

O JUIZ E O PROCESSO CIVIL (CONTRIBUTO PARA UM DEBATE NECESSÁRIO)

JOSÉ IGREJA MATOS

O presente artigo assume uma clara crítica ao modelo do juiz liberal e à orientação que evita atribuir ao juiz poderes que permitam interferir nos aspectos materiais da causa. Os referenciais valorativos da magistratura pressupõem o acarinhamento da sua pulsão criativa, numa lógica de pontos de vista e não de descarnados referenciais silogísticos. O convencimento do “auditório” plasma-se na sentença mas concretiza-se, desde logo, a partir da modelação do adquirido factual, dinamicamente construído a partir da ideia utópica de verdade, modestamente assumida. No processo civil, o juiz deve intervir também como autoridade reguladora. O cunho autoritário que esse poder encerra não se combate tornando o juiz um parceiro indiferenciado, algures ao lado das partes. O contrapeso deve procurar-se, fundamentalmente, num quadro de oficiosidade do contraditório e de um austero sistema de preclusões, com uma efectiva dupla apreciação da matéria de facto, assegurando-se sempre a marca genética de um processo civil ao serviço do cidadão.

“O que é equitativo, sendo justo, não é justo segundo a lei, mas uma correcção da justiça legal. (...) Vê-se assim claramente o que é equitativo, que ser equitativo é ser justo e que é superior a um certo tipo de justiça.”

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, v. 14 (traduzido para português por Vasco Casimiro, a partir da versão francesa).

“— Pobre juiz — murmurou Tarrou ao passar a porta — era preciso fazer qualquer coisa por ele. Mas como se há-de ajudar um juiz?”

Albert Camus, *A Peste*, Circulo de Leitores, 1998, pág. 184 (tradução de Ersílio Cardoso).

SUMÁRIO: I — Introdução — enunciação do problema; II — A polémica; III — Os modelos de juiz: a) O caso espanhol: a posição de Montero Aroca, b) O caso italiano, c) O caso português; IV — Apreciação crítica do modelo do juiz liberal: a) Um retrato sociológico do processo civil português, b) Uma visão axiológica da função de julgar; V — Apreciação crítica do modelo do juiz colaborante; VI — Síntese conclusiva — O juiz como autoridade reguladora e as garantias de controlo pelas partes.

I — INTRODUÇÃO — ENUNCIÇÃO DO PROBLEMA

Pretende o presente artigo contribuir para uma análise reflexiva relativamente aos poderes do juiz no processo civil.

Como enquadramento dessa avaliação, discorreremos sobre a polémica instalada entre os defensores dos modos diversos de intervenção do julgador, particularmente no domínio probatório.

Após uma abordagem e caracterização dos modelos conflituantes, procurará fazer-se a crítica argumentativa dos postulados de cada uma das facções envolvidas na controvérsia, com particular ênfase nos modelos de juiz liberal, apontado por Aroca, Cipriani ou Luís Correia de Mendonça e no modelo, dito misto, do juiz colaborante, na concepção de Mariana França Gouveia.

O caso português merecerá atenção mais detalhada, à luz também das recentes reformas legislativas, particularmente o regime processual experimental.

Alimenta-se, portanto, uma discussão que foi mantida já nas páginas desta revista, no seu número inicial.

II — A POLÉMICA

O livro “Processo civil e Ideologia”¹ permite aceder ao objecto da discussão que hoje é central, um pouco por toda a Europa, relativamente ao papel do juiz na estrutura adjectiva cível.

Coordenado pelo prof. Montero Aroca, a obra em causa discute a natureza da intervenção do poder judicial no âmbito do processo civil. Trata-se de expressar a preocupação sentida nomeadamente em Espanha por Montero Aroca, em Itália por Franco Cipriani e em Portugal por Luís Correia de Mendonça, juiz de direito, pelas orientações publicistas do processo².

No essencial, propugna-se uma orientação que evite atribuir ao juiz faculdades que impliquem a sua interferência nos aspectos materiais da causa, rechaçando-se, por essa via, uma ideia tida como autoritária de processo civil.

Verte-se nessa obra muita da polémica hodiernamente vivida nos meios académicos e forenses, pontuada, sobretudo em Itália, por alguma inflamação verbal, entre aqueles que defendem uma visão que José Carlos Barbosa Moreira designa como o neoprivatismo do processo civil³ e aqueles outros, tidos

¹ AROCA, Juan Montero, “et alii”, *“Processo civil e ideologia”*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch.

² AROCA, Juan Montero, “et alii”, *“Processo civil e ideologia”*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 16 a 20. De tal corrente doutrinária, o livro referido, em muito, dá boa nota. Para além dos escritos nele contidos, recenseie-se, para lá do que for sendo concretamente citado, de CIPRIANI, *“Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)”*, em *Rivista di diritto processuale*, 1995, págs. 969 e segs., *“Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”*, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. LVI, 2002, págs. 1243 e segs.; de AROCA, *“La Ley de Enjuiciamiento Civil española Y la oralidad”*, conferência pronunciada nas XVII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, no volume de *Relatórios y Ponencias*, San José, 2000, Tomo II, págs. 285 e segs., *“I principi politici del nuovo processo civile spagnolo”*, tradução italiana de Vittorio Bratellie Nicoletta Magrino, Nápoles, 2002.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *“O neoprivatismo no processo civil”*, em *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 10 (Abril-Jun. 2005), págs. 3-12, também presente em *“Processo civil e ideo-*

como mais numerosos, que defendem o que Aroca chama de processo civil “social”.

Na base da distinção está, sobremaneira, a questão dos poderes do juiz na actividade instrutória. Assim, esboçam-se duas visões degladiantes desta problemática: uma que reserva às partes a faculdade de apresentar as provas, cabendo ao juiz um papel não interventor, evitando-se manifestações de autoritarismo estatal, e outra que confere a faculdade ao juiz de participar no mecanismo probatório, em busca da decisão “justa”.

Num caso, teríamos a adesão a um ideário liberal, de matriz garantística, focalizando os princípios de imparcialidade e de “imparcialidade”⁴, perspectivando o juiz como garante da observância do princípio da igualdade, e do outro uma defesa da posição publicística do processo, assegurando ao juiz o reforço de poderes quer na direcção da lide, entregando-lhe o papel de gestor do processo, quer na actividade instrutória, conferindo-lhe relevantes poderes “ex officio” (como a inquirição oficiosa de pessoas não arroladas como testemunhas, aditamentos officiosos de factos ainda que instrumentais ou despachos de aperfeiçoamento em matéria de facto).

O grande interesse desta discussão⁵ reside, desde logo, na circunstância de agora se problematizar criticamente uma tendência que, desde há 100 anos, era vista como consensual pelos processualistas: a ideia de substituição do paradigma liberal do processo — onde as partes são as «donas» do processo e o juiz o “convidado de pedra”, na conhecida expressão de Lascano — pela ideia da procura da verdade material e da justa composição do litígio — onde o juiz assume a função de o alcançar.

III — OS MODELOS DE JUIZ

a) O caso espanhol: a posição de Montero Aroca

Sintetizando a posição do processualista espanhol Aroca, representante dessa visão privatística do processo, temos que este autor afirma ter o século XX assistido à formação no processo civil de um verdadeiro mito

logía”, págs. 199 a 215, e ainda, com muito interesse, do mesmo autor, “*Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*”, Braga, Cadernos de Direito Privado, n.º 7 (Julho/Setembro de 2004), págs. 3 a 10.

⁴ Aroca defende que a atribuição de poderes probatórios ao juiz leva ao questionamento, não tanto da sua imparcialidade, que é sempre algo de subjectivo, mas sobretudo da sua qualidade de terceiro, atenta a exigência de incompatibilidade de funções entre a parte e o juiz no processo. Esta condição de terceiro, ou “*terzietà*”, define-se como imparcialidade, distinguindo-se assim da imparcialidade (*vide* AROCA, “*Processo civil e ideologia*”, págs. 157-158, que atribui a utilização primeira da palavra “imparcialidad”, em espanhol, a GOLDSCHIMT).

⁵ Como se aventou já esta revista traz à estampa no seu n.º 1 dois artigos que reflectem as duas visões conflitantes em análise: um de Mariana França Gouveia, intitulado “*Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa — Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*”, e o outro de Luís Correia de Mendonça, “*Vírus Autoritário e Processo Civil*”.

plasmado no denominado “processo social”. Assim, enquanto o século XIX assistira ao predomínio da concepção liberal do processo caracterizada pelo princípio do dispositivo, pelo monopólio exclusivo das partes na determinação do objecto do processo e pela inexistência do poder material do juiz em sede de aquisição probatória para influir no conteúdo da sentença em homenagem aos princípios da imparcialidade e à sua qualidade de terceiro, o século passado identifica-se com um forte aumento do poder do juiz, muito por força de uma dada concepção ideológica da sociedade própria dos regimes políticos caracterizados pelo autoritarismo, quando não pelo totalitarismo⁶. Deste modo, segundo Aroca, à concepção liberal do processo contrapõe-se a da publicização posteriormente afirmada e que entronca no aumento do poder do Estado na sociedade, materializada, no processo civil, pelo aumento dos poderes do juiz em detrimento dos direitos e das garantias das partes⁷. Estaríamos aqui não perante uma questão técnica ou científica mas sim perante a clara afirmação de uma vertente autoritária, de raiz ideológica-política.

b) O caso italiano

Em Itália, onde as cores da polémica assumem contornos mais vivos, encontramos, desde logo, no cerne da discussão, o modo como é encarado o CPC promulgado em 1940. Franco Cipriani sublinha o seu carácter antiliberal e autoritário⁸ ao passo que a tese contrária, mais tradicional, defende as suas virtualidades que têm sabido temperar o “activismo judicial”, na expressão usada por Giovanni Verde⁹.

⁶ Deste modo, em Itália, o *Codice di Procedura Civile* de 1940 constituiria um produto típico do fascismo, tendo como ponto fundamental o reforço dos poderes do juiz, sobretudo poderes de ofício em matéria de prova, dedicando a esses poderes um Título (o V do Livro I); na Alemanha, as modificações operadas pelo Decreto de 8 de Novembro de 1933, que visam garantir ao “juiz uma rigorosa direcção do processo” e a “efectiva descoberta da verdade” (BOHM, Peter, “*Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*”, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, n.º 2, pág. 639); em Espanha com a criação pela ditadura franquista de um processo declarativo regulado por um Decreto de 1952 no qual se incrementam os poderes do juiz na direcção formal do processo e em Portugal com o CPC de 1939 no qual os poderes oficiosos do juiz são tantos que para os enumerar, como adverte Alberto dos Reis pela pena de Luís Mendonça, “seria um nunca mais acabar” (AROCA, Juan Montero, “et alii”, “*Processo civil e ideologia*”, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 422).

⁷ Avente-se, desde já, que esta visão do processo como uma “torta” ou um “bolo” em que os poderes de uns, os juizes, são sempre ganhos à custa da perda do poder das partes é criticada por TARUFFO Michele, em *Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2006 (n.º 2), págs. 451-483, que alerta para o caso francês em que, tendo o juiz um poder geral sobre a prova, deglutindo todo a torta, nada restaria para as partes o que, naturalmente, não sucede.

⁸ Uma síntese do pensamento de Franco Cipriani pode ser encontrada em MENDONÇA, Luís Correia, *O pensamento de Franco Cipriani sobre a Justiça Civil*, in *Revista do CEJ*, Coimbra, 2005 (n.º 2), págs. 65-125.

⁹ AROCA, Juan Montero, “et alii”, “*Processo civil e ideologia*”, *Las Ideologías del proceso en un reciente ensaio (Giovanni Verde)*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 68 a 80.

c) O caso português

Em Portugal, o nosso Código de Processo Civil¹⁰ constitui hoje uma vasta manta de retalhos que, como refere Mariana F. Gouveia, segue “o modelo da incoerência”.

Luís Correia de Mendonça, contudo, realça, acima do mais, a sua clara vertente autoritária. Essa vertente foi despoletada, com agressiva firmeza, pelo CPC de 1939 o qual, assumiu “o feitio do Estado a que pertencia: um Estado anti-individualista e orgânico, um Estado com uma concepção totalitária da vida”¹¹.

A última grande reforma global do processo civil português, encetada em 1995/1996, mais não fez, segundo Mendonça, que “aprofundar a tendência regressiva”¹², sendo que “o que sobretudo merece ser posto em relevo é o claro reforço dos poderes do juiz, o qual não se vê como compatibilizar com o lema que deveria presidir à elaboração de qualquer processo verdadeiramente garantístico e democrático, a saber melhor justiça com maior liberdade”¹³. Cor-

¹⁰ A redacção actualmente em vigor do Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, resulta das seguintes alterações legislativas: Decreto-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967; Decreto-Lei n.º 323/70, de 11 de Julho; Portaria n.º 439/74, de 10 de Julho; Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio; Decreto-Lei n.º 165/76, de 1 de Março; Decreto-Lei n.º 201/76, de 19 de Março; Decreto-Lei n.º 366/76, de 5 de Maio; Decreto-Lei n.º 605/76, de 24 de Julho; Decreto-Lei n.º 738/76, de 16 de Outubro; Decreto-Lei n.º 368/77, de 3 de Setembro; Decreto-Lei n.º 533/77, de 30 de Dezembro; Lei n.º 21/78, de 3 de Maio; Decreto-Lei n.º 513-X/79, de 27 de Dezembro; Decreto-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho; Decreto-Lei n.º 457/80, de 10 de Outubro; Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro; Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho; Decreto-Lei n.º 381-A/85, de 28 de Setembro; Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho; Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto; Decreto-Lei n.º 92/88, de 17 de Março; Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro; Decreto-Lei n.º 211/91, de 14 de Julho; Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril; Decreto-Lei n.º 227/94, de 8 de Setembro; Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro (republica o Código de Processo Civil); Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro (rectifica o Decreto-Lei n.º 329-A/95); Decreto-Lei n.º 125/98, de 12 de Maio; Decreto-Lei n.º 375-A/99, de 20 de Setembro; Decreto-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto, Dec. Rect. n.º 7-S/2000, de 31 de Agosto, e Dec. Rect. n.º 11-A/2000, de 30 de Setembro; Lei n.º 30-D/2000, de 20 de Dezembro; Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, e Dec. Rect. n.º 20-AR/2001, de 30 de Novembro; Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro; Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, Dec. Rect. n.º 14/2002, de 20 de Março, e Dec. Rect. n.º 18/2002, de 12 de Abril; Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, e Dec. Rect. n.º 5-C/2003, de 30 de Abril (republica o Título III do Código de Processo Civil); Decreto-Lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro, e Dec. Rect. n.º 16-B/2004, de 31 de Outubro; Lei n.º 105/2003, de 10 de Dezembro; Decreto-Lei n.º 324/2003, de 27 de Dezembro, e Dec. Rect. n.º 26/2004, de 24 de Fevereiro; Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, e Dec. Rect. n.º 24/2006, de 17 de Abril; Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março; Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março e Dec. Rect. n.º 28-A/2006, de 26 de Maio; e Lei n.º 14/2006, de 26 de Abril. As constantes alterações que este amontoado de diplomas legais documenta transformaram o nosso Código de Processo Civil num diploma confuso e crescentemente incoerente, pelo menos, na sua atrabiliária sistemática.

¹¹ AROCA, Juan Montero, “et alii”, *“Processo civil e ideologia”*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 422.

¹² AROCA, Juan Montero, “et alii”, *“Processo civil e ideologia”*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 429

¹³ AROCA, Juan Montero, “et alii”, *“Processo civil e ideologia”*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 430.

reia de Mendonça apela a um regresso do garantismo da legislação liberal, com a retirada de poderes ao juiz e a sua devolução às partes.

Em Portugal, sem esquecer que o dispositivo é pleno em relação à alegação dos factos (art. 264.º do CPC), temos, contudo, uma impressionante amplitude dos poderes probatórios do juiz concretizada numa multiplicidade de normas sobre a instrução. Assim, elenque-se a possibilidade do juiz requerer oficiosamente qualquer tipo de documentos, onde se incluem informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objectos ou outros documentos, como vídeos, necessários ao esclarecimento da verdade (art. 535.º do CPC), o poder de requerer oficiosamente uma perícia (art. 579.º), a capacidade de decidir sobre a inspecção judicial (art. 612.º), a faculdade de chamar a parte a depor (art. 552.º), o dever, e não apenas faculdade, de ordenar o depoimento de pessoa não arrolada como testemunha que tenha conhecimento de factos importantes (art. 645.º)¹⁴. Além destas normas, temos ainda a regra geral do art. 265.º, n.º 3, impendendo sobre as partes impende um dever de prestar ao tribunal todos os esclarecimentos sobre matéria de facto ou de direito que se afigure pertinente, implicando a omissão desse dever de cooperação a condenação do infractor como litigante de má-fé (art. 266, n.ºs 2 e 3, e al. c) do n.º 2 do art. 456.º)¹⁵.

Estas questões estruturais relativas ao modelo de juiz adquirem nova e premente actualidade no nosso país por força da entrada em vigor do denominado regime processual experimental aprovado pelo D.L. n.º 108/2006, de 8 de Junho, aplicável nos Juízos Cíveis do Porto, na Pequena Instância Cível do Porto e nos tribunais de comarca de Almada e Seixal.

Manifestando preocupação pelo poder-dever de gestão processual do juiz consagrado pelo referido decreto lei, um pouco na linha da defesa da autonomia das partes propugnada por Mendonça, embora criticando o emergente neo-liberalismo, importa recensear ainda uma posição recente claramente desfavorável ao modelo de juiz interventivo tal como é congeminado por esta reforma, protagonizada pelo advogado Renato Militão¹⁶.

Mariana França Gouveia, atenta a esta discussão, que descreve logo no início do livro onde anota o regime experimental, propõe-se avançar com um terceiro arquétipo de juiz que rompa com o juiz liberal e com o juiz autoritário que publiciza o litígio privado: o juiz colaborante de que o regime experimental seria suporte exponencial afirmativo e que o CPC já prenunciava.

Procurando superar a dicotomia entre um paradigma autoritário que o Estado de Direito, porque assente na dignidade da pessoa humana e na

¹⁴ FREITAS, José Lebre, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 139.

¹⁵ Para uma súmula desenvolvida dos poderes instrutórios do juiz após 95, alargando o “inquisitório moderado” anterior referido por Pessoa Vaz, veja-se, com muito interesse, MACHADO, António Montalvão, “O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil”, 2.ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2001, págs. 333 a 338.

¹⁶ MILITÃO, Renato, “Processo Civil e ideologia — Outra Proposta de Abordagem”, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 43 (Setembro-Outubro de 2006), págs. 40-43.

igualdade das pessoas, rejeita, e um modelo liberal que ignora a razão de legitimação dos tribunais, assente nas modernas sociedades democráticas numa justiça próxima, de convencimento e de cidadania, esta processualista aponta para um modelo misto que pretende conciliar antagonismos.

Nesse modelo, o juiz está em igualdade com partes, numa lógica democrática e não autoritária, e, para além disso, não se desinteressa do destino do litígio, entregando-o à disputa das partes, mas antes se preocupa com o que Mariana França Gouveia intitula de “correspondência entre a realidade intra-processual e a realidade extra-processual”¹⁷.

IV — APRECIÇÃO CRÍTICA DO MODELO DO JUIZ LIBERAL

Desenvolveremos a exposição descritiva do modelo do juiz liberal não tanto à luz do que o mesmo representou historicamente, mas com o “aggiornamento” imposto pelos novos tempos, com a conformação teórica já referenciada e que terá na Lei de Enjuiciamento Civil espanhola um possível paradigma legislativo.

a) Um retrato sociológico do processo civil português

A discussão sobre um dado perfil de juiz para o processo civil deve, para ser útil, ater-se, desde logo, ao universo sociológico em que intervém.

Importa, para tanto, surpreender a natureza dos litígios que desembocam actualmente no tribunal para, a partir daí, discernir dos modos de intervenção jurisdicional adequados.

Em estreita relação com esta temática surge a questão da eficiência da resposta judiciária, conexas com o problema da celeridade.

Vejamos o caso português.

As estatísticas mostram uma forte tendência de crescimento dos processos cíveis pendentes a partir de 1992. Em 1993, o número de processos cíveis pendentes em 1 de Janeiro era de 294.868, enquanto que em 2002 o número aumentou para 390.830. Apesar de também se registar um aumento gradual do número de processos findos, com duas quebras em 1995 e 2001, a resposta judicial não correspondeu ao aumento da procura, originando, assim, em uma década, esse acumulado de processos pendentes superior a um milhão¹⁸. O panorama forense é caracterizado, pois, por um extraordinário aumento da litigiosidade o que vem acarretando uma tendência

¹⁷ GOUVEIA, Mariana França, *Regime Processual Experimental Anotado*, 2006, Almedina Editora, pág. 14.

¹⁸ “Os actos e os tempos dos juizes: contributos para a construção de indicadores da distribuição processual nos juízos cíveis” — Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2005, pág. 125.

preocupantemente crescente para uma “delonga intolerável da resolução definitiva do litígio”¹⁹.

Mas a nota a sublinhar prende-se com a noção que a demora nos tempos de pendência média tem vindo, de facto, a acentuar-se drasticamente nos litígios de baixa densidade, associados à denominada litigância de massa, não ocorrendo, porém, o mesmo nos processos mais complexos ou de elevado valor.

Assim, constata-se que os processos de baixo valor têm uma duração média superior à de um processo ordinário e que as acções declarativas para mera cobrança de dívidas duraram, em média, 17 meses em 2001 e 19 meses em 2002²⁰.

No período 2000-2004, o peso das acções de dívida nas acções declarativas era de 60%, subindo para 85% e 73,5% em Lisboa e Porto, respectivamente. Repare-se ainda como, no mesmo período, 74,2% das acções cíveis foram intentadas por pessoas colectivas, normalmente as empresas de serviços, litigantes frequentes, subindo esse número, em Lisboa e Porto, para uns esmagadores 92,8% e 87,6%. Ainda na mesma linha, temos que 50% das acções declarativas de dívida têm um valor inferior a 1.000 Euros (em Lisboa, 66%) e cerca de 35,4% inferior a 500 Euros²¹.

Foi a constatação dos estrangulamentos do sistema no âmbito dos litigantes de massa que determinou, aliás, a implementação de medidas legislativas que assegurem um tratamento específico a esses litigantes, ainda que sempre no seio da estrutura formal dos tribunais²².

Detecta-se claramente uma colonização do sistema de justiça por parte de litígios de baixa intensidade em que não existe uma incerteza sobre os direitos e as obrigações de cada uma das partes, mas em que “o tribunal é utilizado pelo autor como instância de coercibilidade ou meio para obter um título executivo e pelo réu como instrumento dilatatório do prazo de cumprimento da sua obrigação”²³.

A justiça civil, intensamente mobilizada por pessoas colectivas para cobrança de dívidas por litigantes frequentes (como operadores de televisão por cabo, operadoras de telemóveis, bancos, seguradoras ou sociedades

¹⁹ FERNANDEZ, Elisabeth, “*Um juiz de paz para a paz dos juízes (?)*”, em *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 15 (2006), pág. 15.

²⁰ Estes dados encontram-se num estudo preliminar do GPLP denominado “Regime Especial para Grandes Litigantes” de Mariana F. Gouveia.

²¹ Os dados estatísticos em apreço encontram-se no estudo “*A Geografia da Justiça: para um novo mapa judiciário*” do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponível em: www.opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_A_Geografia_da_Justica.html.

²² Por resolução do Conselho de Ministros de 5 de Maio de 2005 foi aprovado um Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais com diversas medidas, entre as quais a de assegurar um tratamento específico à litigância de massa.

²³ SANTOS, Boaventura Sousa, “et alii”, 1996, “*Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas — O Caso Português*”, Centro de Estudos Sociais/Centro de Estudos Judiciários, Editora Afrontamento, pág. 157.

financeiras²⁴), acaba por ver a globalidade do seu desempenho orientada para a tramitação de procedimentos rotineiros em que a eficácia é medida exclusivamente pela celeridade e onde o litígio ou conflito entre as partes é, a mais das vezes, reduzido ou inexistente.

Pois bem. Esta nova realidade judiciária imposta pelas sociedades urbanas post-industriais não pode passar ao lado da discussão sobre modelos de intervenção do juiz. Mesmo aderindo aos postulados do liberalismo, sempre teríamos que aceitar que perante esta nova procura judiciária, em que se assiste ao apossamento do sistema judiciário por grandes litigantes de pequenos processos, terá que se erigir, no mínimo, uma resposta diferenciada. No âmbito destes “falsos conflitos”, os princípios recorrentemente esgrimidos da imparcialidade do juiz ou da sua *terzietà* perdem razão de ser; não há que ser árbitro de um combate, pois este não ocorre. Dir-se-à até genericamente que, nas acções de cobrança de dívida, um dos contendores é o vencedor antecipado, limitando-se o outro a fugir ao redor das cordas, adiando o knock-out final²⁵.

Neste tipo de processos, o que releva são critérios de eficiência de gestão conducentes a uma resposta quantitativamente satisfatória e temporalmente frugal. Donde, ao juiz deve enfatizar-se a sua vertente de “director do processo”, conferindo-lhe poderes de relevo, não no domínio da investigação probatória, mas enquanto gestor do processo. O art. 2.º do D.L. n.º 108/2006 (Regime Processual Experimental) consagra, nesta linha orientadora, o dever-dever de gestão processual, lendo-se no preâmbulo que “este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização”.

Pena é que este regime tenha sido criado para uma determinada realidade — a da litigância de massa — e depois se optasse por estendê-lo, sem cuidar das especificidades respectivas, a qualquer tipo de processo, designadamente à denominada litigância nuclear, aquela sobre a qual se centra a cidadania dos direitos e sobre a qual se edifica a representação social dos tribunais²⁶.

O pretexto para esse alargamento, gerador de um pecado original, assentou, sobretudo, na convicção sentida pelo decisor político que, em dado momento, deveria estender esse modelo face à formalidade excessiva do CPC actual, “fonte de morosidade processual” e de “dificuldades à realização da justiça material”²⁷.

²⁴ Seguimos aqui o elenco de empresas enunciado no estudo “*A Geografia da Justiça: para um novo mapa judiciário*” do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, pág. 43 das Conclusões Gerais.

²⁵ No modelo liberal, é recorrente a imagem do juiz como árbitro de uma competição desportiva, no caso um combate de boxe; vide, por exemplo, MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*O neoprivatismo no processo civil*”, em *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 10 (Abril-Junho 2005), pág. 11.

²⁶ GOUVEIA, Mariana França, *Regime Processual Experimental Anotado*, 2006, Almedina Editora, pág. 28, parece justificar este alargamento à luz da “inadequação do intrincado das regras processuais”.

²⁷ Esta é a versão aprentada em GOUVEIA, Mariana França, *Regime Processual Experimental Anotado*, 2006, Almedina Editora, pág. 28.

Simplesmente, no âmbito, repita-se, da referenciada litigância nuclear, Portugal em nada sai acabrunhado, em termos de delonga processual, quando confrontado com os congéneres europeus, sendo esta sempre menor do que em outros países mais desenvolvidos, como é o caso da França e Itália²⁸.

Sem embargo desta ressalva, aceitemos, porém, que os novos fenómenos de litigiosidade impõem que se repense um modelo de juiz num quadro geral de exigência acrescida de eficiência na gestão do processo civil, o que implica, necessariamente, uma maior flexibilidade e alargados poderes de gestão processual.

b) Um olhar axiológico sobre a função de julgar

Juan Montero Aroca traça, com vigor, o vício genético que o atormenta: “hay un echo inegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados em el siglo XX en los que se han aumentado fuertemente los poderes del juez han sido dictados — y no será por casualidad — por regímenes políticos autoritários cuando no totalitarios, regímenes en los que se ha limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial”²⁹. E mais adiante, reforça a nota ao defender que o aumento dos poderes do juiz em matéria probatória não podem deixar de ser um reflexo do aumento dos poderes do Estado na sociedade, aumento que responde a uma concepção autoritária do próprio Estado. A atribuição de poderes probatórios ao juiz levaria necessariamente a questionar a posição de *terceiro*, posição essa que implica a impossibilidade de realizar actos próprios das partes.

Procurando descortinar criticamente as consequências desta afirmação, tributária do entendimento essencial do império da vontade das partes em todos os momentos da tramitação, dando de barato como parece conceptualmente inegável que o papel de terceiro, em sentido amplo, do juiz sempre sai beliscado quando este “suja as mãos”, intrometendo-se “ex officio” no apuramento dos factos, entendemos de todo o interesse reflectir sobre a tesitura axiológica em que repousa a função de julgar.

Naturalmente que essa análise reporta-se, à luz do balizamento anterior, apenas aos conflitos que constituem a chamada “litigância nuclear”, centrada na ideia de conflito³⁰.

O século do liberalismo, na projecção ainda do iluminismo, afirmava os valores abstractamente considerados da “igualdade” e da “liberdade”. No

²⁸ Estas conclusões resultam da análise relatório do CEPEJ (Comissão europeia para a eficácia da justiça), inserida no Conselho da Europa e publicado em Setembro passado, disponível já na Internet em http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/evaluation/2006/CEPEJ_2006_eng.pdf.

²⁹ AROCA, Juan Montero, “et alii”, “*Processo civil e ideologia*”, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 141.

³⁰ Continuamos a recorrer, por facilidade de exposição, à definição de Boaventura Sousa Santos presente em *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas — O Caso Português*, Centro de Estudos Sociais/Centro de Estudos Judiciários, Editora Afrontamento.

plano do direito, imperava o positivismo puro que glorificava a natureza geral e abstracta da lei. O facto, ou o conflito, era um mero pressuposto formal a partir do qual, sem curar de saber do indivíduo concretamente situado, se aplicava o direito que coincidia com o texto da lei. O juiz era um mero técnico do direito; nas palavras de Montesquieu “Le juge esta la bouche qui prononce les paroles de la loi”. Aliás, é historicamente significativo que Montesquieu, defensor da divisão de poderes, reserve para o juiz uma actuação estritamente vinculada de tal modo que as sentenças devem de ser de tal forma fixas que mais não sejam do que um texto preciso da lei³¹.

O julgador, bacteriologicamente puro, é um especialista científico, desligado das contingências do social³².

Mas, sobretudo com o pós-guerra, e muito por causa precisamente dos totalitarismos gerados por esta neutralidade científica, pretensamente despida de uma componente axiológica, emerge o Estado Social.

Afere-se agora a realidade concreta que é a do homem desigual, percebe-se que não há uma resposta mas sim várias³³, assume-se a complexidade, aposta-se na inter-disciplinaridade e caminha-se para a utopia da verdade material porque o direito não pode ser a norma para o abstracto, mas antes uma norma para o concreto da vida³⁴.

Julgar incorpora, agora, dois aspectos: por um lado, como sublinham os liberais, separar as partes, pondo fim à incerteza. Mas ao julgador cabe ainda fixar “a justa distância entre os parceiros afrontados”³⁵. Ora, essa “justa distância” acontece apenas quando aquele que ganha reconhece ao que perde o direito de expor os seus argumentos, que eram plausíveis.

Os liberais sublinham recorrentemente que não é um sentimento de aproximação entre os homens que subjaz ao processo, mas antes a vontade de lutar pela sua verdade, a verdade, ainda que parcial e enviesada, daquele que litiga³⁶. Esta constitui uma aproximação de relevo que faz ressaltar as fragilidades do modelo de juiz colaborante e o próprio Ricoeur sublinha essa dimensão: “atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência”³⁷.

Mas, “et pour cause”, importa lograr uma superação que remeta, ao

³¹ MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, XI, VI, pág. 296.

³² Vide, como modelo da vacuidade desse tipo de magistrado, na literatura queirosiana, o Conselheiro Acácio do “Primo Basílio”, cuja grande obra de vida era “A Relação de todos os ministros de estado desde o grande Marquês de Pombal até nossos dias”.

³³ Precisamente o inverso dos totalitarismos em que, como demonstra Hannah Arendt, se suprime a diversidade, anulando-se a capacidade humana de agir de forma espontânea e imprevisível.

³⁴ Acompanha-se de perto, LÚCIO, Álvaro Laborinho, *A Justiça e os justos, Conversas com Maria José Braga*, Centro Cultural do Alto Minho, 1999.

³⁵ RICOEUR, Paul, *O justo ou a essência da justiça*, Instituto Piaget, 10, pág. 168.

³⁶ Montero Aroca sublinha o direito das partes a poder “lutar” pelo que crêem que é seu e a fazê-lo com todas as armas que o ordenamento jurídico lhes conferir — AROCA, Juan Montero, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 108.

³⁷ RICOEUR, Paul, *op. cit.*, pág. 166.

menos, para o conceito que Ricoeur crisma como de “justa distância”: o juiz é “o operador da justa distância que o processo institui entre as partes. (...) o juiz está para o jurídico como o mestre de justiça está para a moral”³⁸.

Em benefício desta razão pública da intervenção do juiz, invoque-se John Rawls que anuncia a justiça como “a primeira virtude das instituições sociais, tal como a verdade é a dos sistemas de pensamento”³⁹. Para Rawls, “espera-se que os juízes possam convocar, ou mesmo convoquem, os valores políticos da concepção pública, sempre que a constituição, explícita ou implicitamente, lhos aponte”⁴⁰. Coincidindo na preocupação, temos também Dworkin que entende dever a integridade do direito conduzir a que os juízes compreendam as suas decisões e as próprias normas jurídicas como fundadas “num conjunto coerente de princípios sobre a equidade (*fairness*) e a justiça.” Em todas as decisões judiciais, mas especialmente naquelas em que se dirimem “casos difíceis” (os famosos “hard cases” em que se estrutura a teoria de Dworkin), estariam envolvidas as convicções do juiz sobre os princípios que deveriam ser seguidos por razões de pura equidade e justiça políticas “in a community whose members have the moral convictions his fellow citizens have” (*Law’s Empire*, Fontana Press, London, 1986, págs. 225 e segs.)⁴¹.

Irrompe, portanto, a concepção do julgador como um verdadeiro “arquiteto social”⁴², entendendo a lei para além do seu texto.

A par desta emergência da equidade, assumida em declarações transnacionais⁴³, um outro aspecto torna questionável a concepção formal do juiz liberal, enquanto mero decisor imparcial de uma questão estritamente privada, “inter-partes”, em nome de uma suposta neutralidade científica que afinal inexistente.

Perelman, pai da “Nova Retórica”, constata precisamente a impossibilidade, para a ciência, de explicar o direito e as suas decisões. O Direito não será, assim, o lugar do irracional nem o do racional, cientificamente entendido⁴⁴. O meio-termo proposto é o razoável e seu contraste, melhor identificável à luz dos seus efeitos sociais, o *desarrazoado*.

Deste modo, para encontrar a solução adequada, deve o estatismo do prescrito legal ser adaptado pelo dinamismo da decisão judiciária⁴⁵. Donde,

³⁸ RICOEUR, Paul, *op. cit.*, pág. 14.

³⁹ RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Editorial Presença, Lisboa, 1993, pág. 29.

⁴⁰ RAWLS, John, *O liberalismo político*, Editorial Presença, Lisboa, 1997, pág. 229.

⁴¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Uma Introdução a Rawls*, Scientia Iuridica, Tomo LI, n.º 294 — Setembro/Dezembro 2002, Universidade do Minho, Braga, págs. 411 a 421.

⁴² Para usar a expressão de Armando Leandro in *Ética e Deontologia Judiciária: Breves Considerações*, na revista *Justiça & Democracia*, n.º 4, Maio/Setembro de 2006, pág. 18.

⁴³ Vide o art. 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa (*direito a um processo equitativo*) e o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que afirma o direito de toda a pessoa “*que a sua causa seja equitativamente julgada*”.

⁴⁴ Observe-se como o racionalismo crítico de Popper explica como a própria teoria científica será sempre conjectural e provisória. Desenvolvidamente, vide POPPER, Karl, *Conjecturas e Refutações*, Almedina, 2003.

para Perelman, “a evolução do processo civil impõe, actualmente, ao juiz (...) não ficar passivo e ordenar medidas necessárias ao estabelecimento da verdade”⁴⁶.

Importa introduzir a noção, cara a Perelman, de “auditório”. É que pede-se aos juízes que usem uma retórica argumentativa que persuada não apenas as partes mas que transcenda esse tríplice ponto de partida entre juiz e litigantes: trata-se, muitas vezes, de esgrimir um *topos* que faça valer uma tese defendida na sentença junto dos contendores mas também perante o olhar curioso da opinião pública que quer ser esclarecida. Enfim, uma decisão tomada num quadro discursivo limitado está submetida a condições de aceitação num plano que Perelman denominou como o “auditório universal”⁴⁷.

Assim, no direito, assistimos ao fim de uma concepção formal e legalista, própria do século XIX, e encontramos, também por influências das novas massas processuais que enformam hoje a litigância cível, a aceitação de respostas organizacionais plúrimas do sistema, enquanto no domínio conceptual emergem, decididos, o pluralismo jurídico, a interculturalidade (que procura superar as críticas a um confinado multiculturalismo) e a noção de complexidade⁴⁸ aliada a uma estruturação mais tópica que formalista do raciocínio jurídico; acontece que não é possível acolher esta visão sem que isso acarrete o reconhecimento do papel crescente do juiz na elaboração do direito, com a correspondente densificação na matriz processual⁴⁹.

Como decorrência dum novo paradigma, poderemos dizer, com Fátima Mata-Mouros⁵⁰, que “não deve confundir-se independência com imparcialidade ou neutralidade. É possível definir um juiz independente, como aquele que se atém exclusivamente ao direito, mas já não é possível definir, pelo menos em termos jurídicos, um juiz imparcial”⁵¹. Seria até, para Mata-Mou-

45 PERELMAN, *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, apresentação de Alain Lempereur, pág. XV.

46 PERELMAN, *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pág. 594.

47 RICOEUR, *op. cit.*, pág. 153.

48 A complexidade propõe-se uma abordagem transdisciplinar, abandonando o reducionismo que tem pautado a investigação científica, e dando lugar à criatividade e ao caos, entendendo, com Norberto Bobbio ou Morin, que se deve agir de forma a integrar a complexidade, não a reduzindo a um *pathos*. Tanto mais que como refere Edgar Morin, em “Os meus Demónios”, “não há conhecimento «espelho» do mundo objectivo. O conhecimento é sempre tradução e construção”. Daí, dizemos nós, a importância do “tradutor”.

49 Veja-se a carga intensa destas palavras, ainda que se desconte o desconstrucionismo pós-moderno que obviamente o enforma: “Para ser justa, a decisão de um juiz deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, como deve assumi-la, aprová-la, confirmar-lhe o valor, por um acto de interpretação reinstaurador, como se no limite a a lei não existisse antes, como se o próprio juiz a inventasse em cada caso.” — DERRIDA, Jacques, *Força de Lei*, Campo das Letras, 2003, pág. 38.

50 MATA-MOUROS, Maria de Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador do Poder Judicial” (Comunicação ao Congresso da Justiça — Dezembro de 2003), disponível em “Sob escuta: reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal — Anexos”, Cascais, 2003, Principia.

51 Como afirma Garapon, “a posição de um terceiro desencarnado é tão ilusória como a de um juiz sem referências” de tal modo que “as relações entre justiça e democracia tomam corpo

ros, no domínio do facto que essa independência deve operar em ordem a não ficar reduzida a uma mera abstracção. Citando Juan Luís Pagés, “do que se trata, em definitivo, é de assegurar uma independência de facto que torne realizável a independência de direito”⁵². Ora, o modelo liberal de juiz convive com dificuldade com esta matriz axiológica.

Admitir, como fazem os liberais, que o juiz de um processo concreto não pode assumir funções ou deveres de promoção de uma igualdade “substancial” ou que o juiz não pode decidir “ex officio” a produção de prova sobre factos que foram concretamente alegados ou que não pode, sequer em circunstâncias tipificadas, alterar o objecto do processo⁵³, seria, a meu ver, ignorar, por uma via, a nova realidade sociológica dos tribunais imersos numa litigância em que ao juiz se exige um poder activo na gestão do processo e, por outro, negligenciar uma etologia da actividade do juiz⁵⁴ que se foi acima delineando, muito a partir da descolagem de postulados positivistas, que encontra na diversidade cultural e na complexidade o “ambiente ecológico” onde imprime uma marca social.

Como impressivamente refere Constanzo M. Cea, ele próprio juiz em Bari, “o problema principal da justiça civil é o seu dramático deficit de eficiência”⁵⁵ e, nessa medida, importa assegurar ao juiz um papel assistencial que garanta às partes uma efectiva tutela jurisdicional. E essa garantia de matriz constitucional⁵⁶ implica um compromisso público ou, reproduzindo Cea, quando procura sintetizar o seu pensamento: “Morale: l’iniziativa individuale è il motore del mondo, ma se non interviene lo Stato a frenare gli eccessi degli *animal spirits*, non si ha benessere e giustizia, ma solo il trionfo del più forte”⁵⁷.

Importa também desmistificar a pretendida conexão entre os regimes autoritários e a atribuição ao juiz de poderes instrutórios, tão enfatizada pelos liberais.

É consabido como a reforma de 2001 do ZPO trouxe na Alemanha um reforço do papel do juiz no processo, o mesmo acontecendo em 2006 em sistemas como o italiano e o americano. Mesmo nos ordenamentos espanhol e

nesta contradição maior: necessidade de um terceiro, impossibilidade de um terceiro.” — GARAPON, Antoine, *O Guardador de Promessas*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998, pág. 260.

⁵² PAGÉS, Juan Luis Requejo, “Jurisdicción e Independencia Judicial”, Madrid, CEC, 1989, págs. 162 e segs.

⁵³ Esta visão da actividade do juiz 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, publicada na Revista do CEJ n.º 4, págs. 239 a 247.

⁵⁴ Veja-se, por exemplo, o poder conformador da realidade fáctica das presunções judiciais, previstas no art. 351.º do C. Civil.

⁵⁵ CEA, Constanzo M., *Valori e ideologie del processo civile: La ragioni di un “terzista”*, em Rivista di Diritto Civile, 2005, Pádova, Ano LI, n.º 1 (Janeiro - Fevereiro), pág. 105.

⁵⁶ A ideia de uma composição *justa* do litígio está geneticamente ligada à definição de processo civil como “sequência de actos destinados à *justa* composição de um litígio de interesse privados comuns mediante a intervenção de um órgão imparcial da autoridade, o tribunal” — definição de MENDES, João Castro, *Direito Processual Civil*, 1.º Vol., Lisboa, AAFDL, 1986, pág. 34.

⁵⁷ CEA, Constanzo M., *op. cit.*, pág. 104.

inglês em que o magistrado não detém poderes instrutórios, verificam-se excepções importantes; assim, a LEC espanhola, tão restritiva e liberal, veio atribuir poderes instrutórios ao juiz no famoso art. 429.º, 1, II, ainda que Aroca vaticine que o juiz espanhol dele uso não fará⁵⁸, e a reforma de 1999 em Inglaterra, antes modelo liberal por excelência, vai precisamente no sentido do reforço do papel activo do juiz no processo⁵⁹ conforme decorre nas Civil Procedure Rules em que se atribui ao magistrado amplas faculdades de controlo da actividade probatória como, por exemplo, a de emitir instruções, especificando as questões a provar, a natureza da prova a produzir e a forma como deve ser apresentada (rule 32.1) ou a de ordenar à parte que esclareça matéria discutida no processo ou ministre informação adicional a respeito (rule 18.1 (10))⁶⁰.

V — APRECIÇÃO CRÍTICA DO MODELO DO JUIZ COLABORANTE

Manifestamente, o modelo propugnado por Mariana Gouveia assente num juiz que está num patamar de igualdade com as partes, actuando como um gestor que vai adaptando as regras ao processo e às partes, adequa-se melhor a muitos dos falsos “litígios” cíveis que percorrem os nossos tribunais.

Nesses, como vimos, a litigiosidade é escassa ou nula, importando, sobretudo, afirmar os valores da eficácia e celeridade em ordem a uma resposta rápida e ágil para uma procura quantitativa. Aqui a ideia de flexibilidade é rainha e dela decorre a necessidade de um juiz dinâmico, conforme pretende o Regime Processual Experimental com o dever de gestão processual, em que se normativiza que o juiz dirige o processo, *devendo* adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, garantindo que não são praticados actos inúteis, impertinentes ou dilatatórios (art. 2.º).

⁵⁸ AROCA, Montero, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valência, Edi. Tirant Lo Blanch, pág. 113.

⁵⁹ Para uma análise detalhada dos modelos processuais de atribuição de poderes probatórios ao julgador, criticando a “colagem” entre autoritarismo e poder instrutório do tribunal, vide TARUFFO Michele, *Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2006 (n.º 2), págs. 451-483. Aditem-se ainda os exemplos, fornecidos por Barbosa Moreira no artigo já citado “Neoprivatismo no processo civil”, da lei federal suíça que regula o processo civil e que no art. 437.º confere ao juiz o poder de ordenar a produção de prova não oferecida pelas partes ou o Code de Procedure Civile francês que no art. 16.º diz que “le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles” ou mesmo a Lei 9.099 de 26-09-1995, quando o país sob um regime liberal, em que o art. 5.º generosamente estatui que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas (...)”.

⁶⁰ Aliás, para anotar esta “deriva” do processo inglês, bastará atender aos muito expressivos títulos de artigos de processualistas de terras de Sua Magestade: “English Civil Procedure — The Shift Away from Party Control and Oralness” de ZUCKERMAN em *ZZPInt*, Vol. I, 1996, págs. 65 e segs., e ANDREWS, “A New Civil Procedural Code For Englan: Party Control “Going, Going, Gone”, em *Civil Justice Quarterly*, Vol. XIX, 2000, págs. 19 e segs.

Onde o modelo apresenta, a meu ver, algumas fragilidades é no domínio da litigância nuclear, não na questão da indagação pelo juiz da verdade material, que já vimos constituir hoje um dever legal para o magistrado limitado embora pelo princípio do dispositivo⁶¹, mas, essencialmente, na plasmação concreta do “patamar de igualdade” entre o juiz e as partes e na assunção extrema do denominado “princípio da cooperação”, inserto no art. 266.º do CPC com a reforma operada pelo art. 1.º do DL. n.º 180/96, de 25 de Setembro.

É mester percepcionar, desde logo e nesta questão com renovado ênfase, que nas várias acepções do termo processo⁶², está sempre presente um conflito, uma oposição ou uma competição, “em suma a manifestação de uma situação peculiar é certo, mas não muito longe, de uma verdadeira guerra”⁶³.

Ao contrário, cooperar ou colaborar, segundo o Dicionário da Academia, é agir em conjunto para determinado fim específico. Há aqui uma ideia de solidariedade que se mostra arredada da própria lógica endémica ao processo judicial nuclear.

Mas, lapidarmente, “num processo judicial o juiz não coopera: decide”⁶⁴.

“Suum cuique tribuere” — dar a cada um o que é seu, esta é a tarefa de quem julga, cortando a direito, mas com o Direito, interesses antagonicamente polarizados.

Quando as partes recorrem ao tribunal, existe um conflito e é com base nele que o juiz intervém. Não se pode, como anota Luís Mendonça que aqui seguimos de perto, “iludir o antagonismo”, fingindo que o processo vive do contributo desinteressado de todos, juiz e partes, para que, de mãos dadas, se obtenha a solução mais justa⁶⁵.

O legislador da revisão de 95, aliás, não terá querido adoptar tal postura segundo a melhor interpretação do preceito legal; trata-se, essencialmente, de

⁶¹ “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio quantos aos factos lhe é lícito conhecer” — art. 265.º, n.º 3, do CPC.

⁶² Não é demais sublinhar que estamos agora no âmbito do processo “puro e duro” em que existe claramente um litígio e em que a decisão será sempre soma-zero: “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”, SANTOS, Boaventura Sousa, “et alii”, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Afrontamento, Porto, 1996, pág. 48.

⁶³ Citamos “ipsis verbis” ABREU, Carlos Pinto de, *Estratégia Processual — de uma visão bélica para uma perspectiva meramente processual*, Ars et iustitia, Lisboa, 2000, pág. 20, reiterando o que já acima se foi defendendo.

⁶⁴ AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial — Independência in Dependência*, Almedina, 2004, pág. 71.

⁶⁵ MENDONÇA, Luís Correia, *Vírus autoritário e processo civil*, comunicação apresentada em 24 de Setembro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, disponível na internet em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_2749.doc, pág. 21. Adolfo Alvarado Velloso, citado por Mendonça, lembra que o litígio socialmente é uma guerra sem armas e “não um alegre passeio dos contendores de mãos dadas pelo parque.” — *Garantismo Processual contra actuación judicial de oficio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 98, nota 50.

discernir do alcance do disposto no art. 266.º, n.º 1, do CPC ao dispor que “na condução e intervenção no processo, os magistrados, os mandatários judiciais e as partes devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”

A novidade aqui não residirá na cooperação das partes com o tribunal que tem, contidamente, um longo lastro histórico desde os arts. 27.º e 28.º do Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926, mas, sim, tão somente, nos deveres de colaboração do tribunal com as partes.

Esses deveres desdobram-se, na concretização legal, segundo a elencação de Miguel Teixeira de Sousa, em quatro grupos delimitadores: dever de esclarecimento (art. 266.º, n.º 2); dever de prevenção (arts. 508.º, n.ºs 1, al. b), 2 e 3, 508.º-A, n.º 1, al. c), 690.º, n.º 4, e 701.º, n.º 1), dever de consulta (art. 3.º, n.º 3) e dever de auxílio (art. 266.º, n.º 4).

Ora, perfilhando o entendimento comedido de Carlos Lopes do Rego, entendemos 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”⁶⁶.

Será, portanto, porventura, excessivo a partir do fraseado normativo pretender ir muito além dessa consagração da figura do juiz dinâmico.

Do mesmo modo, no que respeita aos que litigam no processo, transformar a parte em alguém interessado na descoberta da verdade, mesmo que isso lhe custe a derrota na acção, que colabora ao lado do juiz, numa empenhada comunidade de trabalho, será, como refere Paula Costa e Silva, além do mais, “utópico”⁶⁷.

O juiz não tem que caminhar ao lado das partes até porque estas, seguramente, não darão as mãos entre si. Não que deva elevar-se, distante, acima delas ou que deva caminhar, neste tipo de litigância, à sua frente, impondo, passo estugado, a marcha do processo. Melhor será que siga, prudentemente⁶⁸, um pouco atrás dos oponentes⁶⁹ mas suficientemente perto para que possa afastar os escolhos do percurso, não desistindo da verdade judicial mas mantendo o recuo bastante que salvasse a sua autoridade de decisor último⁷⁰.

⁶⁶ REGO, Carlos Lopes, *Comentários ao Código do Processo Civil*, Vol. I, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 266. Lopes do Rego entende que a reforma de 95 manteve “inteiro respeito” pelo princípio do dispositivo, atenuando, sim, o princípio da preclusão.

⁶⁷ SILVA, Paula Costa, *Acto e Processo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 110 e segs.

⁶⁸ A prudência aqui, no contexto da expressão jurisprudência, remete-nos para a origem etimológica da palavra, convocando-se o retorno da virtude aristotélica da *phronêsis*, entendida como uma sabedoria prática.

⁶⁹ Pessoa Vaz alude a um binómio juiz ditador/juiz anjo da guarda — VAZ, Pessoa, *Direito Processual Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 299.

⁷⁰ O convite ao aperfeiçoamento dos articulados previsto no art. 508.º, n.º 3, do CPC será talvez a norma mais abrasiva em relação a essa “justa distância” do juiz; aceite-se o seu uso pru-

VI — SÍNTESE CONCLUSIVA — O JUIZ COMO AUTORIDADE REGULADORA E AS GARANTIAS DE CONTROLO PELAS PARTES

Num esforço de síntese final, diremos que se vivem tempos de crise da justiça que assentam, sobretudo, na “crise da lei”, fruto do esgotamento histórico do paradigma legalista e dos seus corolários particularmente os decorrentes da juridificação das relações sociais, importando trilhar caminhos que permitam pluralismos jurídicos e jurisdicionais, abordando a complexidade como um “ethos” e não como um “pathos”.

O aparecimento de um novo modelo de administração da justiça resulta, por um lado, da evolução do chamado movimento ADR (sigla anglo-saxónica, traduzível por resolução alternativa de litígios) e das ideologias da justiça informal ou alternativa, procurando integrar essas formas de jurisdição num sistema único integrado de resolução de litígios, e por outro decorre da consagração de novas formas de procedimento dentro dos modelos tradicionais⁷¹, particularmente quando não há, ou é baixa, a intensidade do litígio⁷².

Neste novo modelo, o desempenho do juiz deve continuar a ser repensado, procurando enquadrar a eficácia e a celeridade da decisão, com a outorga de poderes alargados de gestão e agilidade processual. Esta concepção, contudo, esgota-se nesses patamares de intervenção, assistindo-se, porém, à sua disseminação por todo o processo civil, contaminando já, perigosa e endemicamente, a própria litigância nuclear.

É certo que, no plano axiológico, os referenciais valorativos da magistratura pressupõem que se oriente a actividade jurisdicional, permitindo a sua pulsão criativa, numa lógica tópica, de pontos de vista e não de descarnados referenciais silogísticos, o que exige uma intervenção activa, por-

dente em situações limite para evitar decisões de forma mas rejeite-se a cominação com nulidade pelo seu não uso. Como se lê no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça 06B2772, do relator Salvador da Costa, de 21-9-2006, disponível em dgsi.pt, “O princípio da cooperação deve ser conjugado com o princípio da auto-responsabilidade das partes, que não comporta o suprimimento por iniciativa do juiz da omissão de articulação de factos estruturantes da causa. A faculdade de prolação de despacho de convite ao aperfeiçoamento e de não designação da audiência preliminar, com base em julgamento segundo o prudente arbítrio do juiz não se conforma com o regime de nulidades a que se reporta o artigo 201.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.”

⁷¹ Vide, por todos, PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo, *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*, colecção “Tribunais em Sociedade”, Vol. 2, Ministério da Justiça, GPLP, Observatório Permanente da Justiça, Coimbra Editora, 2003, págs. 48-49.

⁷² Nas sociedades africanas, no caso em Angola, resulta curioso constatar como os sobas ou aqueles que assumem as vestes de “presidente do tribunal” (muenlekanga) procedem, uma vez produzida a prova e terminado o julgamento, a uma audiência de todos os presentes na audiência. Apenas após ter procedido a essa consulta, generalizada e semi-informal das opiniões locais, é que o “soba” decide, propiciando essa auscultação prévia um maior acatamento da decisão. Estas formas compósitas de decisão não são, aliás, raras na África Austral contemporânea e documentam uma interessante plasticidade processual — estes elementos foram recolhidos em GUEDES, Armando Marques, *Entre a Justiça tradicional e a popular*, revista Sub Judice, n.º 25, Abril-Junho 2003, págs. 29 e 30.

que reguladora. Já em 1947, um filósofo do direito português, António José Brandão, referia que “o direito não está nas normas; está nas conexões intersubjectivas da vida humana, onde se denuncia como realidade concreta e facto de experiência”⁷³.

A assunção do juiz como arquitecto social, em busca do convencimento do “auditório”, plasma-se no acto decisional da sentença mas concretiza-se, desde logo, a partir da modelação do adquirido factual (hermeneuticamente sabendo, com Gadamer, que no Direito não existem factos mas artefactos), dinamicamente construído a partir da ideia utópica de verdade. Esta ideia de verdade, porém, é modestamente assumida. Ao contrário do que pretendem os liberais, o juiz, ao procura-la, desconfia da verdade “absoluta” que mal esconde o autoritarismo.

A verdade judicial resulta de um debate privado e condicionado, por isso é relativa, e esgota-se no momento em que é pronunciada, por isso é temporária. Na sua essência, opõe-se a uma qualquer ideologia que sempre pretenderá impor um dado sistema de representação social.

Mas, nessa sua singeleza, deve ser convincentemente substantiva e não um empobrecido corolário da actividade das partes, perante a apatia de quem julga.

Veja-se como, na economia, o mercado não logra disciplinar adequadamente a livre concorrência; donde a existência de “regras externas e de autoridades reguladoras”⁷⁴.

Ora, no processo civil, o juiz deve intervir também como *autoridade reguladora*, assegurando a igualdade de armas e o contraditório, mas fiscalizando substantivamente a lide, condicionando-a⁷⁵.

Daí que o poder inquisitório do juiz não tenha que ser negado ou restringido, como pretendem os liberais.

O cunho autoritário que esse poder encerra também não se combate, em nome de uma “comunidade de trabalho”, tornando o juiz um parceiro indiferenciado, algures ao lado das partes.

O contrapeso, porque é disso que se trata, deve procurar-se, fundamentalmente, no controlo desses poderes pelas partes.

E aí reconheça-se mérito aos liberais por centrar a discussão na questão das garantias das partes, por vezes negligenciada, assumindo nós, nesta perspectiva, a ideia de Aroca do “processo como garantia”.

O equilíbrio entre o poder inquisitório do juiz e o carácter privatístico da lide civil pendulariza-se nas garantias de controlo concedidas ao cidadão, que é parte no processo; controlo fiscalizador directo aquando do exercício desse poder, num quadro de oficiosidade do contraditório e de um austero sistema

⁷³ Vide “Fenomenologia da sentença” in “*Vigência e Temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*”, Vol. II, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2001, pág. 303.

⁷⁴ Vide Giovanni Verde no escrito Apostilla em “*Processo civil e ideologia*”, Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 170.

de preclusões, e a sindicância desse exercício por um tribunal superior, visando a contenção da discricionariedade com uma efectiva dupla apreciação da matéria de facto.

Assim se poderá edificar um processo civil que se manifeste geneticamente ao serviço do cidadão, delineando, no entretanto, uma hipótese de resposta à inquietação angustiada da personagem de Camus.

⁷⁵ Recentemente, vimos como uma autoridade reguladora, a Autoridade da Concorrência, para permitir a Oferta Pública de Aquisição da Sonaecom sobre a PT impôs duras condições proactivas como, por exemplo, a alienação pela Sonaecom do negócio da rede fixa de cobre ou de cabo, obrigando-a ainda, “inter alia”, a vender as participações nos negócios de distribuição e exibição cinematográfica.