1 de 1911, visto pela literatura comunista como uma lei com tendências progressistas para a época, designadamente por limitar o contraditório e o dispositivo, Jeno Szilbereky, «Le droit hongrois de la procédure civile», *Introduction au droit de la République Populaire Hongroise*, Éditions Pédone, Paris, 1974: 295 ss.
  - 3 Refiro-me ao Código de Processo Civil da RSFSR, de 10 de Julho de 1923. Sobre este diploma, por todos, Piero Calamandrei, «Il processo civile in Russia», *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I: 287 ss., e in: *Studi sul processo civile*, vol. V, Cedam, Padova, 1947: 321 ss.
  - 4 Refiro-me, bem entendido, ao Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926, o qual, como é sabido, procedeu à «revolução» do nosso processo civil.
  - 5 Refiro-me à novela de 1933 que alterou o processo civil num sentido marcadamente publicístico (v. g. introdução dos deveres de verdade e de plenitude vinculativos das partes e dos deveres de esclarecimento e direcção do processo a cargo do juiz), Peter Böhm, «Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004: 623 ss.
  - 6 Refiro-me ao Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, aprovado sob o Estado Novo de Getúlio Vargas. Sobre este código, Francisco Campos, «Código de Processo Civil Brasileiro (Exposição de Motivos)», *A Vida Judiciária*, ano 1.º, 1939: 292 ss.; José Alberto dos Reis, «Código de Processo Civil Brasileiro», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1940/141: 134 ss.; e Moacyr Amaral Santos, «Contra o processo autoritário», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1959: 212 ss.
  - 7 Refiro-me, claro está, ao *Codice di Procedura Civile* de 1940.
  - 8 Refiro-me ao novo *Code de Procédure Civile* de 1975. O Código abre com um capítulo consagrado aos «*principes directeurs du procès*» (artigos 1.º a 24.º) que rompe com a concepção liberal própria da tradição francesa. São atribuídos importantes poderes de direcção ao juiz, tais como: o poder de providenciar pelo bom andamento do processo (artigo 3.º); o poder de tomar em consideração todos os factos relevantes que resultem da discussão da causa, ainda que não alegados pelas partes (artigo 7.º, al. 2); o poder de ordenar a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis (artigo 10.º); o poder de requisitar elementos probatórios a qualquer das partes e documentos em poder de terceiros (artigo 11.º). A ênfase conferida às prerrogativas do juiz pelo novo código parece ter já entrado nos hábitos dos juristas franceses (Loïc Cadet, «Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective», *Civil Justice in Crisis* (ed. by A. A. S. Zuckerman), Oxford University Press, 1999: 316). Porém, para Raymond Martin, por exemplo, o novo código representa uma deriva para o tota-

terra<sup>9</sup>, apesar de ambas as sociedades terem desenvolvido ao longo de sucessivas gerações consideráveis anticorpos.

O vírus provocava sintomas curiosos entre as suas vítimas. Estas começavam por afirmar que o processo servia não para tutelar os direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares, mas para restaurar a norma material e o direito objectivo; acrescentavam, conseqüentemente, que o processo não servia as partes, mas pelo contrário eram estas que o serviam; os juízes sentiam-se unidos por uma força estranha que os impelia não tanto a dirimir os concretos conflitos entre os seus concidadãos, mas a querer fazer justiça entre os homens.

No caso das viroses mais persistentes e insidiosas surgiam mesmo frequentes episódios de esquizofrenia. Em algumas manifestações da patologia, aqueles dos infectados que com veemência defendiam o mercado e as liberdades de iniciativa e de circulação como melhores instrumentos de regulação da vida económica, quando entravam em litígio, eram os primeiros a depositar no altar da jurisdição a sua liberdade, para que o Estado, através dos seus órgãos jurisdicionais, a administrasse e defendesse.

Por outro lado, em matéria de direito penal, em que estão em causa interesses públicos, defendiam com vigor o acusatório. Mas já no cível, estando em causa direitos disponíveis dos particulares, defendiam assertivamente o inquisitório e o reforço dos poderes do juiz. Mais ainda: tão depressa promoviam a inquisitorialidade e o direito jurisprudencial, como preconizavam a desjudicialização e a «privatização» da justiça.

Todas as crises da justiça civil no final do século XX e início do século XXI se articulam com os impasses provocados por esta síndrome.

Quando a liberdade e a razão acabaram finalmente por se impor, mesmo os exemplos mais exuberantes de autoritarismo processual desapareceram das sociedades contemporâneas. Todos os Estados democráticos arrepiaram caminho e substituíram o motor (artificial) do anterior processo civil — o juiz com os seus ritmos burocráticos — pelo motor natural, representado pela ânsia de justiça das partes<sup>10</sup>.

Porque acredito que o futuro pertence ao garantismo, estou convicto que vai ser esta a história que daqui a alguns anos será contada, com ou sem metáforas, sobre a evolução do processo civil.

---

litarismo judiciário com marginalização das partes e seus mandatários (*A nouveau siècle, nouveau procès civil*, Edilex Club, 2000).

<sup>9</sup> Refiro-me ao *Civil Procedure Rules 1998*. Sobre este código, de entre uma bibliografia inabarcável, Carla Crifò, «La riforma del processo civile in Inghilterra», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000: 511 ss., e Luca Passanante, «La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000: 1327 ss. As novas regras de processo conferem ao juiz inusitados poderes de gestão processual. Não interessa agora discutir se o processo inglês, depois da reforma de Lord Woolf, representa ainda uma das possíveis variantes do modelo *adversarial* ou se se afastou já irremediavelmente desse modelo, questão abordada por Passanante no artigo citado. Note-se, porém, que o *case management* não implica que o juiz tenha poderes de instrução oficiosos.

<sup>10</sup> Franco Cipriani, *Il Processo Civile nello Stato Democratico*, Esi, Napoli, 2006: 11.

Encerrado há muito o período do processo liberal e implantado o processo social, o século XXI será da liberdade e do garantismo no processo civil, não do autoritarismo.

É a partir desta perspectiva que analiso, nos números seguintes, a evolução da moderna disciplina processual civil e procedo ao enquadramento do modelo com que os profissionais do foro portugueses lidam há oitenta anos.

## 2. A EVOLUÇÃO DA MODERNA DISCIPLINA PROCESSUAL CIVIL

A evolução da moderna disciplina processual, tal como foi ensinada a várias gerações de juristas, pode resumir-se nos seguintes tópicos<sup>11</sup>.

O processo sofre a influência das concepções políticas fundamentais, da mutação dos valores e dos movimentos e deslocações operados na economia e na sociedade.

O processo do século XIX — processo liberal — é uma síntese histórica de três concepções fundamentais: individualismo económico, liberalismo político e positivismo jurídico.

O processo civil estava enformado pelo mesmo princípio da liberdade e da autonomia da vontade das partes que dominava o direito substantivo. O direito de acção era concebido como direito subjectivo material elevado à segunda potência ou «em pé de guerra»; o fim do processo visava a tutela do direito da parte que, segundo os meios típicos de prova que oferecesse, mostrasse ter razão.

Dessa ideia jusprivatística derivavam uma série de consequências: ao juiz estava vedado o impulso da acção, quer o inicial (*ne procedat iudex ex officio*), quer o sucessivo; o juiz só podia tomar para base da decisão os factos alegados pelas partes; estava-lhe proibido atender a factos não alegados, mas que porventura surgissem no desenvolvimento da acção, aos factos notórios e bem assim recorrer ao seu conhecimento privado; era-lhe também interdito intrometer-se de ofício no domínio das provas (*secundum allegata et probata iudex iudicare debet*), envolver na causa terceiros estranhos à relação jurídica processual, conhecer ou condenar em mais ou coisa diferente do pedido (*ne eat iudex extra vel ultra petita partium*); as partes eram as donas do processo, enquanto melhores juizes dos seus próprios interesses, podendo pôr-lhe termo quando o desejassem, através de confissão, desistência ou transacção; o juiz era um «convidado de pedra», que actuava no estrito respeito pelas formas e que não devia deixar qualquer marca pessoal no desenrolar do processo, para além do proferimento da sentença, com a qual decidia a causa com recurso aos princípios formais da prova legal.

---

<sup>11</sup> Luís Cabral de Moncada, «O processo perante a Filosofia do direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1946: 55 ss.

O processo do século XX — processo social — é, por sua vez, fruto da combinação de uma concepção social da ordem jurídica, de uma ideia intervencionista do Estado e de uma noção holística das relações entre o indivíduo e a sociedade.

A acção cinde-se do processo e a este é atribuído um fim publicístico, de actuação da lei, ainda que se resolva, em última análise, na satisfação de um interesse privado.

A parte que age em juízo deixa de ser vista como portadora de um interesse próprio, a fazer valer em tribunal, para passar a ser olhada como um agente de satisfação do interesse colectivo. Quer isto dizer que, de particular, a parte se converte num *civicus*; a acção é um direito público subjectivo e o exercício da acção o exercício privado de uma função pública.

Erige-se a norma material como o próprio objecto do juízo, quando antes era um mero critério desse mesmo juízo, o qual tinha por objecto a existência do direito subjectivo da parte. Por outras palavras: ao passo que antes se entendia que através do exercício do direito de acção se tendia para a afirmação ou declaração do direito subjectivo, que se postulava garantido por uma norma material, agora passa a entender-se que o exercício da acção tende à declaração do direito como norma, ainda que referida ao caso ocorrente<sup>12</sup>.

Esta concepção objectiva da jurisdição conduz, por exemplo, Carnelutti a adoptar a ideia, que todos nós já vimos reproduzida dezenas de vezes, de que não é o processo que serve as partes, mas, pelo contrário, são as partes que servem o processo<sup>13</sup>.

Desta ideia publicística do processo derivam uma série de consequências: mantendo-se embora o princípio da disponibilidade privada, quer no que tange ao impulso inicial do processo, quer no que se refere aos negócios jurídicos processuais, conferem-se ao juiz amplos poderes de impulso (sucessivo) e de gestão processual, na fixação dos prazos e na faculdade de ouvir as partes sempre que o entender, com correlativa diminuição dos poderes dos advogados; permite-se a consideração pelo juiz dos factos notórios; dá-se preferência à verdade «verdadeira»; consagra-se a oralidade, com os seus corolários (concentração, imediação e apreciação diferida dos recursos das decisões interlocutórias); conferem-se ao juiz poderes de cognição de factos não alegados e ampliam-se os poderes de ofício em matéria probatória; generalizam-se os procedimentos conciliatórios nas relações *inter partes*; generalizam-se também os juízos de equidade e o recurso aos tribunais arbitrais; o elemento preponderante e centro de gravidade da relação processual passa a ser o juiz, o qual, de árbitro, passa a envergar o fato de treinador, de «engenheiro» ou «arquitecto»... social, como se queira.

---

<sup>12</sup> Salvatore Satta/Carmine Punzi, *Diritto Processuale Civile*, 12.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1996: 209.

<sup>13</sup> Francesco Carnelutti, «Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione», *Studi di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1939: 362.



Em contraste com o processo social surgiu recentemente uma outra corrente que se pode designar garantista e que pretende, não reatar a tradição liberal de novecentos — ninguém, que eu saiba, preconiza o regresso a um processo escrito, mediato e não concentrado — mas reagir contra os abusos da publicização do processo e, sobretudo, lançar as bases de um processo civil equitativo adequado às novas exigências do século XXI.

### 3. O GARANTISMO PROCESSUAL

A corrente garantista propõe uma visão alternativa para o moderno processo civil. Parte da ideia de que o Estado democrático baseia a sua legitimidade no reconhecimento, na defesa e na garantia das liberdades e dos direitos dos particulares e não na prossecução de fins próprios. Tal é válido para todos os poderes do Estado e, em particular, para o poder judicial.

Se a função jurisdicional encontra a sua razão de ser na tutela dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, e se a função do juiz no caso concreto consiste em ser o garante último desses direitos e interesses, não é aceitável que essa tutela se faça sem recurso ao processo, o qual, na perspectiva do juiz, é garantia de acerto e, na das partes, motivo de segurança e de previsibilidade. O processo é, deste modo, por um lado, o instrumento único para o exercício do poder jurisdicional, e, por outro, o instrumento único de exercício do direito de acção.

Como consequência da crise sofrida pelas instituições do Estado, no final do século XIX / início do século XX, surgiram por toda a Europa movimentos ideológicos de exaltação da autoridade, que acabaram por considerar que era o indivíduo que estava ao serviço dos fins do Estado e não o inverso. Foi essa alteração na concepção das relações entre o indivíduo e o Estado que esteve na base da chamada «publicização» do processo civil.

Se, no século XX, o processo civil foi regulado, em muitos países, a partir da consideração da primazia dos interesses públicos sobre os privados, o século XXI deve ser o século do processo civil como garantia das situações subjectivas dos particulares.

Uma concepção garantista do processo implica a superação da ideia objectiva e juspublicista da jurisdição. Esta não deve encontrar justificação em fins alheios a si mesma, antes na tutela dos direitos e interesses dos particulares, a cargo de um juiz independente, terceiro e imparcial.

A independência do juiz não constitui por si um objectivo, antes supõe a subordinação exclusiva à lei.

A condição do juiz como terceiro (*terzietà*), isto é, como sujeito «à parte», estranho aos factos e ao objecto do processo, é incompatível com a possibilidade de assumir funções que são próprias das partes (iniciar o processo, determinar ou alterar o seu objecto, tomar em consideração factos não alegados, decidir a produção de prova dos factos alegados, etc.).

A imparcialidade, que é algo diverso da condição de terceiro ainda que dela complementar, pressupõe que as decisões do juiz sejam determinadas apenas pelo correcto exercício da sua função de tutela dos direitos e interesses das partes, e não por qualquer outra inaceitável razão (preconceitos pessoais, força, dinheiro, estatuto social das partes, etc.).

O Estado democrático deve garantir que todas as pessoas possam iniciar e desenvolver um processo em condições de igualdade. Para esse efeito, adoptará as medidas consideradas necessárias, como a assistência judiciária gratuita a cargo do próprio Estado, mas não poderá o juiz de um processo concreto, enquanto terceiro e imparcial, assumir funções ou deveres de promoção dessa igualdade «substancial».

Para esta corrente, a disciplina do processo deve partir da consideração de que ela é para os particulares a garantia da prossecução do que estimam ser o seu direito ou interesse legítimo e deve desenvolver-se com sujeição estrita a essa lei reguladora.

O desenvolvimento dos processos concretos não pode esquecer que, se importa, e muito, o conteúdo da decisão judicial, também importa, e não menos, a via pela qual se chega a esse resultado, pois o fim não justifica o desvio da legalidade processual.

O resultado e a qualidade e natureza das formas e das modalidades através das quais aquele se atinge estão indissociavelmente ligados, de tal modo que, se se der primazia ao primeiro em relação às segundas, se torna inadmissível o próprio resultado, dado que a ele se chegou sem respeitar as garantias para tal previstas.

Se é preciso evitar que as formas processuais sejam um obstáculo à tutela efectiva dos direitos das partes e impedir que um formalismo cego e inútil sufoque a substância do direito, não se pode esquecer que aquelas formas respondem a uma necessidade de ordem, de certeza e de eficiência e que a sua observância representa uma garantia de respeito pelos referidos direitos.

No desenvolvimento de cada concreto processo o juiz deve respeitar o contraditório e a igualdade das partes. Quando, num processo, houver um interesse público a tutelar, a condição do juiz como terceiro deve manter-se e por isso a defesa em juízo desse interesse será confiada ao Ministério Público, ao qual se atribuirá legitimidade para actuar nesse processo como parte. Na sua actuação, o Ministério Público não pode ter um tratamento privilegiado no processo, seja ele qual for.

A norma processual deve ampliar as hipóteses de legitimidade, que devem abranger, por um lado, os interesses dos particulares e, por outro, os interesses colectivos ou difusos.

Através do processo procura-se reconstruir, dentro do humano e legalmente possível, os factos do passado, com base nos quais se tutelam as posições jurídicas que deles derivam.

O respeito pelo caso julgado é corolário da certeza do direito, realidade conceptual e jurídica muito distinta da chamada verdade material.

No processo entendido como instrumento de garantia, os advogados têm um papel específico e fundamental, devendo assumir a defesa dos direitos e interesses legítimos do seu cliente com todas as forças da sua inteligência e capacidade e utilizando todos os meios que a lei regule e permita.

Estas, em resumo, as ideias-chave desta nova corrente<sup>14</sup>.

#### 4. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS

##### a) Raízes ideológicas

Apesar de ser relativamente fácil demonstrar o carácter publicístico e autoritário do nosso Código de Processo Civil, a verdade é que pairam sobre esta matéria alguns equívocos e muita ambiguidade.

Não deixa de surpreender, por exemplo, que um processualista da carreira de João de Castro Mendes tenha podido sustentar, em pleno Estado Novo, que «algumas estranhezas que o nosso processo civil ainda causa resultam da circunstância de *o nosso processo civil ser ainda fundamentalmente um processo de tipo liberal*, quando a tendência geral da ordem jurídica é para se afastar deste liberalismo»<sup>15</sup>.

Entendamo-nos sobre este putativo liberalismo, começando pelos «pais fundadores» Manuel Rodrigues Júnior e José Alberto dos Reis.

Um dos princípios democráticos postula que a sociedade é o produto da vontade dos indivíduos em se associar. Ao indivíduo é reconhecido um estatuto ontológico próprio e autónomo, distinto da sociedade e superior a ela; a consideração do homem como um fim em si mesmo, o que vale dizer da sua autêntica qualidade e dignidade de pessoa humana, pressupõe, numa situação de pluralidade de seres humanos em relação uns com os outros, que qualquer um deva reconhecer tal qualidade e dignidade ao outro e, por conseguinte, renunciar a tratá-lo como um simples meio.

Para Manuel Rodrigues, ao invés, o indivíduo «é um instrumento social»<sup>16</sup>, o indivíduo isolado um ser sem realidade e sem verdade<sup>17</sup>, sendo o Estado o que dá valor ao homem<sup>18</sup>.

Numa concepção democrática, o Estado é constituído na base do contrato. Manuel Rodrigues concebe-o como uma entidade meta-histórica, como

---

<sup>14</sup> Esta visão consta da Moção de Valência, aprovada na Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia, que teve lugar no dia 27 de Janeiro de 2006, *Revista do CEJ*, n.º 4: 239 ss.; a versão castelhana desta moção encontra-se in: *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 18, 2006: 7 ss., e a versão italiana in: *Il giusto processo civile*, 1/2006: 213.

<sup>15</sup> João de Castro Mendes, *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*, Ática, Lisboa, 1968: 117; cfr. também pág. 151.

<sup>16</sup> Manuel Rodrigues, *Política, Direito e Justiça*, Empresa jurídica editora, Lisboa, 1934: 56.

<sup>17</sup> *Op. cit.*: 87.

<sup>18</sup> *Op. cit.*: 38 e 43 ss.



«uma organização superior engendrada pela natureza e pela tradição»<sup>19</sup>. Como refere, «o Estado é o primeiro facto social, condição de todos os outros, e não pode, por isso, a sua existência deixar de ser a primeira existência, a sua vida a primeira vida, e o seu lugar o primeiro, num problema de valores sociais»<sup>20</sup>.

Rejeitando a teoria da separação dos poderes — «abandonemos esta ficção e admitamos antes uma hierarquização de poderes, que não exclui a fiscalização recíproca e mantém a unidade»<sup>21</sup> — Manuel Rodrigues confere primazia ao poder executivo, por ser um poder contínuo «composto por um pequeno número de indivíduos, o que torna mais fácil e eficaz a direcção», e constituído «por pessoas de maior categoria intelectual do que a generalidade das assembleias»<sup>22</sup>.

Desde que pague os seu impostos (e cumpra, quando exista, o serviço militar obrigatório), o Estado democrático reconhece ao cidadão o direito de se desinteressar completamente da vida pública e de ser o guardião mais adequado dos seus próprios interesses.

Para Manuel Rodrigues, «a posição individual está subordinada ao Estado e, por isso, por ele há-de ser modelada»<sup>23</sup>. O modelo de Estado da sua preferência não está imune à tentação totalitária: aquela recai sobre um *Estado com uma concepção totalitária da vida*, modelo que, na sua óptica, era o do Estado Novo português<sup>24</sup>. Estado cujo regime constitucional aquele autor não hesitava em classificar de *autoritário*<sup>25</sup>.

O Estado onipotente não lhe repugna, mas parece-lhe mais desejável a instalação de mecanismos de conformação e controle da vida social tendentes a invadir o espaço da vida privada, com conseqüente eliminação da linha que a separa da esfera pública.

Como conseqüência deste pensamento sobre o Estado, surge uma nova concepção do processo, na base da qual é colocado, na linha de Klein, «o valor social do litígio».

De forma incisiva o nosso professor esclarece: «Aproveitou o Estado o protesto individual como forma de conhecimento da infracção em juízo, mas essa faculdade de protestar deixou de ser considerada um direito privado para ser considerada um direito público e a relação processual a que a acção dá origem uma relação jurídica de direito público. Uma vez integrada a relação processual no direito público o domínio das partes sobre ela atenuou-se.

Chamado o Estado a realizar a justiça é intuitivo que deve intervir para efectivar a verdadeira justiça, porque só esta realiza a paz social devendo, con-

---

<sup>19</sup> *Op. cit.*: 87.

<sup>20</sup> *Op. cit.*: 41.

<sup>21</sup> *Op. cit.*: 49.

<sup>22</sup> *Op. cit.*: 50.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Manuel Rodrigues Júnior, *Problemas Sociais (Questões Políticas)*, Ática, Lisboa, 1943: 261 ss.

<sup>25</sup> *Op. cit.*: 270 ss.

sequentemente, aproximar-se a justiça formal da justiça real, mesmo quando um dos litigantes não esteja em condições de o fazer por si. Este objectivo só pode atingir-se pela concessão ao juiz de largos poderes sobre as formalidades processuais e sobre a instrução do processo. Esta é a orientação do direito processual moderno, que inteiramente o afasta da base individualista para lhe dar uma base social»<sup>26</sup>.

Ideia já expressa nas *Lições de Direito Processual Civil*, elaboradas no ano lectivo de 1940/1941: «O Código pretende que se realize uma justiça real e não uma justiça formal. Uma justiça em harmonia com os factos verdadeiros e o direito aplicável e não uma justiça que apenas respeite a aparência. *Por isso integra-se na corrente autoritária*, ao contrário do anterior que era todo inspirado pelo individualismo»<sup>27</sup>.

Quanto às ideias de José Alberto dos Reis, já em diferentes ocasiões demonstrei que estava longe de ser um liberal ou um democrata. Pelo contrário, era um conservador, um homem do regime, antiliberal, antiparlamentar e antidemocrático, defensor, na ordem política, do nacionalismo autoritário e orgânico<sup>28</sup>.

Na sua extensa obra destaca-se um único texto — *A formação social do inglês e do alemão e a educação portuguesa*, Coimbra, 1919 — onde, sobretudo inspirado no trabalho do sociólogo francês Edmond Demolins, *À quoi tient la supériorité des anglo-saxons?*<sup>29</sup>, defende o particularismo, na área específica da educação, mostrando preferência pela experiência britânica como melhor modelo de formação de futuros homens independentes, autónomos e empreendedores, por contraposição à educação comunitarista, de tipo germânico, em que a educação das crianças é superprotegida.

Se transpostas para o domínio do processo, tais ideias sobre a educação dos portugueses conduziram a reforçar o princípio da responsabilidade pessoal das partes e confeririam maior espaço à liberdade e autonomia aos particulares, o que, como se sabe, sem surpresa, não aconteceu.

Alberto dos Reis foi um defensor incansável do juspublicismo do processo e da acção, ergo do reforço do papel e poderes do juiz, como representante jurisdicional do Estado. Surpreendente teria sido o oposto e é melhor que quem o afirma o demonstre cabalmente.

<sup>26</sup> *Op. cit.*: 90.

<sup>27</sup> João de Matos, J. Santana Godinho, *Lições de Direito Processual Civil*, segundo as preleções do Exmo Senhor Prof. Doutor Manuel Rodrigues feitas ao 3.º ano jurídico no ano lectivo de 1940-1941, Lisboa: 33; o itálico é meu.

<sup>28</sup> Luís Correia de Mendonça, *Direito Processual Civil, As origens em José Alberto dos Reis*, Quid Juris, Lisboa, 2002; «80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português», *Proceso Civil e Ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006: 381 ss.; e «Ottant'anni di autoritarismo nel processo civile portoghese», *Il giusto processo civile*, 2/2006: 25 ss.

<sup>29</sup> A primeira edição desta obra data de Maio de 1897. Foi recentemente reeditada, em 1998, na editora francesa Anthropos. Há tradução portuguesa, de João do Minho, publicada em 1917. Edmond Demolins teve uma influência enorme nos que viriam a ser os hierarcas do Estado Novo, a começar no próprio Salazar. Deste cfr. «Bacharéis e homens úteis» e «Conferência na reabertura do C.A.D.C.», *Inéditos e Dispersos*, I, Bertrand, Venda Nova, 1997: 124 ss. e 186 ss.

## b) Concretizações processuais

O juiz é, sempre foi e será uma figura de autoridade<sup>30</sup>. Ele decide sobre a liberdade e o património dos seus concidadãos e isso confere-lhe um poder enorme.

Não é esse poder que se questiona quando se critica o autoritarismo processual, que convém não confundir com autoridade, concebida como «o facto de obter uma obediência voluntária, sem coerção física e sem que seja preciso abrir a discussão ou justificar as suas exigências»<sup>31</sup>.

O autoritarismo de que falo também não se confunde com a excessiva severidade, nem com certas manifestações abusivas de autoridade na condução das diligências por parte de alguns magistrados. A autoridade que os juízes exercem é tanto mais frágil quanto mais visível for. Como refere Christophe Mincke, quanto menos ela se vê, mais perfeita é<sup>32</sup>. Não é este sentido vulgar do termo que está aqui em discussão, embora não seja indiferente que o processo decorra «sem ruído nem rumor».

O autoritarismo a que me refiro e interessa agora considerar é aquele que faz com que o momento de autoridade no processo, por oposição ao da liberdade, seja predominante. E porque no processo o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário significa logicamente reforço dos poderes deste, designadamente os discricionários, em detrimento dos das partes.

Pode, talvez, compreender-se esta matemática, sabendo muito bem que a justiça não é propriamente um bem escasso, chamando a atenção para que quando os poderes processuais das partes deixam de derivar da lei, para passarem a depender do poder discricionário do juiz, acabam por não ser mais poderes; quando se põe a cargo do juiz a hetero-gestão ou a co-gestão dos interesses feitos valer no processo pelos particulares, não é apenas de um novo tipo de regulação que se trata; trata-se de substituir a auto-regulação por uma espécie de processo «intervencionado» pelo Estado, sem motivo razoável para isso (porque indemonstrada a redução de funcionalidade do anterior regime).

O processo português é claramente de tipo autoritário. Quem poderá conceber que dois professores de direito competentíssimos, hierarcas do regime, com a ideologia que sabemos já qual era, desempenhando um deles inclusivamente as funções de Ministro da Justiça, numa ditadura forte e consolidada, tenham alguma vez elaborado um Código de Processo que não correspondesse às ideias que sempre perfilharam? Quem, no seu perfeito juízo, poderia esperar da autoria de José Alberto dos Reis e de Manuel Rodrigues Júnior um Código enformado por valores liberais e democráticos?

<sup>30</sup> A.F.A.D., *Le juge: une figure d'autorité*, L'Harmattan, Paris, 1996.

<sup>31</sup> Gérard Mendel, *Une histoire de l'autorité, Permanences et variations*, La Découverte, Paris, 2002: 7.

<sup>32</sup> Christophe Mincke, «Les magistrats et l'autorité», *Droit et société*, 42/43: 361.

Esta pergunta não mereceria, em princípio, resposta. Contudo, para alguns espíritos, a resposta não parece óbvia<sup>33</sup>. É preciso então acrescentar que ninguém com bom senso sustenta que qualquer lei que surja, dimanada de um regime autoritário, tem inexoravelmente a marca ideológica do regime. Mesmo sob o pior totalitarismo a água continua a ser composta de hidrogénio e de oxigénio, os corpos pesados a cair quando se largam e a água do mar a ser salgada. Mas, por outro lado, como dizia Hegel, «só a pedra que cai é inocente»; o homem não é essa pedra. O mais complexo e estimulante consiste, por conseguinte, não em pôr em evidência os vínculos existentes entre uma lei estruturante e o regime que teve condições para a aprovar e aplicar, mas em explicar as razões que impediram que determinado regime autoritário (como a Espanha de Franco, por exemplo) não tivesse podido moldar o ordenamento processual em conformidade com as suas ideias. E essas razões são, bem entendido, de uma extrema diversidade (políticas, técnicas, culturais, económicas, etc.).

Não se esqueça, por outro lado, que a generalidade dos regimes autoritários, inimigos da divisão dos poderes, sempre atentaram contra a independência do poder judicial, através dos mais variados mecanismos.

Peter Böhm descreve como o nacional-socialismo alemão, apesar de exaltar os juízes e a sua posição, contrariava a independência judicial, através de *directivas sobre a política da justiça*, cujo veículo de difusão era constituído por circulares (as chamadas cartas aos juízes do ministro da justiça do *Reich*), com as quais procurava controlar a actividade judiciária e subordiná-la ao espírito do *Führer*<sup>34</sup>.

Na URSS, apesar da proclamação solene da independência do poder judicial, os juízes estavam sob controle permanente do Estado-Partido. Estava institucionalizado o chamado «direito de telefone», directivas telefónicas através das quais os dignitários do regime interferiam no trabalho dos magistrados<sup>35</sup>.

Também em Portugal, quer o governo da Ditadura Militar quer o do Estado Novo interferiram reiteradamente, como puderam, na independência do poder judicial.

O Estado Novo pôs, neste particular, em prática, um método muito simples. Para as «classes perigosas» criam-se regimes especiais; na «lanacaprina» arregimentam-se, na medida do possível, os tribunais.

Em 1933, ano em que é aprovada a Constituição corporativa e criados a Polícia de Vigilância do Estado (antecessora da PIDE e da DGS), o Secretariado de Propaganda Nacional e os Tribunais Militares Especiais, é pro-

---

<sup>33</sup> João Carlos Barbosa Moreira, «O neoprivatismo no processo civil», *Cadernos de Direito Privado*, 10: 3 ss., e, em tradução castelhana, in: *Proceso Civil e Ideologia*, Tirant lo Blanch, 2006: 199 ss.

<sup>34</sup> Peter Böhm, «Processo civile e ideologia...», *op. cit.*: 627 ss.

<sup>35</sup> Anatole Kovler, «D'où le juge russe puise-t-il son autorité?», *Le juge: une figure d'autorité*, *op. cit.*: 616.

mulgado o Estatuto do Trabalho Nacional (Decreto-Lei n.º 23.048, de 23 de Setembro de 1933). As questões de trabalho e relativas à previdência social passam a ser julgadas por magistrados especiais (artigo 50.º), nomeados para tribunais do trabalho administrativamente dependentes do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 23.053, de 23 de Setembro de 1933).

Em 1945, a par da Polícia Internacional de Defesa do Estado (PIDE), foi criado, pelo Decreto-Lei n.º 35.004, de 20 de Outubro, o Plenário do Tribunal Criminal, constituído pelo desembargador presidente e pelos dois juizes mais antigos dos respectivos juizes criminais, com competência, entre outras, para o julgamento dos crimes contra a segurança exterior e interior do Estado e para os crimes de imprensa<sup>36</sup>.

Por outro lado, pôs-se, desde cedo, cobro a qualquer veleidade de auto-governo (ou co-gestão) por parte da magistratura. De acordo com o artigo 14.º do Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto n.º 13.808, de 22 de Junho de 1927, «a independência da magistratura judicial consiste no direito de, por intermédio do Conselho Superior Judiciário, escolher os seus membros para os diversos cargos judiciais, e no de exercer livremente as respectivas funções, sem sujeição a outros ditames que não sejam os que as leis impõem e a consciência inspira».

A institucionalização do Conselho Superior Judiciário, unicamente composto de magistrados, «como organismo superior hierárquico do Poder Judicial em matéria administrativa e disciplinar», poderia ser entendida como um instrumento suficientemente capaz de assegurar a independência das magistraturas.

A verdade é que, para lá das aparências, não era salvaguardado o princípio da independência orgânica do poder judicial: num total de 5 membros com direito a voto, o presidente do Conselho era, por direito próprio, o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, livremente escolhido pelo governo, dois vogais eram directamente nomeados pelo governo, e os restantes dois eleitos pela magistratura judicial, uns e outros de entre juizes conselheiros igualmente nomeados pelo governo.

Esta tendência para a governamentalização da magistratura acentuou-se nos anos seguintes (Decretos n.º 16.563, de 5 de Março de 1929, e n.º 17.955, de 12 de Fevereiro de 1930) até culminar com o Decreto n.º 21.485, de 20 de Julho de 1932, a partir do qual todos os vogais do Conselho Superior Judiciário passaram a ser nomeados pelo Ministro da Justiça, regime que perdurou até 1974.

Não causa qualquer surpresa esta evolução. O regime construiu um código de processo à imagem do juiz, não do cidadão que procura justiça, mas esse juiz devia ser, segundo o estereótipo dominante, um misto de sacerdote e de miliciano do poder, como ainda em 1955, com toda a clareza,

---

<sup>36</sup> Arlindo Martins, «Plenário do tribunal criminal», *Boletim do Ministério da Justiça*, 11: 31 ss.



defendia o então Ministro da Justiça Antunes Varela<sup>37</sup>. Ministro que não se coibia de convocar os magistrados ao seu gabinete para que «reponderassem» decisões que afectavam «gente importante», como aconteceu com o Conselheiro Almeida Borges, um dos presidentes do STJ no pós 25 de Abril, na altura na primeira instância, conforme narra em entrevista dada a Fernanda Infante e Luís Eloy. Creio, pois, que vai sendo altura de começarmos a rejeitar o mito de que o Estado Novo respeitava o poder judicial e a sua independência.

Debruçando-me agora sobre a disciplina processual, vejamos como nela se concretizou a ideia autoritária.

Nas palavras de José Alberto dos Reis, «pretendeu-se que o órgão jurisdicional tivesse não só a direcção *formal*, senão também a direcção *real* e *efectiva* do litígio; e não se hesitou em pôr na mão do magistrado os poderes indispensáveis para esse *desideratum*»<sup>38</sup>.

Aquele professor agrupava os poderes conferidos ao juiz pelos artigos 264.º e 266.º<sup>39</sup> em três categorias: poder de *instrução* — «mandar proceder às diligências e actos necessários para a descoberta da verdade» —, poder de *disciplina* — «recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório» —, poder de *impulsão* — «ordenar o que for necessário para o seguimento do processo»<sup>40</sup>.

Visto que a justiça deve ser pronta, isto é, desenvolver-se regularmente dentro dos termos e prazos legais, sem incidentes que entorpeçam o processo nem dilações que o paralise<sup>41</sup>, «não pode tolerar-se que as partes frustrem, com o seu procedimento, os desígnios do legislador, sobrecarregando o processo com actos inúteis, levantando obstáculos ao seu andamento regular, ou provocando, pela sua inércia, a paralisação da causa»<sup>42</sup>. Por isso se atribuíram ao juiz poderes de impulsão e de disciplina.

Partindo da convicção de que as partes pecam frequentemente, umas vezes por *defeito* e outras por *excesso*, cumpre ao juiz coordenar e disciplinar os movimentos daquelas, «estimulando-os quando são deficientes, reprimindo-os quando são excessivos»<sup>43</sup>.

Esta ideia de evitar o que se entendia ser, numa óptica publicística, o dispêndio inútil de actividade judicial, justificava o dever de o juiz jugular a acção à nascença (artigo 481.º), como se o exercício do direito de acção fosse uma súplica dirigida por um súbdito ao juiz, a fim de ser emitida uma decisão de

<sup>37</sup> Antunes Varela, Discurso pronunciado quando da inauguração do tribunal de Portalegre, em 28 de Maio de 1955, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1955: 8-11.

<sup>38</sup> José Alberto dos Reis, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1946: 9.

<sup>39</sup> Num primeiro momento refiro-me à numeração constante da versão original do Código de Processo Civil de 1939.

<sup>40</sup> *Op. cit.*: 7.

<sup>41</sup> *Op. cit.*: 13.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil, explicado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1939: 163.

mérito, e não, como deve ser, uma manifestação da autonomia e liberdade individuais, como se o destinatário directo e imediato da petição fosse o tribunal e só mediamente o réu, contra o qual a acção é na realidade proposta (tendo em vista a constituição do contraditório)<sup>44</sup>.

Mas justificava ainda outros poderes, tais como o de recusar a junção de documentos impertinentes ou desnecessários e ordenar o desentranhamento daqueles que estivessem nessas condições (artigo 556.º), o de indeferir o pedido de exame ou vistoria (artigo 585.º), o de recusar a expedição de cartas (artigo 266.º), etc.

Para reprimir as «demasias» das partes, pretendeu-se tornar efectiva e real a responsabilidade emergente da má fé no litígio (artigo 465.º), que no domínio do Código anterior tinha sido quase letra morta.

É, porém, na fase de instrução onde mais se faz sentir o peso do inquisitório, onde mais se fazem sentir as infiltrações do processo criminal.

O legislador processual português construiu o Código a partir de três certezas:

- a) a certeza de que a realidade empírica existe e de que o intelecto humano tem capacidade para conhecer os factos reais de forma objectiva e racional;
- b) a certeza de que o processo deve ser orientado para a descoberta da verdade, como condição necessária para a justa composição do litígio;
- c) a certeza, por fim, de que o juiz pode dispor de instrumentos processuais, de tempo e de liberdade de averiguação suficientes para alcançar aquela verdade<sup>45</sup>.

Contrapor a estas certezas que a teoria da correspondência, na modalidade pressuposta pela primeira proposição, é própria de um realismo ingénuo<sup>46</sup>, que no processo não se introduzem factos puros, mas enunciados de dados, de facto e de direito (consuetudinário, local e estrangeiro — artigo 348.º C.C.)<sup>47</sup>, que a procura da verdade absoluta pode ser interpretada como a

---

<sup>44</sup> Girolamo Monteleone, *Diritto Processuale Civile*, Terza edizione, Cedam, Padova, 2002: 362. Também criticando este poder que inspirou o legislador brasileiro e, depois, alguns outros países latino-americanos, Eugenia Ariano Deho, «Sobre el poder del juez de “sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso”», *Problemas del Proceso Civil*, Jurista editores, Lima, 2003: 69 ss.

<sup>45</sup> Sobre esta orientação e a sua contrária, nas suas vertentes teórica, ideológica e prática, Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992: 1 a 66.

<sup>46</sup> *Op. cit.*: 36.

<sup>47</sup> Juan Montero Aroca prefere, com razão, falar em dados, em vez de factos, porquanto, ainda que os factos sejam o principal objecto da prova, não faltam ocasiões em que a actividade probatória pode referir-se ao Direito e também às máximas da experiência, *La prueba en el proceso civil*, 4.ª ed., Thomson, Civitas, Navarra, 2005: 64. Por outro lado, França Gouveia refere que «os factos em processo civil, não são (...) naturais. São seleccionados, qualificados, instrumentalizados para o processo. Daí que pretender identificar a causa de pedir com

tentativa de colocar o juiz, *ergo* o Estado, já não do ponto de vista do homem finito, mas do ponto de vista de Deus — «*From Whom No Secrets are Hid*»<sup>48</sup>, que sucede com a verdade judiciária o mesmo que com todas as outras — enganamo-nos mais ou menos<sup>49</sup>, que já Carnelutti, em 1915, advertia que «verdade só pode ser uma, de tal modo que ou a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais do que verdade, ou diverge dela, e não é senão uma não verdade»<sup>50</sup>, que o postulado da procura da verdade material choca com o princípio que proíbe o uso da ciência privada do juiz<sup>51</sup>, que a justiça do caso concreto só poderá ser considerada como fim do processo se aceitarmos que esta justiça é aquela que as partes aceitarem<sup>52</sup>, que o processo serve para a declaração dos direitos e interesses legítimos dos particulares e para isso o juiz precisa naturalmente de verificar a existência dos factos ocorridos, de que, segundo a lei, resultam aqueles direitos e interesses, através da respectiva prova em juízo e não através de um pretense acerto da realidade em absoluto<sup>53</sup>, são apenas algumas das muitas objecções que suscita a referida opção ideológica do legislador.

De tal opção deriva a faculdade de o tribunal se socorrer dos factos notórios, não excluindo a notoriedade judicial (artigo 518.º), e mesmo de factos instrumentais não alegados pelas partes<sup>54</sup>.

Convicto que é da controvérsia, do confronto entre «verdades» contrapostas, que se reconstrói a verdade «material», o Código de 39 estabeleceu o ónus de contestação e de impugnação especificada (artigos 488.º e 494.º), ligando à revelia rigorosos efeitos cominatórios (artigos 488.º, 511.º, 783.º e 798.º), em vez de impor à parte que alega os factos o encargo de os provar.

A consciência clara da finalidade publicística do processo levou ainda o legislador a, sob a epígrafe *dever de cooperação para averiguação da verdade*, formular o princípio «de que todas as pessoas — partes ou terceiros — têm o dever de prestar a sua cooperação para a descoberta da verdade e a boa administração da justiça» (artigo 524.º)<sup>55</sup>.

---

o conjunto de factos naturais seja, a meu ver, não só errado, como impossível na prática. O critério natural não existe. É uma falsidade», *A causa de pedir na acção declarativa*, Almeida, Coimbra, 2004: 71.

48 Geoffry Hazard, «"From Whom No Secrets are Hid", Segretezza e ricerca della verità nel processo civile», *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1999: 465 ss.

49 Marguerite Yourcenar, *Memórias de Adriano*, Ulisseia, Lisboa, 257.

50 Francesco Carnelutti, *La Prova Civile*, Giuffrè, Milano, 1992: 29.

51 Se aquele postulado tivesse um mínimo de consistência seria incompreensível a referida proibição porquanto não existiria melhor fonte de prova do que a própria pessoa do juiz, Girolamo Monteleone, *Diritto Processuale...*, *op. cit.*: 265.

52 Paula Costa e Silva, *Acto e Processo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003: 106 ss.

53 José Joaquim Sanct'Anna, «Theoria do processo judicial», *Revista Jurídica*, T. 2.º, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859: 33.

54 Pessoa Vaz, *Atendibilidade de factos não alegados; poderes instrutórios do juiz moderno; jurisprudência crítica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1978.

55 José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil, anotado*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1950: 319.

Esta fórmula foi inspirada em Carnelutti, o qual, no seu projecto de 26, tinha já colocado o sacrifício dos interesse das partes e mesmo de qualquer pessoa estranha à causa num quadro de relações que têm a sua expressão típica na figura da requisição civil ou na da prestação do serviço militar<sup>56</sup>.

Não surpreende que o Código de Processo Civil italiano de 1940 tenha adoptado este princípio. Segundo o artigo 117.º o juiz pode ordenar, em qualquer estado ou grau do processo, a comparência pessoal das partes para, em contraditório, as interrogar livremente sobre os factos da causa. Por outro lado, nos termos do artigo 118.º, o juiz pode ordenar que as partes e terceiros consintam sobre a sua própria pessoa, ou sobre as coisas na sua posse, as inspecções que sejam indispensáveis para o conhecimento dos factos da causa.

Grandi, na *Relazione al re*, explicava que estes poderes correspondiam às mesmas considerações de solidariedade social e de cooperação dos cidadãos para o melhor funcionamento da justiça em que se baseia o dever público de testemunhar: «como o cidadão é obrigado a depor com verdade em juízo, da mesma forma, quando o interesse da justiça o reclamar, deve ser obrigado a pôr à disposição desta as suas coisas e também, em certos casos, excepcionalíssimos, a sua própria pessoa».

E acrescentava: «Tudo isto está em perfeita harmonia com a concepção fascista e corporativa da jurisdição e do processo que se exprime neste Código»<sup>57</sup>.

Alberto dos Reis achava muito natural este sacrifício do interesse particular aos fins superiores do exercício de uma função pública. Mais ainda: regozijava-se por nenhum Código, nem mesmo o italiano, ter estabelecido tal dever de cooperação em termos tão expressos e categóricos como o fez o português<sup>58</sup>.

César Abranches, discípulo de Alberto dos Reis, ia mais longe e prognosticava «que algum dia a lide venha a ser aberta a todos, a todos incumbindo o dever de *espontânea cooperação*.

A acção seria anunciada oficialmente; e a quem quer que tivesse conhecimento de factos respeitantes à causa ou detivesse documentos pertinentes, correria o dever de fazer saber às autoridades públicas, dentro de prazo marcado, que punha a sua colaboração à disposição do Tribunal.

Provado que alguém se absteve ilegitimamente, apesar de lhe ter chegado, a tempo, notícia da convocação pública — funcionariam sanções penais violentas»<sup>59</sup>.

Felizmente, a orientação publicística em matéria processual não atingiu as suas últimas consequências... mas manteve-se incólume, mesmo depois

<sup>56</sup> Francesco Carnelutti, «Lineamenti della riforma...», *Studi...*, *op. cit.*: 370.

<sup>57</sup> *Relazione al re sul c.p.c.*, § 29.

<sup>58</sup> José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil, anotado*, Vol. III, *op. cit.*: 319.

<sup>59</sup> César Abranches, «O dever de colaboração dos terceiros para com a justiça», *ROA*, ano 1 (n.º 3): 396.

da instauração da democracia e da aprovação da constituição de 76, apesar de muita da sua feição policial.

A referida orientação manifestou-se ainda no poder conferido ao juiz de lançar mão de um amplo leque de meios de prova e de instrumentos para a sua recolha, tais como o poder de requisitar, mesmo a terceiros alheios à causa, documentos, informações e pareceres (artigo 555.º); de ordenar oficiosamente quer o primeiro, quer o segundo arbitramento (artigos 586.º, 612.º e 613.º); de proceder de ofício à inspecção judicial (artigo 616.º); de ouvir as partes e pessoas que não tenham sido oferecidas como testemunhas (artigo 646.º), de determinar que uma testemunha de fora da comarca depoña perante o tribunal colectivo (artigo 630.º), etc.

Hoje em dia, após a queda do muro de Berlim, existe memória e informação suficientes para compreender que o dirigismo processual tem tudo a ver com um certo modelo de «Estado social» e com a suposta superioridade do dirigismo económico.

O «Estado Providência» atingiu, em cada país, estádios diferentes de desenvolvimento. Em Portugal, é habitual falar-se em «sociedade providência» para caracterizar uma situação em que a sociedade civil compensa a debilidade funcional e a fraqueza desse Estado.

No nosso país, a insistência nas soluções de processo civil características do *Welfare State* surge paradoxalmente num momento em que por todo lado se constata a crise desse sistema<sup>60</sup>. Teria sido mais sensato que, em vez de forçar a marcha na tentativa ilusória de se transitar finalmente do Estado de direito para o Estado social, o legislador se tivesse preocupado em corroborar e reforçar as conquistas do primeiro.

Todavia, o poder das ideias mantém-se: como a maior parte dos cidadãos aceita de boa vontade que os seus impostos sirvam para pagar a burocratas e políticos para lhes dizerem como devem gerir a sua própria vida (em matéria de saúde, de educação, de segurança social, etc.) não é de estranhar que, na área da justiça civil, se preserve o cesarismo judiciário e o paternalismo, mais ou menos moralista, e que o princípio da auto-responsabilidade das partes não seja assumido por inteiro.

A reforma de 95/96 manteve praticamente intocados os anteriores poderes do juiz. Dos acima indicados apenas tocou na intervenção liminar do juiz, reduzindo-a, maleabilizou o ónus de impugnação especificada e pôs termo às cominações plenas.

Mas não se ficou por aqui: reforçou (ainda mais) o inquisitório e a discricionariedade dos poderes do juiz.

O Código mantém, depois da reforma, como não podia deixar de ser perante o quadro constitucional existente, a doutrina do *nemo iudex sine actore* (artigos 3.º, n.º 1, e 265.º, 1.ª parte). Porém, no que respeita ao impulso sucessivo, dando cabal acolhimento às críticas do socialista Menger

---

<sup>60</sup> Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997: 28.



ao processo liberal — de ser como um relógio velho e meio escangalhado ao qual era preciso dar constantemente corda para andar mais algum tempo e voltar de novo a parar — ampliou os poderes de impulsão do processo pelo juiz, apenas limitado quando existir um «ónus de impulso especialmente imposto por lei às partes».

«Significa isto que, no silêncio da lei de processo, o impulso que conduz à normal e regular tramitação da causa está implícito na propositura da acção ou na dedução oportuna da defesa, não carecendo de ser sucessivamente reiterado através da apresentação de requerimentos em que a parte se limita a solicitar o cumprimento de actos ou formalidades que integram estritamente a normal e típica marcha de uma acção daquela natureza»<sup>61</sup>.

O significado mais relevante desta alteração não reside, porém, aqui; reside na plena assunção, ainda que não explicitada, de que o motor natural do processo não são as partes, as quais, como lembra Franco Cipriani<sup>62</sup>, quando julgam ter razão e meios de a provar, têm pressa, muito mais pressa do que qualquer juiz do mundo, mas é, ao invés, o juiz.

Compreende-se que defenda esta solução quem, preocupado em alcançar os interesses superiores e «sociais» que elege como escopo do processo, coloca nos ombros do magistrado a incumbência de marcar a cadência da causa, conduzindo-a, em marcha forçada, se necessário, até ao fim; quem, partindo de uma concepção publicística do processo, não pode admitir a selecção natural das causas, isto é, que algumas durmam, se for esse o interesse das partes, dando mais espaço às restantes para que avancem mais depressa, solução que, de resto, no actual quadro estrutural de progressiva morosidade da justiça, traria mais vantagens do que inconvenientes.

Como refere Giampero Balena, «quando o legislador pretende que todas as causas avancem à mesma velocidade, o efeito inevitável é que daí resulte um pouco de atraso para todas, e sejam particularmente penalizadas justamente aquelas que são mais simples ou que alguma das partes tenha maior pressa em ver decididas»<sup>63</sup>.

Com o artigo 279.º, n.º 4, que consagra, como se sabe, uma nova modalidade de suspensão da instância — por vontade das partes, ao lado da suspensão legal e judicial — o legislador deu um passo no bom sentido. Mas o passo foi tão tímido que o limite temporal de seis meses acaba por anular o efeito prático da medida.

Por outro lado, passou-se a acolher amplamente e com naturalidade a existência de «articulados judicialmente estimulados» (artigo 508.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 3); ao tribunal foi conferido o poder de, por iniciativa própria, investigar factos instrumentais, durante a instrução e discussão da causa

<sup>61</sup> Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004: 257.

<sup>62</sup> Franco Cipriani, *Batallas por la justicia civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003: 104.

<sup>63</sup> Giampero Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, Vol. II, Cacucci Editore, Bari, 2006: 11.

(artigo 264.º, n.º 2); atribuiu-se ao magistrado o poder de providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção (artigo 265.º, n.º 2); alargaram-se, ainda mais, os poderes instrutórios, de natureza oficiosa, do tribunal, *v. g.* com a incumbência de o juiz investigar os factos alegados pelas partes (artigo 265.º, n.º 3), com o poder de iniciativa do juiz, em sede de depoimento de parte (artigo 552.º, n.º 1), com a faculdade de o tribunal inquirir officiosamente as testemunhas prescindidas pela parte que as ofereceu (artigo 619.º, n.º 2), com a ampliação dos casos em que é permitida a inquirição oficiosa de testemunhas não oferecidas pelas partes (artigo 645.º, n.º 1), com a desconsideração de determinados sigilos e confidencialidades legalmente reconhecidos, sempre que deva prevalecer a verdade material (artigos 519.º e 519.º-A), etc.

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<sup>64</sup>, se estabelece a tutela criminal das providências cautelares decretadas (artigo 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 (artigo 392.º, n.º 3), com preterição do princípio do artigo 661.º, e se restringe a liberdade de participação contraditória ao ampliar o dever de litigância de boa fé (artigos 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 (artigo 456.º, n.º 2, alínea *b*)), e, ainda, na omissão grave de deveres de cooperação.

## **5. A COOPERAÇÃO INTERSUBJECTIVA E O JUIZ COLABORANTE: UM MODELO ALTERNATIVO DE PROCESSO?**

Envolvendo, pelo menos, três forças contrastantes — do autor, do réu e do juiz — com interesses, atribuições e papéis distintos, o processo carece de um critério organizativo, coordenador dessas forças.

O processo é estruturalmente uma sequência de actos e nessa série de actos encadeados, que tende para um acto final — o julgamento da causa — raramente se encontra um acto que não pressuponha um outro acto antecedente que o condiciona e com o qual se interliga. A actividade do juiz tem como antecedente necessário, mesmo que remoto ou mediato, a iniciativa de uma das partes; a actividade do réu liga-se necessariamente à do autor ou a uma decisão do juiz.

---

<sup>64</sup> Guiseppe Tarzia, «Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1999, n.ºs 1 e 2: 250.

Num processo liberal, o contraditório é o principal instrumento de comunicação entre as partes, permitindo a cada uma delas, em posição de igualdade, conhecer as razões invocadas pela outra e neutralizar as suas acções. O juiz encontra-se afastado da contenda, coloca-se *super partes*, não é obrigado a dialogar com os outros sujeitos processuais e só se torna realmente activo, para proferir sentença, quando o material da decisão está preparado para a sua intervenção.

Esta perspectiva parte da ideia da legalidade e da pressuposição aplicada aos actos procedimentais.

A este sistema normativo, em que a participação dos sujeitos processuais é apenas possível, opõe-se um outro sistema em que tal participação é positivamente estimulada.

Introduz-se no ordenamento processual a ideia de colaboração/cooperação processual, como princípio ordenador.

Segundo o Dicionário da Academia colaborar é contribuir para que determinado objectivo comum se concretize; cooperar é trabalhar ou agir em conjunto para determinado fim específico.

A cooperação é uma colaboração mais intensa, pressupõe um «juntar de mãos» numa tarefa, uma certa solidariedade. Mas não se confunde com a co-autoria.

No nosso ordenamento processual situações de co-autoria encontramos-as apenas nos articulados conjuntos das partes, em situações de pluralidade, nos acórdãos do tribunais colegiais e na apresentação conjunta da acção pelas partes (Decreto-Lei n.º 211/91, de 14 de Junho, e artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 1008/2006, de 8 de Junho).

A colaboração, ela própria, pode ser mais ou menos intensa. Será mais intensa, por exemplo, na operação conjunta de selecção da matéria de facto na audiência preliminar, menos intensa nos casos do artigo 519.º, a propósito dos quais se pode discutir se estamos ainda no domínio da cooperação ou já perante uma realidade que dela se afasta.

Mariana França Gouveia tece a propósito da cooperação como obrigação interessantes considerações. As partes, afirma, «têm obrigação de actuar com boa fé, têm o dever de *fair play*, de serem minimamente civilizadas», mas não podem ser obrigadas a colaborar, «não pode erigir-se a cooperação de tal forma que desemboque numa expropriação de direitos privados em favor de uma ideia pública de justiça»<sup>65</sup>.

O legislador de 95 erigiu a cooperação em «princípio angular e exponencial do processo civil».

O artigo 266.º, n.º 1, dispõe que, na condução e intervenção no processo, os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

---

<sup>65</sup> Mariana França Gouveia, *Regime processual experimental*, Almedina, Coimbra, 2006: 103.

Cooperação das partes (e de terceiros, estranhos ao processo) com o tribunal já existe no nosso ordenamento, desde o Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926 (artigos 27.º e 28.º). O legislador de 95 apenas ampliou o âmbito dessa cooperação<sup>66</sup>.

No que se refere à posição recíproca dos diversos sujeitos processuais, os deveres de respeito, correcção e urbanidade (artigo 266.º-B) não apresentam também novidade, constituem regras de civilidade e de deontologia elementares e, em última análise, são supérfluas (já antes da reforma e do artigo 155.º, muitos juízes marcavam os julgamentos ou outras diligências, na medida do possível, com o acordo dos advogados).

A grande novidade da reforma de 95/96 reside propriamente nos deveres de colaboração do tribunal com as partes.

Este dever genérico desdobra-se, segundo Miguel Teixeira de Sousa, em quatro grupos de deveres: *dever de esclarecimento* (artigo 266.º, n.º 2); *dever de prevenção* (artigos 508.º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3, 508.º-A, n.º 1, alínea c), 690.º, n.º 4, e 701.º, n.º 1), *dever de consulta* (artigo 3.º, n.º 3) e *dever de auxílio* (artigo 266.º, n.º 4)<sup>67</sup>.

Foi com entusiasmo que a doutrina nacional acolheu o novo princípio, o qual, na versão dominante, terá transformado o processo numa «comunidade de trabalho».

Também neste caso vamos encontrar Franz Klein e a ZPO austríaca de 1895 na origem dessa concepção.

Deve-se a Rainer Sprung o ter recordado, há um par de décadas, quais foram as bases ideológicas daquela concepção<sup>68</sup>. Em primeiro lugar, Klein considerava que os conflitos entre particulares «são males sociais» (*soziale Übel*) relacionados com a perda de tempo, dispêndio de dinheiro, indisponibilidade infrutuosa de bens patrimoniais, fomentação de ódio e de ira entre as partes litigantes e de outras paixões fatais para a convivência da sociedade<sup>69</sup>; em segundo lugar, «a causa que induz a iniciar um processo perturba a colaboração pacífica, rompe relações económicas já definidas, bloqueia valores e desvia-os da circulação normal. A sociedade tem, pois, grande interesse em sarar o mais rápido possível tais feridas no próprio corpo»<sup>70</sup>.

A partir destas bases, Klein construiu um modelo de processo que, mais do que nos postulados da oralidade, concentração, imediação, publicidade e liberdade de julgamento, assenta no dever de o juiz dirigir o processo e rea-

<sup>66</sup> Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004: 266 ss.

<sup>67</sup> Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos...*, *op. cit.*: 65 ss., e *Introdução ao processo civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 2000: 56 ss.; cfr. também José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996: 149 ss.

<sup>68</sup> Rainer Sprung, «Le basi del diritto processuale civile austriaco», *Rivista di diritto processuale*, 1979.

<sup>69</sup> *Op. cit.*: 27.

<sup>70</sup> *Op. cit.*: 38.

lizar as diligências necessárias ao apuramento da verdade<sup>71</sup>. Klein defendia que as partes deviam colaborar diligentemente com o juiz na descoberta da verdade, mas se, por alguma razão, o «grupo de trabalho» não funcionasse, o juiz converter-se-ia num solitário investigador dos factos.

Não é difícil demonstrar a fragilidade das referidas bases ideológicas. É verdade que os processos civis com melhores *performances*, os da Alemanha, Holanda e Japão, pertencem a sociedades industriais altamente desenvolvidas. No entanto, o processo civil alemão e o japonês, este último fortemente influenciado pelo primeiro, nada têm a ver com o processo holandês, influenciado pelo Código Francês de 1806. Por outro lado, a Albânia tem também um processo célere, mas níveis de desenvolvimento baixíssimos, o inverso se verificando no caso da Itália.

Merece maior atenção o primeiro nível de preocupações. Cipriani põe em evidência que «não é o processo que faz os homens litigar, mas sim a vida»<sup>72</sup>. Sendo embora imperfeitíssimo, tanto quanto o homem que o criou, o processo é um instrumento com o qual se faz justiça neste mundo e de que não podemos prescindir<sup>73</sup>.

Em verdade, a justiça existe porque, como diz Paulo Freire, «nós somos seres da briga». Somo-lo «para complementar, vivenciar ou para pôr em prática a vocação ontológica de ser mais»<sup>74</sup>.

Para muitos, o conflito representa um mero *passivo sociológico*, uma *instância negativa* que cumpre eliminar para preservação da sociedade e reforço da unidade do seu corpo.

Ora sabemos que em qualquer formação social as relações entre os homens assumem formas diversas, que vão desde a cooperação até à competição e à violência. Cooperação e conflito justapõem-se: ora somos parceiros, ora adversários; ora sócios e amigos, ora concorrentes e rivais. Não devemos, pois, recear o conflito.

Simmel demonstrou que «se qualquer acção recíproca entre os homens é uma socialização, então o conflito, que é uma das formas mais activas de socialização e que é logicamente impossível de reduzir a um único elemento, deve absolutamente ser considerado como uma socialização»<sup>75</sup>; que um grupo que fosse simplesmente centrípeto e harmonioso, uma pura e simples «reunião» não só não teria existência empírica, como estaria privado de verdadeiro processo de vida<sup>76</sup>; que qualquer sociedade é o resultado da interacção de forças atractivas e de forças repulsivas, ambas inteiramente positivas<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> W. H. Rechberger, G. E. Kodek, «L'ordinanza della procedura civile austriaca del 1895», *Ordinanza della procedura civile di Francesco Guisepe, 1895*, Giuffrè, Milano, 2004: XXVII ss.

<sup>72</sup> Franco Cipriano, *Batallas por la justicia civil — Ensayos*, Cultural Cuzco, Lima, Perú: 65.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Público*, 4 de Maio de 1997.

<sup>75</sup> Georg Simmel, *Sociologie, Études sur les formes de la socialisation*, Puf, Paris, 1999: 265. Sem esquecer o clássico livro de Ihering, *A luta pelo direito*, para quem somente a luta alcança e aperfeiçoa os objectivos do homem.

<sup>76</sup> G. Simmel, *op. cit.*: 266.

<sup>77</sup> *Op. cit.*: 267.



Paul Ricoeur, por sua vez, refere que o «processo é apenas a forma codificada de um fenómeno mais lato a saber, o conflito»<sup>78</sup>.

Por isso, quando se vê no processo um «mal social» e uma «ferida no corpo da sociedade» faz-se moralismo»<sup>79</sup>. Quando se elege como escopo social a harmonia absoluta de interesses, cai-se numa perigosa utopia.

Os Estados de tipo soviético tinham uma ideologia — o marxismo-leninismo — que defende a luta de classes como motor da história. O próprio Marx dedicou *O Capital* a Darwin, pai do evolucionismo e da *struggle for life*.

No entanto, o processo civil socialista aceitava a harmonia de todos os interesses em presença — do autor, do réu e do tribunal — e vivia da afirmação de os interesses pessoais se conciliarem com as exigências sociais. Tudo isto se entende se levarmos em conta que na ideologia comunista a abolição das classes sociais traria consigo o desaparecimento dos litígios civis.

Portugal tem uma economia de mercado assente na concorrência e no princípio *pacta sunt servanda*, realidades que não são propriamente as mais propícias para a amizade e para a clemência, antes para a competição acérrima, para o ódio e para o desprezo, como tão bem o descreve Shakespeare em *O Mercador de Veneza*.

No entanto, sendo assim as coisas, quando os conflitos chegam a tribunal, estando as partes por via de regra em posições já extremadas, querendo cada uma delas, em termos estratégicos, uma decisão que lhe seja favorável, pretendemos rasurar ou iludir o antagonismo e fingimos que somos todos amigos, que o processo é um alegre passeio de jardim que as partes dão de mãos dadas, na companhia do juiz<sup>80</sup>.

Só assim se compreende que a Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, que criou os julgados de paz e introduziu a mediação como peça fundamental da actuação desses julgados, tenha confiado, no artigo 35.º, n.º 1, ao *mediador* a função de auxiliar as partes a encontrar por si próprias uma solução negociada e *amigável* — um adjectivo que soa um tanto estranho para o conflito que as opõe<sup>81</sup>. Como referia, não sem ironia, Isabel Magalhães Collaço, na citada conferência, «decididamente gostamos muito da amizade em matéria de ADR (*alternative dispute resolution*)». Acrescentaria só: «decididamente gostamos muito da amizade, seja qual for o processo».

Não é, porém, este sentimento de afeição entre os homens, ou qualquer outro que aproxima os seres humanos uns dos outros (estima, atracção,

<sup>78</sup> Paul Ricoeur, *O justo ou a essência da justiça*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997: 166.

<sup>79</sup> Franco Cipriani, *Batallas...*, *op. cit.*: 69/70. Constituem efeitos desta concepção, entre outros, o regime de citações e notificações oficiosas, as consequências cominatórias rígidas ligadas à revelia do réu, a quase impossibilidade das partes influenciarem o desenvolvimento do processo, a proibição dos *nova* na apelação, etc.

<sup>80</sup> Adolfo Alvarado Velloso, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005: 98, nota 50.

<sup>81</sup> Isabel Magalhães Collaço, *A resolução extrajudicial dos litígios e os seus possíveis desenvolvimentos*, conferência de encerramento do seminário internacional sobre formas de resolução extrajudicial de conflitos — Grotius Civil, proferida no CEJ, em 13 de Abril de 2002.

camaradagem, admiração, fraternidade, etc.) que subjaz ao processo; «atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência»<sup>82</sup>.

É claro «que a lei pode conter instrumentos que visem minimizar este conflito, desde logo impondo um contacto directo e um diálogo contemporâneo entre sujeitos que, por regra, se encontram apartados e fechados nas respectivas posições. Mas a lei não pode anular este conflito»<sup>83</sup>.

Paula Costa e Silva considera, com razão, que o tipo ideal de parte pressuposto pelo paradigma de comunidade processual escolhido pelo legislador da reforma de 95/96 é utópico.

Esse tipo ideal de parte pressupõe «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. A parte que não visa persuadir, mas informar o tribunal, a parte que não age estrategicamente em função do resultado que melhor serve os seus interesses, mas que coopera sistematicamente com o tribunal e a parte contrária»<sup>84</sup>.

Ora, este tipo de parte nada tem a ver com a realidade. A parte processual, «tal como tipicamente é, é alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional»<sup>85</sup>.

Estamos (de novo), na concepção que critico, na presença da conceptualização da realidade, que dá vida a figuras sem existência, ou, nas palavras de Satta, perante a «substituição de uma cadeia de conceitos à realidade viva»<sup>86</sup>.

Lutar para perder, numa espécie de «auto-mutilação processual», pretender transformar o processo civil numa comunidade «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 correcção os próprios, de maneira a fazer triunfar a verdade e a administrar depressa e bem justiça a quem tem efectivamente razão»<sup>87</sup>, além de ser irrealista, é enganador, porquanto se insinua que entre os interesses do Estado, representado pelo tribunal, do autor e do réu não há antagonismos a resolver<sup>88</sup>.

Acresce que a sentença é uma decisão soma-zero<sup>89</sup>. Julgar é dar a

---

<sup>82</sup> Paul Ricouer, *O justo...*, *op. cit.*: 166.

<sup>83</sup> Paula Costa e Silva, *Acto e processo*, *op. cit.*: 110 ss.

<sup>84</sup> *Op. cit.*: 112.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Salvatore Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968: XVIII.

<sup>87</sup> Franco Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Esi, Napoli, 1992: 22.

<sup>88</sup> Othmar Jauernig, *Direito Processual Civil*, Almedina, Coimbra, 2002: 149, autor que afirma peremptoriamente inexistir qualquer motivo para substituir o princípio da instrução por iniciativa das partes pelo chamado princípio da cooperação.

<sup>89</sup> Boaventura Sousa Santos *et alii* distinguem as decisões mini-max das decisões soma-zero. «As primeiras procuram maximizar o compromisso entre as pretensões opostas de modo a que a

cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), separar as partes, cortar em direito e a direito interesses antagónicos.

Podendo servir, como vimos, para minimizar o conflito, o princípio da cooperação não tem a virtualidade de anular o autoritarismo processual, enquanto os «objectivos comuns» ou os «fins específicos» a prosseguir forem os chamados «interesses superiores», a «verdade verdadeira».

Nem tal propósito passou alguma vez pela mente do nosso legislador.

Carlos Lopes do Rego refere que «o que, na realidade das coisas, o princípio da cooperação — bem como outros que lhe são conexos, como o da direcção do processo e o incremento da inquisitorialidade judicial — vem, de algum modo, restringir é a *passividade* do juiz, afastando-se claramente da velha ideia liberal do processo como uma «luta» entre as partes, meramente arbitrada pelo julgador»<sup>90</sup>.

Como se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, o legislador cuidou, na linha das reformas anteriores, de incrementar os poderes de direcção do juiz, e só depois, para *compensar* o aumento do activismo judicial, consagrou a «comunidade de trabalho» de todos os sujeitos processuais. Realidade diversa de ter partido da cooperação e como corolário desta conferido ao magistrado maiores prerrogativas.

Antunes Varela, que não era propriamente um liberal, não deixou de criticar o encargo «sobre-humano» que passou a recair sobre o juiz de 1.ª instância de fazer de professor de direito e de *mestre-escola* de ambas as partes e seus patronos, a raiar os limites «do *bom senso*, da pura *prudência* e até da *essência* da função judicial»<sup>91</sup> e de apontar para o risco que se corria de se intrometer um julgador *salvífico* no reduto do mérito da causa<sup>92</sup>.

Mariana França Gouveia, no seu trabalho mais recente, demarca-se dos paradigmas liberal e autoritário do processo e propõe, em alternativa, um novo arquétipo, misto dos dois e conciliador dos seus antagonismos — o arquétipo do juiz colaborante<sup>93</sup>.

Para esta autora, «um juiz colaborante é, em primeiro lugar, alguém que, em simultâneo, está num patamar de igualdade com as partes (democracia em vez de autoritarismo) e, segundo, alguém que se preocupa com o litígio privado em discussão (solução adequada em vez de desinteresse ou alheamento)»<sup>94</sup>.

---

distância entre quem ganha e quem perde seja mínima e, se possível, nula. As decisões soma-zero ou decisões de adjudicação são aquelas que maximizam a distinção e a distância entre a pretensão acolhida e a pretensão rejeitada e, portanto, entre quem ganha e quem perde», *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Afrontamento, Porto, 1996: 48.

<sup>90</sup> *Op. cit.*: 266.

<sup>91</sup> Antunes Varela, «A reforma do processo civil português», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130.º: 195/196.

<sup>92</sup> *Op. cit.*: 198.

<sup>93</sup> Mariana França Gouveia, *Regime processual...*, *op. cit.*: 13.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

Mariana França Gouveia defende uma retórica de visibilidade, um processo com um juiz com rosto que não se esconde dentro do envelope da carta do correio, que se faz compreender, que está próximo das partes e dos seus mandatários e com estes dialoga, num ambiente de igualdade, na procura da solução adequada ao caso.

Quanto aos limites dos poderes do juiz a autora não é menos clara: «o juiz colaborante não pode intervir na delimitação do caso concreto, como aliás é regra no nosso processo civil desde sempre (artigos 264.º e 664.º C.P.C.), mas pode e deve utilizar instrumentos que permitam tal adequação entre realidade intra processual e extra processual. Isto justifica alguns poderes, como os de convidar a aperfeiçoar requerimentos probatórios, mas deve ser feito com a maior das cautelas, porque estamos no limite da intervenção pública em assuntos privados»<sup>95</sup>.

Modelos ou estereótipos de justiça, a que correspondem diversos desempenhos por parte dos magistrados, há muitos.

É clássica a oposição entre o *tipo ideal burocrático* de juiz, com origem na experiência constitucional francesa, e o *tipo ideal profissional*, da *common aw*.

François Ost, utilizando um critério de qualificação jurídico-político, propõe três modelos ou tipos-ideais de justiça: modelo de justiça consuetudinário-tradicional; modelo legalista-liberal e modelo normativo-tecnocrático<sup>96</sup>.

O primeiro modelo pressupõe uma sociedade rural e comunitária; o segundo uma sociedade industrial e urbana e um Estado não intervencionista; o terceiro uma sociedade pós-industrial e um Estado-Providência. Ao modelo tradicional corresponde um *juiz pacificador*, ao modelo legalista-liberal um *juiz árbitro* e ao terceiro modelo um *juiz treinador*.

Antoine Garapon, por sua vez, numa obra notada, propõe, como mais ajustado à justiça nas sociedades modernas, o figurino do *juiz garante* ou *juiz guardião*, o de um juiz que o é também da lei, que integra lacunas, que concretiza o que o legislador deixou indeterminado ou em cláusulas gerais, que dirime questões outrora resolvidas por diversas instâncias da sociedade e que não chegavam aos tribunais, que exerce uma função supletiva na solução de questões deixadas sem cobertura legal, que é capaz de dar resposta ao fenómeno chamado da *judicialização* dos direitos, que é conhecedor do direito internacional ou supranacional, que está sensibilizado para os problemas novos suscitados pela chamada tutela diferenciada, que confere à sua actuação uma dimensão que transcende as garantias processuais, situando-se no plano mais denso da efectiva tutela dos direitos constitucionalmente garantidos, etc.<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> François Ost, «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», *Fonction de Juge et Pouvoir Judiciaire*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1983: 1-70.

<sup>97</sup> Antoine Garapon, *Le Gardien des Promesses*, Editions Odile Jacob, 1996: 274.

Não vou prosseguir, acrescentando mais um tipo à taxonomia existente. Entendo que estes modelos são sobretudo úteis quando falamos de deontologia ou do papel social da magistratura, quando nos preocupamos em saber que funções o Estado e a sociedade querem que os magistrados desempenhem, e de seguida nos questionamos sobre a possibilidade desse Estado e dessa sociedade terem a magistratura que desejam.

Dada a sua natureza de ideais-tipo, estes arquétipos não podem ser, sem mais, transpostos para as diversas jurisdições (cível e comercial, criminal, trabalho, administrativo, família e menores), tão variada é a natureza das questões em apreciação e as específicas competências exigidas para as resolver.

Limitemo-nos, pois, ao cível. Ora aqui, com recurso aos mais diversos *slogans*, os defensores do processo social sempre atacaram o juiz do processo liberal por ser um juiz passivo, *juiz manequim* ou *juiz fantoche*<sup>98</sup>. Aqueles esquecem-se, ou não querem compreender, que *juiz fantoche* não é rótulo que cole forçosamente aos juizes de um Estado liberal de direito, mas sim àquelles que, sob qualquer regime, aceitam ordens do poder político, sejam dadas por telefone, por circulares ou até pessoalmente, no segredo dos gabinetes dos ministros<sup>99</sup>; que ser juiz consiste essencialmente em dizer o direito, em tutelar as situações subjectivas; que o acto jurisdicional por excelência é a sentença, a qual implica trabalho e dispêndio de energia moral, o que não parece estar ao alcance de um espectador, de um manequim ou de um qualquer ser impassível.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, por exemplo, considera existirem três tipos de juizes: o *juiz espectador*, que Lascano designou como «convidado de pedra», próprio dos ordenamentos liberais, o *juiz ditador* dos processos inquisitórios e o *juiz director* de um sistema como o austríaco estabelecido por Klein<sup>100</sup>.

Nos tempos que correm ninguém defende um juiz ditador. Mas também ninguém quer um juiz espectador. Até por exclusão de partes, não é difícil perceber qual o sentido da escolha de quem tenha poder para a fazer.

Ora, um espectador, que se saiba, não julga, assiste.

Por sua vez, Pessoa Vaz coloca a opção por determinado tipo de juiz na base do binómio *juiz ditador / juiz anjo da guarda*<sup>101</sup>. Também aqui se pode repetir que, em democracia, não fica bem querer um juiz ditador. Resta então o outro pólo da alternativa — o anjo protector —, o qual, não por acaso, não tem qualquer controle terreno. Não compreendo como se pode equacionar

---

<sup>98</sup> José Alberto dos Reis, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1927: 105.

<sup>99</sup> Elisabetta Silvestre, «Appunti sulla giustizia civile nella Federazione Russa», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002: 1305.

<sup>100</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, prologo a Jose Rodriguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1968: XXV.

<sup>101</sup> Pessoa Vaz, *Direito processual civil*, Almedina, Coimbra, 1998: 299.



um tema tão sério e complexo como é o dos poderes do juiz sob uma «lógica de assalto» tão redutora.

Convoca agora França Gouveia, como vimos, a figura do juiz colaborante.

Nada tenho a opor, pelo contrário, a que o juiz se esforce por ser claro e convincente nas decisões que profere. Num trabalho que escrevi com Mouraz Lopes tivemos oportunidade de chamar a atenção para a função legitimadora da decisão judicial, a qual não deve perder de vista que os seus destinatários são, em primeira linha, as próprias partes e não os mandatários, a opinião pública e, muito menos, as instâncias de recurso ou o inspector de serviço<sup>102</sup>. É preciso superar de vez a «cultura do relatório» que durante anos, sob a influência pesada de Alberto dos Reis, prevaleceu entre nós, e substituí-la por uma cultura verdadeiramente democrática de motivação convincente e equilibrada das sentenças judiciais<sup>103</sup>.

Por outro lado, parece-me perfeitamente aceitável que se tenha uma perspectiva isonómica e horizontal do processo, desde que nele não haja confusão de papéis, embora as metáforas arquitectónicas explicativas não sejam, longe disso, decisivas.

Também me parece interessante enfatizar a ideia de diálogo entre todos os sujeitos processuais, desde que tal não signifique perseverar no mito da oralidade.

Mas, neste plano, importa claramente não confundir diálogo com cooperação. Pode muito bem dialogar-se no processo sem cooperar numa obra comum.

Para evitar equívocos e pôr de lado, de vez, o irrealismo da «comunidade de trabalho», talvez seja preferível, em lugar de insistirmos na ideia cooperativa, começarmos a falar em *princípio do diálogo* — entre jurisdições, entre as partes e entre estas e o juiz — como é proposto, em obra recente, por Helène Ruiz e Jean-Marc Sorel<sup>104</sup>.

A minha discordância com França Gouveia só é significativa no que respeita ao papel e aos poderes do juiz. Este juiz é um homem ou uma mulher com emoções, preconceitos e com determinada visão do mundo. O problema consiste então em saber se é possível e há condições para transpor para a realidade do processo aquele homem ou aquela mulher de carne e osso exigindo-lhes que cumpram escrupulosamente os seus deveres de imparcialidade e *terzietà*, e, em simultâneo, que se preocupem com o litígio privado, mais

---

<sup>102</sup> Luís Correia de Mendonça, José Mouraz Lopes, «Contributo para uma análise estrutural da sentença civil e penal: a legitimação pela decisão», *Revista do CEJ*, 1: 191 ss.

<sup>103</sup> Frédéric Berenger, *La motivation des arrêts de la Cour de Cassation*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003.

<sup>104</sup> Partindo da evolução das sociedades modernas e das expectativas dos cidadãos no início deste século, estes autores destacam três ideias basilares, a lealdade, nomeadamente na recolha das provas, o diálogo, entre as partes e entre estas e o juiz, e a celeridade, erigindo-as em princípios directores comuns a todos os processos, Serge Guinchard *et alii*, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3.<sup>a</sup> ed., Dalloz, 2005: 957.

do que o estritamente necessário para a declaração dos direitos subjectivos, de acordo com a norma material e os factos provados em juízo.

Confesso que continuo a ter as maiores dúvidas quanto à resolução positiva de tal problema que mais se assemelha à quadratura do círculo. Porque de duas uma: «ou o árbitro faz também de treinador das duas equipas, e então é preciso que nos apressemos a desacreditá-lo para sempre (como árbitro e como treinador); ou faz só de treinador (de uma equipa) e então é mesmo preciso encontrar um terceiro que faça de árbitro»<sup>105</sup>.

Devem ser as partes e só elas a introduzir os enunciados de dados de facto em juízo. Como o exercício do direito de acção não parte do vazio e tem sempre por base determinada realidade empírica, não se corre o risco de a realidade intra processual, passada pelo crivo do contraditório e do debate, ser, por norma, discrepante da realidade extra processual.

Por outro lado, é difícil não conferir à referida ideia de preocupação do juiz pela causa a ele sujeita uma dimensão ética. Ora, na esclarecedora análise de Luigi Ferrajoli, «quanto mais espaço a legislação deixa à ética do juiz, às suas escolhas e à sua responsabilidade moral, tanto mais se reduz a legitimação ético-política do juízo», o que, sem o ser, pode parecer paradoxal<sup>106</sup>. O espaço da moral subjectiva do juiz é o espaço do arbítrio, o qual será tanto maior quanto menor for o sistema de garantias processuais.

Todos ganharíamos se, em vez de perdermos tempo na busca de mais um estereótipo para classificar os poderes do juiz no processo civil, voltássemos à situação em que o juiz só pode aspirar a ser, o que não é pouco, «um juiz sem adjectivos».

## 6. CONCLUSÃO

Espanha está na moda. Em sondagem recente, 27,7% dos portugueses inquiridos responderam que não se importavam de ser espanhóis<sup>107</sup>.

A Constituição Espanhola, de 27 de Dezembro de 1978, proclama, no seu artigo 1.º, n.º 1, que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...».

Um novo código de processo civil foi aprovado pela Ley n.º 1/2000, de 7 de Janeiro. Neste código — assente nos princípios do dispositivo, da oralidade e da concentração — são praticamente inexistentes os poderes de direcção material do juiz e amplas as garantias conferidas às partes<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Franco Cipriani, *Batallas...*, *op. cit.*: 154.

<sup>106</sup> Luigi Ferrajoli, «L'Etica della giurisdizione penale», in: (a cura di Giovanna Visintini e Sergio Marotta) *Etica e deontologia Giudiziaria*, Vivarium, Napoli, 2003: 40.

<sup>107</sup> *Semanário Sol*, de 23 de Setembro de 2006.

<sup>108</sup> Até hoje, o Tribunal Constitucional de Espanha nem uma só vez questionou a constitucionalidade das normas do referido código. Estranho, por isso, que se possa afirmar com tão

A propósito dos poderes do juiz, a doutrina preocupa-se essencialmente com dois artigos (artigos 429.1, II, e 435.2<sup>109</sup>), preconizando, por exemplo, Montero Aroca que os juízes espanhóis não façam uso da faculdade que lhes confere o artigo 429<sup>110</sup>.

A experiência espanhola constitui uma boa fonte de inspiração para qualquer reforma a empreender na área do processo civil. A diferença substancial existente entre as taxas de crescimento do PIB registadas, ao longo dos últimos anos, nos dois países ibéricos tem certamente alguma relação com os modelos seguidos por cada um dos Estados na área da justiça civil.

Espanha seguiu o modelo liberal-democrático. Em Portugal optou-se pelo paradigma autoritário, consolidado em sucessivas reformas. Se ao menos este modelo fosse célere e funcionasse bem, nada teria a apontar-lhe, para além de uma divergência ideológica de fundo. Ora, todos sabemos que, infelizmente, não é este o caso.

Chegados ao estado de crise estrutural em que se encontra a nossa justiça civil, será conveniente interrogarmo-nos sobre o que falta para termos um tipo perfeito de processo civil publicizado e inquisitório, como era, por exemplo, o do Código de Processo Civil russo de 1923<sup>111</sup>. Talvez fique assim mais claro para todos a que meta conduz a orientação publicística que tem prevalecido entre nós.

Para chegarmos ao fundo desse túnel sombrio, falta-nos, em suma, dar os seguintes passos:

- impor ao juiz o dever de mandar intervir na causa qualquer pessoa, sem quaisquer limitações ou condições, e suprir de ofício os pres-

---

poucas dúvidas que este modelo de processo é «difícilmente conciliável» com um Constituição que institui o Estado social de direito, Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2004: 266.

<sup>109</sup> O artigo 429.1, II, dispõe, para o final da audiência prévia no processo ordinário, que «cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal». Por sua vez, o artigo 435.2 preceitua: «Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos».

<sup>110</sup> Juan Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001: 123, e *La prueba...*, *op. cit.*: 493.

<sup>111</sup> Este tipo encontra-se, entre outros, no Código de Processo Civil russo de 1923, Piero Calamandrei, «Il processo civile in Russia», *op. cit.*: 287 ss. A comparação com o Código de Processo Civil da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, de 1964, proporcionaria idêntico resultado.

- supostos processuais, à semelhança do já acontece no Código de Processo do Trabalho (artigos 27.º, alínea a), e 127.º, n.º 1);
- conferir ao juiz poderes para investigar livremente quaisquer factos, mesmo não alegados, essenciais à procedência das pretensões formuladas e das excepções deduzidas;
  - incumbir o juiz do dever de explicar às partes quais são os seus direitos processuais e como se devem comportar no desenvolvimento da acção;
  - atribuir ao juiz o poder de, independentemente da vontade das partes e da satisfação dos ónus legais, fixar discricionariamente quais os factos assentes e quais os controvertidos e carecidos de prova; e ainda que os factos tenham sido admitidos por acordo, permitir que o juiz possa incluí-los no *thema probandum*;
  - atribuir valor probatório ao conhecimento privado do juiz;
  - admitir a condenação *extra vel ultra petita partium*, o que, como se sabe, é já hoje permitido na jurisdição laboral (artigo 74.º C.P.T.);
  - atribuir ao Ministério Público a faculdade de propor acções civis, independentemente da vontade das partes e de intervir como parte principal em qualquer causa em que se discuta matéria de relevo para os interesses do Estado.

Acredito que a grande maioria dos juristas portugueses não queira continuar por um caminho que só pode conduzir ao abismo.