

PODERES DO JUIZ E PODERES DAS PARTES *

Pelo Dr. Carlos Manuel Ferreira da Silva

I — Introdução

1. O Projecto de Código Tipo de Processo Civil para a América Latina — adiante designado simplesmente por Projecto — é já na sua forma actual um documento notável que acolhe as soluções mais modernas para o processo civil no contexto da tradição latina.

Aplauda-se sem reservas o estabelecimento de princípios como os da oralidade, concentração e imediação, com a inerente centralização do processo numa audiência e o abandono do processo escrito (no sentido de a decisão surgir exclusivamente em função do que fica registado por escrito).

* O presente estudo foi elaborado para o Congresso Internacional «Um Código Tipo de Processo Civil para a América Latina» que teve lugar em Roma de 26 a 28 de Setembro de 1988 no quadro das Celebrações Colombianas patrocinadas pelo Conselho Nacional de Investigação e organizado pelo Instituto Ibero Americano de Direito Processual, a Associação de Estudos Sociais Latino-americanos, a Universidade da República Oriental do Uruguai e a II Universidade de Roma.

Tratando-se de uma comunicação na óptica do direito a constituir, julga-se de interesse a sua publicação tendo em conta o actual debate sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil.

2. Em Portugal, desde 1926, são já estes os princípios que enformam a legislação processual civil, trazidos pela mão do grande mestre Prof. José alberto dos Reis que se inspirou, então, em projectos italianos de códigos de processo.

Por esta via, a legislação e a doutrina portuguesas têm vindo a ser influenciadas pelos mais distintos autores italianos de que se destacam, entre outros, Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei.

Esta integração na melhor tradição latina e os longos anos de experiência na aplicação dos princípios que agora muito justamente se pretendem estabelecer na América Latina, tornam o estudo do processo civil português particularmente útil ao fim em vista.

3. Proponho-me, no presente trabalho, debruçar-me sobre os poderes do juiz e os poderes das partes no Projecto de Código Tipo, sugerindo algumas alterações que me parecem pertinentes.

Estas sugestões não se pretendem decididamente como a melhor solução, antes são meras bases de discussão.

Muitas delas são retiradas do ordenamento português, razão porque, sempre que tal aconteça, o referirei.

De resto, a interpenetração no Código Tipo de outras experiências que não as estritamente da América Latina parece-me desejável tanto mais que vejo num projecto da importância deste apetência para influenciar não só a zona geográfica a que, em princípio, se dirige mas todo o mundo latino e, até, embora obviamente de maneira mais indirecta, os sistemas de raiz dita ocidental.

4. Abordarei, neste estudo, algumas questões de carácter genérico em que me parece poder alterar-se um tanto a filosofia adoptada e que são, sucessivamente: a marcha do processo, a participação pessoal das partes em actos processuais, os poderes de iniciativa do juiz em matéria de prova, as tentativas de conciliação, o juiz singular ou o tribunal colegial, os processos extraordinários, o reforço dos poderes das partes e da independência do tribunal e a dignificação do papel do advogado.

Num pequeno capítulo final, considerarei duas questões pontuais que me parecem susceptíveis de melhor enquadramento.

II — *Marcha do processo*

5. O Código Tipo, na sua forma actual, prevê o seguinte esquema:

A) Petição inicial com indicação da prova e contestação também com indicação da prova;

B) Audiência preliminar com três funções: tentativa de conciliação, resolução das questões formais e excepções, eventual diligenciamento de prova;

C) Audiência complementar para diligenciamento da prova ou da prova sobranter, alegações e sentença.

6. Salvo o devido respeito, houve uma tentativa para ultrapassar a estrutura sucessiva do processo escrito e para efectuar a concentração na audiência mas esse desideratum não foi plenamente alcançado.

De facto, acabam por se estabelecer duas audiências com produção de prova com possibilidades de prorrogação de uma e outra.

Assim sendo, não se vê como se possa afastar a forma escrita pois, a quando da audiência dita complementar já estarão necessariamente esquecidos os factos da audiência preliminar assim se quebrando o princípio da imediação.

Ora, é da essência deste princípio que o juiz decida face ao que presenciou e não ao que fica registado.

Dividida a audiência em duas, separadas estas por um espaço de tempo mais ou menos longo, a decisão não poderá deixar de ser tomada, pelo menos em parte, face ao que está registado.

Acentua-se que nada temos contra o registo da prova e até o defendemos mas para funcionar como meio de garantia e controle e não como critério de decisão.

7. Acrescente-se que a concentração do núcleo do processo na audiência exige a preparação devida desta, sendo, a nosso ver, uma das condições de tal preparação a existência de um hiato temporal entre a definição das questões controvertidas e a audiência de produção de prova. De facto, o acertamento dos factos controvertidos é um trabalho muitas vezes complexo cujos resul-

tados devem ser suficientemente assimilados antes de se passar à definição das provas mais adequadas e à sua produção.

8. Neste sentido, parece-nos prematuro que se indique logo a prova com a petição inicial e a contestação. Sobretudo a quando da petição inicial não é ainda minimamente claro quais os factos cuja veracidade vai ser impugnada pelo que a prova terá que ser indicada por excesso, com risco de dispersão.

Quanto a nós, a prova só deve ser indicada depois de fixados os factos controvertidos, a provar.

Excepção fará, apenas, pela sua própria natureza, a prova documental, sobretudo a resultante de documentos subscritos pelas próprias partes.

Repare-se que mesmo o Projecto, depois de estabelecer a regra de indicação da prova com a demanda e a contestação, vem criar amplas hipóteses de alteração — v. g., arts 111. 3 e 301-6.º (in fine).

9. Finalmente, ainda no que concerne à marcha do processo e na fase da decisão/sentença, julgo útil estabelecer-se distinção entre a matéria de facto e a matéria de direito.

A prova versa exclusivamente sobre a matéria de facto e é esta que está no cerne da audiência e deve ser imediatamente decidida de modo a que se não afastem do espírito do juiz ou juizes os factos presenciados e as alegações produzidas.

10. Já a aplicação do direito aos factos fixados carece, normalmente, de um estudo aturado, com consulta demorada da lei, jurisprudência e doutrina, pelo que não poderá ser, em princípio, feita na audiência.

Assim, a prolação da sentença (no sentido de decisão sobre o pedido, com a aplicação do direito aos factos previamente fixados) poderá, sem quebra da imediação e com vantagens de acerto e qualidade, ser feita em momento posterior à audiência. A sua notificação por escrito às partes retira até alguma dramaticidade à audiência, contribuindo para o papel pacificador que o processo deve assumir.

11. O esquema que propomos para o processo ordinário é, em consequência, o seguinte:

A) Petição inicial, contestação e resposta à contestação no que se refere à reconvenção, excepções e factos novos, sendo as peças escritas acompanhadas apenas da prova documental;

B) *Audiência preliminar* exclusivamente para: tentativa de conciliação, resolução das excepções que não careçam de produção de prova e fixação dos factos controvertidos;

C) Indicação da prova (em prazo peremptório contado a partir da audiência preliminar) e produção da que deva ocorrer antes da audiência final (exames periciais, pedido de informações,...);

D) *Audiência final* para: produção de prova, alegações e decisão da matéria de facto;

E) Sentença.

12. Este esquema é o do processo civil português com excepção do que se refere à audiência preliminar que é facultativa e na qual não se fixam os factos controvertidos. Esta fixação ocorre em decisão do juiz de modo unilateral e por forma técnica pouco satisfatória no que é, quanto a nós, um dos grandes defeitos da marcha do processo em Portugal e que vai inquinar todos os actos que lhe são posteriores, incluindo, muitas vezes, a própria bondade da sentença.

III — *Participação Pessoal das Partes em Actos Processuais*

13. Em minha opinião, o Projecto dá demasiado peso à comparência e intervenção pessoal das partes, impondo-a sob pena de consequências irreversíveis de natureza formal ou probatória (arts. 139. 4, 140.2, 300.2 e 3...), permitindo o seu interrogatório em qualquer audiência e sem necessidade de citação prévia, sujeitando-a à colocação de posições, etc.

14. Ora, as partes estão obrigatoriamente representadas no processo por advogados que escolhem livremente, que lhes mere-

cem confiança e que têm conhecimentos técnicos adequados à intervenção em actos processuais.

15. Por outro lado, a posição pessoal das partes em relação ao que pretendem do processo e o seu depoimento sobre quais os factos que afirmam verdadeiros constam já da petição inicial, da contestação e das outras peças escritas.

Porque é assim, solicitá-las a uma conciliação ou chamá-las a depôr é já uma insistência, uma repetição.

16. Para nós, a obrigação da comparência *pessoal* a uma tentativa de conciliação surge com algum efeito coercivo, esperando-se alguma cedência debaixo de pressão...o que não parece legítimo.

De resto, até se corre o risco de criar uma situação em que a coacção resulte mais forte sobre uma parte que comparece pessoalmente do que sobre outra parte, pessoa colectiva, necessariamente representada e cujo representante pode sempre assumir uma atitude ambígua, alegando desconhecimento pessoal quanto aos factos e fazendo depender uma decisão de consultas posteriores a fazer a órgãos da sua representada.

17. Parece-nos útil que se tente a conciliação e que o juiz diligencie por ela.

Julgamos, porém, que a comparência das partes há-de poder sempre efectuar-se por representação — se é um direito fundamental que a cada direito substantivo corresponda uma acção, porque há-de forçar-se a parte a um incómodo pessoal (pode, por exemplo, não querer confrontar-se com quem a agravou!), a uma perda de tempo e a uma despesa cujo objectivo confesso é o de que, de certo modo, prescindida desse direito... — e que da sua ausência nenhuma consequência formal ou probatória deve ser retirada.

18. Aceitamos que o depoimento de parte seja um meio de prova a produzir na audiência — não bastando a posição assumida nas peças escritas — em obediência ao princípio da imediação.

Já não nos parece que de tal meio de prova só possa resultar prova por confissão. Esta é uma consequência que resulta directamente de um processo escrito — de facto, como admitir, em tal tipo de processo, que a parte que depõe a si própria se favoreça? — mas que já não se apresenta da mesma forma num processo oral, com imediação.

Porque não há-de a parte, ao depôr, pelo conhecimento que revela dos factos, pela sua coerência, pela credibilidade com que se apresenta, contribuir para a prova dos factos que lhe interessam?

Esta ocorrência está de acordo com o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz.

19. Curioso será referir que, também em Portugal, certamente por força da tradição, está estabelecido que o depoimento de parte visa a prova por confissão. Esta regra coexiste, porém, com a plena vigência do princípio da oralidade e da livre apreciação do juiz. Por isso, não é raro ver-se o depoimento de parte virar-se contra a parte que o requereu e, em vez de fundar confissão, ir, indirectamente, contribuir para a prova de factos que interessam ao depoente.

20. Deve atentar-se, ainda, que a regra de que o depoimento de parte só pode ser pedido pela contraparte e apenas pode conduzir à confissão cria o risco de desigualdade entre as partes.

De facto, quando uma das partes fôr pessoa colectiva ou sucessora de parte falecida, o seu depoimento obtem fácil escapatória na alegação de que se não presenciaram pessoalmente os factos. Assim, essa parte pode facilmente evitar a confissão e, fazendo ouvir pessoas que lhe estão ligadas — administradores, gerentes ou empregados — p. ex., intervenientes directos no negócio, como testemunhas, obter prova em seu favor.

Assim, pelo menos quando uma das partes fôr pessoa colectiva, sucessora de parte falecida ou ausente, torna-se necessário, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, permitir que a contraparte possa requerer o seu próprio depoimento e que dele possa resultar benefício para as suas teses, se tal fôr a convicção do tribunal.

E nada obsta a que tal se estabeleça em todos os processos, devendo os juizes ter presente, como é do senso comum, que a parte tem tendência e interesse em manter a posição que assumiu nas peças escritas pelo que o valor do seu depoimento, quando favorável, é sempre precário.

21. Por outro lado, a confissão só deve valer como tal sendo expressa e sem reservas. A recusa em depôr e as respostas evasivas hão-de deixar-se sempre à livre apreciação do juiz, não constituindo presunção legal.

Efectivamente, a recusa a depôr poder ter uma justificação válida e o conceito de resposta evasiva ou inconcludente é muito relativo. Só a convicção do juiz poderá levá-lo a decidir se uma resposta como «não me recordo» é evasiva ou corresponde a uma realidade.

22. O depoimento da parte deve depender sempre de notificação prévia para o efeito.

23. Restará dizer que, em direito português, existe depoimento de parte embora, como já se explicou, requerido pela contraparte e para obter confissão. A presença pessoal nas tentativas de conciliação marcadas não é obrigatória, podendo efectivar-se por procuração.

IV — *Poderes de iniciativa do juiz em matéria de prova*

24. O Projecto considera o juiz em igualdade de circunstâncias com as partes no que concerne à iniciativa probatória. Parece-me uma solução artificial.

Na verdade, os factos só são previamente conhecidos pelas partes e não pelo juiz. É óbvio que, p. ex., antes do início de produção de prova, o juiz não conhece a identificação de novas testemunhas.

Dir-se-á que o juiz, se não conhece testemunhas, sempre pode entender ser conveniente efectuar um exame pericial não requerido pelas partes. Mas, como pode o juiz saber antecipadamente

se a restante prova trazida pelas partes não supre a necessidade de tal exame? É que, para além do mais, a realização de uma perícia implica delongas no processo e traduz-se em despesas para as partes e parece que é legítimo que estas tenham algum poder no sentido de as evitar ainda que com o risco de um menor esclarecimento do tribunal.

25. Por várias razões, a busca da verdade material, sendo embora um desideratum relevante e o meio mais seguro e porventura o mais justo de resolver um litígio, conhece limitações. Repare-se que a existência de um prazo peremptório para a indicação da prova é uma dessas limitações e ninguém pode defender a sua abolição.

De resto, a verdade material é um dos meios de resolver um litígio e não, por si só, a sua resolução. Em direito privado, admite-se que as partes dirimam entre si os diferendos da maneira que entenderem. Não parece que, instaurado o processo, as partes devam perder esse domínio sobre a resolução do litígio — e, de facto, não o perdem! — o qual, se abarca o fundo, não se vê porque não há-de abranger os meios (quem pode o mais, pode o menos!). Assim, julgamos legítimo que as partes decidam, p. ex., que o seu diferendo seja resolvido sem recurso a determinado meio de prova.

26. Em consonância com isso, não choca que a iniciativa probatória seja da responsabilidade única ou ao menos principal das partes.

Assim, se uma das partes, por negligência ou imperícia, não lograr demonstrar a verdade, só de si própria se poderá queixar e não responsabilizar o tribunal. Mas, se este tiver, nos termos da lei, o mesmo grau de iniciativa, como se poderá evitar a sua responsabilização, ao menos, orgânica?

Ora, não é curial responsabilizar por uma falha quem, em boa verdade, não dispõe de meios para a evitar!

27. E a verdade é, também, que a iniciativa do juiz cria consabidamente o risco de se quebrar a igualdade das partes e

por esta via põe em crise a independência do tribunal que é o valor que, entre todos, cumpre salvaguardar.

Neste sentido, parece-nos que a sustentação da iniciativa probatória do juiz, a fazer-se, deve invocar todos os motivos menos o suprimento de deficiência das partes na defesa dos seus interesses de que é eco, p. ex., um artigo como o 310-2.º do Projecto. De facto, é perigoso tentar conciliar na mesma pessoa a função de decidir imparcialmente e a de suprir carências de uma das partes.

28. Finalmente, não é despidendo considerar que, atentas as razões expostas e a natureza das coisas, a prática vai no sentido de o juiz apenas aceitar, em matéria de prova, uma intervenção marginal e complementar.

29. Ponderado o estado da doutrina e a tradição latina na matéria, aceitamos que o juiz tenha alguma iniciativa probatória mas a exercer apenas após o diligenciamento da prova pelas partes.

Só no fim da audiência, se o juiz se não considerar completamente esclarecido e se lhe afigurar que as suas dúvidas são removíveis mediante o recurso a novas provas que se sabe ou suspeita existirem, poderá tomar a iniciativa de as promover.

30. Entretanto, mesmo este poder complementar de iniciativa deverá poder ser afastado por vontade conjunta das partes.

31. Restará dizer que, no direito português, a lei confere amplo poder de iniciativa ao juiz, o qual, porém, ou o não usa ou fá-lo parcimoniosamente.

V — *Tentativas de conciliação*

32. É a todos os títulos desejável que um litígio se resolva por acordo das partes.

Já vimos, no entanto, que esse acordo não deve obter-se por coacção ainda que moderada ou indirecta.

Por outro lado, a realização de tentativas não pode justificar o prolongamento do processo nem implicar despesas excessivas para as partes ou actividade improdutiva para o tribunal.

33. Neste sentido, parece-nos dispensável a tentativa de conciliação prévia ao processo.

É muito cedo para que produza resultados, atraza, possivelmente bastante, o processo, acarreta despesas e ocupa tempo e energias ao tribunal em prejuízo dos casos pendentes. Por outro lado, o que nela se passa nenhuma utilidade fica a ter para a marcha ulterior do processo.

34. Concordamos com a tentativa de conciliação no início da audiência preliminar e depois de fixados os factos controvertidos. Aqui, será função do juiz diligenciar pela sua obtenção.

35. Outro momento propício para a conciliação — não suficientemente aproveitado e estudado no processo civil actual — é o que medeia entre o termo da produção de prova e a decisão da matéria de facto. É nesta altura que as partes, através dos seus advogados, estão verdadeiramente conscientes da prova que puderam oferecer e da que contra si foi feita.

Entretanto, é óbvio que o juiz não poderá intervir nesta tentativa sob pena de comprometer a independência e isenção do seu julgamento. Parece-nos, porém, adequado que a lei confira aos advogados, neste momento, algum tempo, necessariamente curto, para entre si tentarem a conciliação.

36. Em Portugal, tempos houve em que a tentativa de conciliação prévia ao processo era obrigatória. Depois, passou a facultativa o que imediatamente acarretou que caísse em total desuso. Foi, por isso, extinta.

Quanto à tentativa após a produção de prova não está prevista mas algumas conciliações ocorrem espontâneamente nesta fase.

VI — *Juiz singular ou tribunal colectivo*

37. A tradição da América Latina vai no sentido do juiz singular na 1.^a instância.

Parece adequado que assim seja quando estamos perante um processo escrito com possibilidade de revisão plena da decisão pela 2.^a instância. Nestas circunstâncias seria um desperdício de energias o tribunal colectivo na 1.^a instância.

38. Mas, dado o salto no sentido da oralidade e da mediação, há razões para alterar a tradição.

A oralidade e a mediação sempre coarctam, em certa medida, mesmo com registo de prova, a possibilidade de recurso pleno quanto à decisão em matéria de facto.

Sendo assim, o tribunal colectivo no julgamento da matéria de facto na 1.^a instância torna-se uma garantia de independência e melhor ponderação, contribuindo para uma melhor aceitação do julgamento pelas partes.

39. O tribunal colegial tem plena aplicação na decisão da matéria de facto e, para tanto, na assistência à audiência final de produção de prova.

As mesmas razões não militarão já no que se refere à direcção e ordenação do processo, à tentativa de conciliação e à resolução de questões técnicas fora da audiência final.

Parece-me, por isso, possível e razoável, em termos de organização do trabalho, deixar para juiz singular estas tarefas.

40. O sistema exposto e defendido é o vigente no ordenamento processual civil português sem que tenha merecido reparos.

Por mim, apenas tenho notado que o tribunal colegial conduz normalmente a insuficiente estudo do processo e a insuficiente ponderação da prova escrita a quando da audiência. Não é, porém, seguro que o sistema do juiz singular elimine totalmente este problema para cuja solução se torna necessária uma maior consciencialização dos juizes e, sobretudo, um doseamento razoável do número de processos que lhes estão confiados.

VII — *Processos especiais*

41. O Projecto segue o propósito louvável de tentar reduzir ao mínimo os processos que não obedeçam à tramitação do processo ordinário. Num mundo de crescente especialização não sabemos, porém, até que ponto se poderá fugir à diferença.

42. Entretanto, os processos especiais estabelecidos — interdictos possessórios e prestação de alimentos — parecem carecer de alguma justificação. A urgência não deve conduzir a processos autónomos céleres mas sim a decisões provisórias dentro do processo ordinário.

43. Por outro lado, julgo de estabelecer, pelo menos, dois tipos de processos especiais com alcance geral: os destinados aos processos de valor reduzido e aqueles em que estão em causa direitos indisponíveis ou relevante interesse social.

44. O processo ordinário é um processo relativamente pesado que obriga à mobilização de diversos meios, à observância de numerosas formalidades e a uma assistência jurídica especializada constante, tudo com as inerentes despesas.

Este conjunto de circunstâncias torna-o inadequado para as pequenas causas. Para estas, justifica-se um processo especial simplificado em que se introduzam algumas modificações como: fusão da audiência preliminar com a audiência final, indicação da prova nas peças escritas, juiz singular, desnecessidade de assistência jurídica por advogado, aumentando-se, em consequência, os poderes do juiz em ordem ao seu suprimento, redução da prova, etc.

45. Os direitos indisponíveis e o interesse social relevante vêm justificando, em todas as legislações do processo, várias derrogações às regras geralmente adoptadas no processo comum.

Simplemente, tais derrogações vêm a ter assento quando se formulam as regras — ver, no Projecto, p. ex., os artigos 1, 36-1.º, 124, 143. 2, 196 e 310 — quando nos parece que melhor seria, do ponto de vista técnico e doutrinário, criar-se um processo

especial em que as excepções habituais tivessem um acolhimento sistematizado.

46. Em Portugal, está estabelecido um processo simplificado para as causas de menor valor mas os direitos indisponíveis são tratados da mesma forma que no Projecto. Prevêm-se, entretanto, no Código de Processo Civil, ao lado de numerosas providências em sede de jurisdição voluntária, vários processos especiais cuja justificação me parece duvidosa e que se devem mais a razões históricas que de fundo. Eis a sua enumeração: interdições e inabilitações, cessação do arrendamento, expurgação de hipotecas e extinção de privilégios, venda e adjudicação do penhor, prestação de contas, consignação em depósito, meios possessórios, posse ou entrega judicial, acções de arbitramento, reforma de títulos, autos e livros, acção de indemnização contra magistrados, revisão de sentenças estrangeiras, justificação da ausência e da qualidade de herdeiro, execução especial de alimentos, liquidação de patrimónios, inventário, divórcio e separação litigiosos.

VIII — *Reforço dos poderes das partes e da independência do tribunal*

47. Várias disposições do Projecto me parece darem ao juiz um poder de intervenção injustificado o que, designadamente, pode pôr em crise a sua imparcialidade, ao menos no conceito das partes.

Irei analisar essas disposições pela ordem por que surgem.

48. Art. 1 — Não se alcança que o tribunal deva ou possa iniciar, officiosamente, um processo cível.

Estando em causa interesses de natureza pública ou outros cuja movimentação se não queira deixar à iniciativa das partes, deve cometer-se esta ao Ministério Público e não ao próprio tribunal.

49. Arts. 3 e 205.2 — O impulso processual deve cumprir em primeira linha às partes em consonância com a disponibilidade dos direitos em causa.

O estabelecimento de prazos peremptórios pela lei, o poder ordenador do juiz e a faculdade que lhe assiste de impedir a conduta dilatatória das partes são suficientes para assegurar a marcha escorreita do processo sem se inverter a iniciativa do impulso processual.

50. E, cabendo o impulso às partes, parece-me sempre possível que estas, por acordo, suspendam o processo. Esse acordo só requererá, por parte do tribunal, verificação de regularidade formal e não do seu bom fundamento. Quando muito, a lei poderá estabelecer prazos máximos para a paralização por acordo.

51. Em direito português, o impulso processual cabe às partes mas o acordo delas, por si só, não suspende a instância o que, como já dissemos, nos parece errado.

52. Arts. 16 e 34.1 — O estabelecimento do princípio da indisponibilidade das formas processuais, sem limitações, merecem algumas dúvidas.

Compreende-se que certos princípios base do processo patrocinado pelo Estado como a igualdade das partes e a imparcialidade e dignidade do tribunal não possam ser, em nenhum caso, afastados pelas partes.

53. Mas, salvaguardado esse núcleo essencial, parece-nos positivo que as partes possam exercer, estando de acordo, algum controle sobre o formalismo processual, sobretudo no sentido da sua simplificação ou tendo em conta uma redução de despesas (ver o que já dissemos no Cap. IV).

54. O próprio Projecto prevê alguns casos em que são dadas alternativas às partes — v. g., arts. 120. 3, 166, 172. Somos pela multiplicação dessas disposições. Parece-nos, p. ex., poder deixar-se à escolha das partes a existência de juiz singular ou tribunal

colegial, a cumulação na mesma audiência da tramitação prevista para a audiência preliminar e final, etc.

55. Já nos parece mais controverso que as partes possam solicitar o julgamento segundo a equidade, tal como previsto no art. 34. 1, aos tribunais estaduais.

Em nossa opinião, o processo civil está virado para a aplicação da lei e a responsabilidade do juiz deve ter por referência a observância dela. Se as partes admitem a resolução do litígio através da equidade, julgo deverem socorrer-se do tribunal arbitral.

56. É que se o tribunal se preocupar apenas com a resolução do litígio, para o que tem aptidão a equidade, também será possível, p. ex., pedir-se-lhe que julgue a causa aplicando apenas certos artigos da lei esquecendo todos os outros?

Por outras palavras, poderão as partes determinar que a lei não seja do conhecimento officioso do tribunal?

E, indo mais longe, será legítimo que o tribunal seja obrigado apenas a verificar a correção de um sorteio pelo qual as partes pretendem solucionar o seu diferendo?

Parece que aos tribunais há-de estar tão só reservado dirimir os litígios de acordo com a lei e não de acordo com outros critérios indicados pelas partes, incluindo a equidade.

57. Arts. 33-1.º e 123 (parte final) — O conhecimento officioso da caducidade não é matéria com assento estrito no direito processual.

Não quero deixar, em todo o caso, de dizer que tenho dificuldade em considerar acertado que o tribunal se possa eximir a discutir um direito se aquele de quem ele é reclamado se não pretende furtar a essa discussão.

Trata-se de algo que contraria o princípio da livre disponibilidade das partes sem razão suficientemente forte.

Por mim, excluiria o conhecimento officioso da caducidade.

58. Arts. 36 e 40.3 — No processo civil dirimem-se interesses particulares.

Num processo-tipo intervêm, pelo menos, três técnicos juristas com interesses e posições divergentes: dois advogados e o juiz. No caso de recurso, a mesma questão será ainda revista por mais juizes.

Parece-nos, por isso, excedentário fazer ainda intervir o Ministério Público em funções genéricas como a de defender a ordem pública, a observância da lei, ou como auxiliar jurídico. O seu papel estará reservado para a defesa dos interesses patrimoniais do Estado ou outros muito concretamente definidos como os de menores e incapazes, etc.

59. Art. 151 — 2.º e 3.º — A ordem pela qual se procede à inquirição das testemunhas deve inverter-se, cabendo o primeiro lugar à parte que a ofereceu, depois à contraparte e, finalmente, ao juiz e apenas no caso de lhe terem ficado dúvidas e de não haver oposição de ambas as partes.

60. Art. 158 (segundo parágrafo) — A recusa de apresentação de documento deve ser, em termos de prova, livremente apreciada pelo tribunal.

É certo que, convencendo-se o juiz da existência do documento, a sua não exibição aponta para um conteúdo desfavorável à parte remissa: tal conclusão resulta, porém, de regras da experiência e não deverá ser imposta por lei.

61. Acresce que podem existir casos de recusa justificada em exhibir documentos em virtude, nomeadamente, de elementos que deles constem e que não sejam pertinentes ao processo. Assim, p. ex., poderá acontecer que uma empresa se recuse a exhibir, num litígio marginal com um empregado, um documento com larga soma de dados confidenciais e que nada tenham a ver com esse litígio.

A inexistência de prova taxada revaloriza a posição do tribunal e reforça o princípio da verdade material.

IX — *Dignificação do papel do advogado*

62. Sendo embora imprescindível no processo civil o papel dos advogados, há tendência a desvalorizá-lo em relação ao do juiz.

Não vemos razão para que tal aconteça e para que o poder de direcção do processo que cabe ao juiz se converta numa posição de superioridade ou coerção em relação ao advogado.

Já analisámos, a propósito dos poderes das partes, os arts. 36., 40.3, 151-2.º e 3.º do Projecto, fazendo propostas de onde, de certo modo, resulta uma revalorização da posição do advogado.

Vejamos, ainda, mais dois artigos.

63. Art. 33-10.º — Julgamos que o juiz não deve ter o poder de aplicar, ele próprio, sanções disciplinares ao advogado que actua no processo.

Não sendo assim, o advogado pode sentir-se coarctado directa ou indirectamente e tal facto repercutir-se na defesa dos interesses que lhe foram cometidos pela parte.

64. Em Portugal, a aplicação de sanções disciplinares aos advogados compete, exclusivamente, à Ordem dos Advogados, podendo o juiz participar-lhe, para o efeito, os factos que entenda conveniente.

65. Art. 80 — É tradicional e, p. ex., em Portugal ainda existe, a faculdade de mandar riscar as expressões ofensivas das peças escritas.

Parece-nos, porém, uma medida com algum sabor medieval. Riscar o que foi escrito e, portanto, existiu, é insólito e a dignidade do processo não parece exigir tal artifício.

É claro que, constituindo a expressão crime ou infracção disciplinar, devem seguir-se as consequências adequadas em sede própria.

X — *Dois questões pontuais*

66. A terminar, analisarei ainda duas soluções do Projecto que me parece carecerem de revisão.

A primeira diz respeito à faculdade de os fundamentos serem redigidos depois da decisão e a segunda à produção da prova relativa às excepções em separado.

67. Nos arts. 18.3, 301-5.º e 303.7 do Projecto prevê-se a possibilidade de se redigirem os fundamentos depois de edictada a decisão.

Julgo tratar-se de um erro. A decisão há-de emergir da ponderação dos fundamentos e essa ponderação só estará completa a quando da sua redacção definitiva.

Se puder proferir-se a decisão e só depois redigir os fundamentos, muitas vezes o julgador há-de aperceber-se de que, afinal, a decisão não foi a mais acertada e muitas vezes os fundamentos exarados não serão os reais mas sim os que, face à decisão proferida, a posteriori, parecerem os mais adequados.

Assim, julgo que em nenhum caso deve ser possível proferir decisão sem que imediatamente se indiquem os fundamentos.

68. Já defendemos que na audiência preliminar se não deve produzir prova nem sequer sobre as excepções.

Para além do mais, em muitos casos, a prova pertinente às excepções confunde-se com a prova pertinente ao fundo da causa. Nestes casos, não se vê qualquer vantagem em antecipar a produção de prova para se decidir uma excepção, devendo prevalecer o princípio de que toda a prova se concentra na audiência final.

Nestas hipóteses, o que deve é relegar-se o conhecimento da excepção para a sentença final.

69. Casos haverá, porém, em que a prova da excepção é independente da do fundo da causa. Aqui vemos, de facto, interesse em que tal prova seja produzida numa audiência independente de modo a evitar-se toda a actividade inútil que resultaria de, no caso da excepção proceder, se ter diligenciado também a prova do fundo da questão.

70. Esta filosofia há-de aplicar-se para outras hipóteses em que existam blocos de prova totalmente separados, um dos quais poderá ser inútil em função do resultado do anterior.

É o caso, p. ex., da responsabilidade civil em que só vejo utilidade em produzir-se prova sobre os prejuízos — por vezes muito complexa e demorada — depois de estar assente a obrigação de os ressarcir.

71. Em Portugal, quando a decisão quanto às excepções depende de prova, o seu conhecimento é sempre relegado para a sentença final. Quanto à antecipação do conhecimento de uma questão separada que exija produção de prova, só está prevista no processo especial de prestação de contas em que primeiro se decide se existe a obrigação de prestação e só depois, no caso afirmativo, as contas são apreciadas.