

Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS

Paula Costa e Silva

Sumário

I. A razão da escolha do tema. II. Legalidade e gestão no sistema processual civil português. 1. Os (alegados) antecedentes da gestão processual. 2. O art. 265-A do CPC.pt e o princípio da adequação processual. 3. O Regime Processual Experimental. 4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português. III. A gestão processual e o princípio da igualdade. IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro.

I. A razão da escolha do tema

1. Um dos temas na ordem do dia, essencialmente nos espaços enformados pelo princípio da legalidade das formas de processo, é o da eventual mutação de paradigma na construção dos ritos processuais. Estes, ao invés de rigidamente predeterminados pelo legislador, deveriam ser construídos pelo decisor quando lhe é submetida uma pretensão concreta para decisão. Para além de decidir a causa, caber-lhe-ia determinar o *iter* mais adequado a uma célere e justa composição do litígio.

A nova solução surge acoplada a uma quase diabolização dos ritos comuns previstos pelos Códigos do século XX. Estes seriam os protagonistas da delonga no julgamento das causas, provocando uma erosão do direito de acção e, acima de tudo, das posições materiais para as quais é demandada tutela.

Paula Costa e Silva é Professora Catedrática em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Portugal não escapou a esta tendência. Há pelo menos 15 anos que tem vigência um regime que permite ao juiz adaptar a tramitação processual pré-ordenada pelo legislador para o julgamento da causa. Chega, agora, a vez de, no projecto de Código de Processo Civil brasileiro, se tomar posição sobre este índice de caracterização dos sistemas processuais.

No que concerne à amplitude com que foi consagrado o princípio da gestão processual, há uma divergência significativa entre a solução proposta pela Comissão encarregue de apresentar um projecto de Código de Processo Civil e a solução que veio a ser aprovada no Senado. Esta circunstância, aliada à similitude entre os sistemas processuais civis brasileiro e português e à experiência adquirida em Portugal, desde a entrada em vigor do art. 265-A CPC.pt, determinou-nos na escolha do objecto da presente intervenção.

II. *Legalidade e gestão no sistema processual civil português*

1. *Os (alegados) antecedentes da gestão processual*

2. Começaremos a nossa exposição relativa ao sistema processual civil português partindo de um passado próximo. Atendendo ao tema deste artigo e à data de entrada em vigor das regras que contemplaram o princípio da gestão processual, não se justificaria um recuo a tempos remotos.

Centremo-nos nas lições de Professor João de Castro Mendes (1986, n. 33, II A). Ali escrevia este Autor:

“O princípio da legalidade das formas processuais pode ser visto em dois domínios; quanto à estrutura e marcha geral do processo e quanto à forma de cada acto processual, em particular.

Quanto ao esquema da marcha do processo, (...) o nosso processo civil é (...) em regra um processo rígido – a marcha do processo é fixada na lei”.

Castro Mendes apoia-se no pensamento de Manuel de Andrade (1979, p. 386) que já anteriormente afirmava, nas Noções elementares de processo civil, que o princípio da legalidade das formas processuais “tem decisiva preponderância entre nós”.

As duas passagens transcritas deixam transparecer a existência de excepções à fixação rígida dos termos do processo por lei. No entanto, a conclusão central que delas decorre é a de que o processo civil português se sujeitava ao princípio da legalidade das formas processuais.

Esta conclusão, que não se estranhará atendendo à matriz evolutiva do nosso processo civil, não era inconsequente. Com efeito, sendo alterada a sequência de actos pré-ordenada pelo legislador, poderia surgir uma invalidade processual: assim sucedia sempre que se praticava um acto que a lei não previa ou quando se omitia um acto cuja prática a lei impunha e desde que a alteração da ordem processual tivesse influência decisiva na decisão da causa.

2. *O art. 265-A do CPC.pt e o princípio da adequação processual*

3. Em 1996 viria a acontecer, no plano legislativo, uma alteração de paradigma no sistema adjectivo português. Com efeito, entrava em vigor uma regra¹ que não só não tinha qualquer paralelo nos sistemas adjectivos do espaço de *civil law*, como para a qual não se encontra explicação aprofundada no preâmbulo dos diplomas que a consagraram². Referimo-nos ao art. 265-A CPCpr. Dispunha e dispõe, ainda hoje, esta regra:

“Artigo 265º-A – Princípio da adequação formal – Quando a tramitação processual prevista na lei não se

¹ A entrada em vigor do art. 265-A ocorre num contexto legislativo complexo, constando a sua consagração, numa versão originária, do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, e a alteração para a redacção que veio a entrar em vigor do Decreto-Lei nº 180/96, de 25 de Setembro.

² Assim, Pedro Madeira de Brito (1996, p. 31).

adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

Afirmava-se na doutrina que o art. 265-A teria um campo operativo por excelência, o da cumulação objectiva inicial quando aos pedidos correspondessem formas de processo distintas. Nestes casos e porque estivesse presente alguma das causas de conexão objectiva³, justificativa do julgamento e decisão conjunta de diferentes objectos processuais, competiria ao juiz escolher a tramitação que melhor se ajustasse à instrução e decisão de todos eles.

Apesar das suas potencialidades, não se conhecem casos de aplicação do art. 265-A, regra que, não obstante impor a audição prévia das partes, conferia já ao juiz o poder de gerir o processo. Esta circunstância nos levou a afirmar que, com a consagração do princípio da adequação processual, se operou uma revolução no papel: a prática judiciária nunca absorveu este princípio.

3. O Regime Processual Experimental

4. Possivelmente foi esta a razão para a entrada em vigor do Regime Processual Experimental, aprovado pelo Decreto-Lei n. 108/2006, de 8 de Junho.

Sobre este diploma nos pronunciámos em outro lugar. Concluímos, então, que, apesar da sua alegada novidade, o princípio que ele visava pôr em vigor – o princípio da gestão processual – tinha antecedentes bem longínquos no ordenamento jurídico português. Na verdade, compulsada a Ordem do

³De acordo com o art. 30/1 e 2 do CPC.pt, podem ser deduzidos por um ou por diversos autores contra um ou diversos réus vários pedidos discriminados quando entre estes pedidos exista uma relação de prejudicialidade ou de dependência, quando os pedidos tenham a mesma causa de pedir ou se fundem em factos substancialmente idênticos ou quando a decisão da causa dependa da interpretação e aplicação de regras jurídicas ou de cláusulas contratuais substancialmente análogas.

Juízo, de D. João III, lê-se que “*E ante de a [lei sobre a nova ordem do juízo] mandar goardar geralmente em todos os meus Reynos e Senhores a mandey praticar em minha corte e casa da sopricaçam pera da pratica della se poder veer a brevidade e proveito que se della seguia (...)*”⁴

5. O Decreto-Lei n. 108/2006 tem um ambicioso âmbito de aplicação. Segundo o seu art. 1, ele aplicar-se-á a todas as acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

Numa primeira leitura do diploma, o regime processual criado surge como auto-suficiente: em lugar algum se estabelece que a legislação processual civil geral é subsidiariamente aplicável, dificilmente se chegando a uma conclusão positiva quanto a esta aplicação já que o regime experimental não pode ser qualificado como um processo especial.

Juntando o que se dispõe no art. 1 com a conclusão acabada de alinhar, dir-se-ia que o novo diploma procedera a uma revogação do Código de Processo Civil na parte respeitante à tramitação do processo comum. Igualmente estaria revogado o regime publicado em anexo ao Decreto-Lei n. 269/98, de 1 de Setembro, na parte relativa à acção declarativa especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (arts. 1 a 5 do anexo).

No entanto, não é isto que (talvez apenas por ora) se verifica num duplo sentido. O RPE tem, simultaneamente, um campo de aplicação mais restrito do que aquele que resulta do seu art. 1 e um campo de aplicação mais vasto do que aquele que resulta daquele preceito.

6. O RPE, se foi pensado como podendo ter uma aplicação universal a todo o processo declarativo cível comum, tem o seu campo de aplicação restringido a quatro tribunais: Juízos de competência especializada

⁴Lei ou Ordenação da Ordem do Juízo do Senhor Rei João III, de 5 de Julho de 1526, em que se limita a Ord. ant. do Senhor Rei D. Manoel, Livro I. Tit. 65 § ult.

cível do Tribunal da Comarca de Almada, Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Juízos de pequena instância cível da Comarca do Porto e Juízos de competência especializada cível do Tribunal da Comarca do Seixal (cfr. Portaria n. 955/2006, de 13 de Setembro). Dir-se-á que é uma mera restrição no espaço. Seria se o RPE fosse aplicado tanto a processos da competência de juízos, quanto a processos da competência de varas. No entanto, não é isto que sucede. O RPE, e ao invés do que dispõe a própria lei, veio a ser inicialmente aplicado a processos que são tramitados em tribunais que não absorvem a litigiosidade cível de grande complexidade.

Nada a opor à opção do legislador: foi absolutamente ponderada. No entanto, se alguma relação se puder estabelecer entre o valor da causa e a complexidade de um processo, deverá ponderar-se a expansão do RPE que, apesar de ter anunciadamente um campo universal de aplicação (aquele que resulta do art. 1 do diploma), vem tendo uma aplicação residual. E há que ter em atenção que, ao terem-se escolhido para este ensaio os tribunais que teriam maior pendência, confinou-se a experiência a tribunais em que há claramente um litígio padrão ou tipo de frequência.

7. Mas o RPE tem, também, um campo de aplicação mais vasto do que aquele que resulta do seu art. 1.

Com efeito, dispõe o art. 17 que o regime constante dos arts. 3 (forma dos actos) e 6 (agregação de acções) se aplica “às acções declarativas a que corresponda processo especial”. Compreende-se a dificuldade do legislador: querendo apresentar um diploma com coerência sistemática (as matérias seguem a clássica ordem *princípios, actos, processo*) depois de ter definido o seu âmbito de aplicação (acções a que não corresponde processo especial), quis aplicar parte do regime implementado a acções que expressamente exclui do seu âmbito de aplicação.

8. O Decreto-Lei n. 180/2006 pode, sem referência às suas disposições finais e transitórias, ser dividido em quatro partes.

Numa primeira, e depois de definido o seu campo de aplicação, o diploma encabeça o juiz num designado “dever de gestão processual” (cfr. art. 2). Este desdobra-se em outros deveres, sendo expressamente tipificados: o dever de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa; o dever de adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visa atingir; o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis; o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório; o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Numa segunda parte, sob a epígrafe “actos em geral”, prevêem-se regras especialmente aplicáveis à *forma dos actos* – num reforço da preparação de um processo civil em que os actos são, não apenas comunicados por via electrónica, mas também praticados por via electrónica – *distribuição* – ao invés do que sucede nos processos tramitados de acordo com o rito comum, em que a distribuição é feita, de acordo com o art. 214 do CPC, duas vezes por semana, nos processos a que é aplicado o RPE a distribuição é diária, constituindo uma nova espécie na distribuição – *à citação edital* – releva, aqui, particularmente a publicação de anúncio (?) em página informática de acesso público – *à agregação de acções* e à *prática de actos em separado*.

Na terceira parte, o diploma regula o processo e o conteúdo de alguns actos processuais.

A quarta parte prevê a antecipação do julgamento da causa principal em providência cautelar.

10. Uma das novidades do RPE consistirá na concessão de poderes ao juiz que lhe permitem adequar o procedimento, adaptar a forma e o conteúdo dos actos, o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis, o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório e o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Estabelecendo uma comparação com o dever de gestão constante do Código de Processo Civil, verifica-se que o dever de adequação é consagrado em ambos os diplomas. E em nenhum deles se inova já que este princípio fora já consagrado nas Ordenações Manuelinas (1, 44, 43-45) e Filipinas (1, 65, 7, 23, 25, 73), se bem que contra ele se tenha insurgido alguma doutrina. É curioso observar que Chaves e Castro (1866) abre a sua obra sobre a reforma do processo civil com uma citação de Treillard segundo a qual “(i)l faut dans le procès une marche fixe qui ne permette pás l’arbitraire dans l’instruction, parce qu’il serait bientôt suivi de l’arbitraire dans de jugement”⁵.

Já quanto ao regime experimental, surge-nos uma dúvida quanto ao momento em que o juiz exercerá este poder-dever. Com efeito, o diploma estabelece uma tramitação paradigmática. Se bem compreendemos o regime estatuído, o processo será concluso ao juiz findos os articulados. Quererá isto dizer que é somente a partir do saneador e de acordo com o decidido nesse saneador que o juiz adequará o procedimento? Não seria possível supor uma adequação mais precoce, nomeadamente através de interposição de uma audiência após a entrega da petição e que permitisse uma imediata discussão da causa para que a contestação fosse automaticamente depurada?

O mesmo sucede com o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis, bem como com o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório. Neste sentido dispõe o art. 265 do CPC.

Mais duvidosa pode ser a consagração do dever de adaptar a forma e o conteúdo dos actos. Pensamos, porém, que apesar da diferença de redacção, o art. 138 do CPC, em articulação com o dever de adequação, impõe actuação equivalente àquela que o RPE prevê.

⁵ Atendendo à data da sua publicação, esta obra é muitíssimo relevante atendendo à próxima publicação do Código de Processo Civil de 1876.

Dever que tem somente consagração no RPE é o de adopção dos mecanismos de agilização processual. Serão estes aqueles que o próprio regime novo consagra.

11. Não obstante o reforço dos poderes de adequação (cfr. art. 2a) do RPE), não fica todo o processo na dependência do rito concretamente instituído pelo juiz⁶. Isto porque o legislador não deixou de prever uma tramitação. Esta comportará as fases que conhece o processo comum de declaração, nas suas formas ordinária e sumária; exactamente porque elas fazem falta se o processo atingir a sua máxima complexidade. Porém, e como em qualquer procedimento, mesmo aquele que é regulado pelo Código de Processo Civil, as fases só serão percorridas, em concreto, se os resultados processuais as justificarem. Todo o processo é plástico e elástico: todo ele se adapta ao caso concreto e todo ele comporta apenas as fases que, uma adaptação do tipo legal abstracto, se mostrarem necessárias.

12. Numa clara opção de ruptura com o regime vigente nas formas mais solenes do processo comum, um dos traços do RPE consiste em restringir os casos em que pode haver resposta à contestação. Segundo o art. 8/2, o autor apenas pode responder à contestação apresentada pelo réu se este houver deduzido reconvenção ou se a acção for de simples apreciação negativa.

De fora fica a finalidade típica da resposta à contestação: a resposta às excepções deduzidas pelo réu. Se bem que não disponhamos de dados estatísticos sobre este ponto, arriscaremos que se nem em

⁶ Supomos que um dos índices mais interessantes de analisar através da monitorização respeita à aplicação efectiva do poder de adequação. Para além da relevância do apontamento das situações em que o juiz desvia-se da tramitação mínima prevista no RPE. Até agora e pelos dados constantes do relatório da Direcção-Geral de Política da Justiça, foi já possível compreender que o primeiro desvio consistirá na necessidade de proferimento de despacho liminar de aperfeiçoamento. Intervenção judicial a que não se faz alusão no RPE, acaba por se revelar adequada nas circunstâncias em que tem lugar no apodado de rígido, pesado e arcaico processo comum.

todas as acções é deduzida reconvenção, na maioria (esmagadora, até) delas são deduzidas excepções. Consubstanciando estas, por definição, a articulação de matéria de facto nova, impõe o princípio do contraditório que sobre elas tenha a parte direito de resposta. No RPE, este não é exercido através da resposta à contestação.

Ficam duas perguntas: qual o momento típico de resposta às excepções?

A lei não dá uma solução inequívoca a esta interrogação. Poderia pensar-se que a escolha do momento e do meio através do qual o contraditório há-de ser exercido em matéria de excepções ficam na dependência dos poderes gerais de direcção e de adequação do processo pelo juiz.

No entanto, dois dados contradizem esta solução.

Por um lado, dispõe o art. 10/1 que, recebidos os articulados, o juiz profere despacho saneador onde conhece imediatamente de todas as excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes. No mesmo saneador deve, também, o juiz conhecer, de imediato, de todas as excepções dilatórias e nulidades processuais que sejam de conhecimento officioso.

Por outro, prevê o mesmo art. 10/2a) que o saneador tenha como função complementar, nos casos em que não seja possível nele conhecer do mérito da causa, a definição da ordem do juízo. A liberdade de conformação do decisor é, de algum modo, direccionada: se houver que assegurar o exercício do contraditório, ordenará o juiz a convocação de uma audiência preliminar.

13. Registam-se algumas perplexidades sob a forma de perguntas.

Pergunta-se: como pode o juiz conhecer de excepções ou de nulidades se estas foram alegadas pelo réu na contestação e se sobre elas ainda não houve momento destinado ao contraditório do autor? Se o saneador é proferido findos os articulados, se nestes não há resposta a excepções, pergunta-se: como pode o juiz conhecer de excepções no saneador se ainda não houve contradi-

tório? Pode o juiz, numa repriminção das decisões-surpresa, conhecer de excepções ou de nulidades de conhecimento officioso sem sobre elas assegurar o contraditório das partes? Foi intenção do RPE revogar, neste aspecto, uma das mais adequadas soluções implementadas aquando da reforma do processo declarativo? O art. 3/3 do CPC, na sua actual redacção, não deve valer nos processos tramitados segundo o Decreto-Lei n. 108/2006?

Pergunta-se: o contraditório que deve ser assegurado na audiência preliminar apenas atinge a matéria da excepção peremptória? E a resposta à matéria da excepção peremptória é dada quando e em que acto? Não podendo ser no saneador, já previamente proferido, sê-lo-á na sentença final?

Dir-se-ia que todas as questões suscitadas encontram resposta no princípio da adequação. No entanto, lembre-se que o momento privilegiado para que o decisor dite qual a ordem do juízo é o da audiência preliminar e que esta é realizada depois do saneador. E lembre-se, também, que, apesar de minimalista, o legislador instituiu um procedimento, uma ordem, uma sequência.

Por fim, deixe-se mais uma interrogação: cabendo resposta à contestação por ter o réu deduzido pedido reconvenicional, pode o autor usar a sua resposta à contestação para responder à matéria das excepções? Se bem que já se possam intuir os argumentos de inconstitucionalidade material da proposta que avançamos por violação do princípio da igualdade, diremos que não pode deixar de dar-se resposta positiva a esta questão. Com efeito, o princípio da concentração e do aproveitamento máximo dos actos, no sentido da sua utilização para o máximo de funções que possam desempenhar, hostilizam uma solução que imponha, por um lado, uma resposta à contestação para resposta ao pedido reconvenicional, e uma audiência preliminar, destinada ao exercício do contraditório sobre a excepção. Aliás,

o facto de o réu poder fundar o pedido reconvenicional numa excepção (cfr. art. 274/2a) do CPC) demonstra como a própria defesa do autor impõe uma resposta conjunta às duas matérias.

14. O RPE veio regular alguns actos em particular, modelando-os em termos que permitem supor uma maior agilidade do procedimento.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, sublinhe-se a possibilidade de apresentação de depoimento por escrito⁷, a faculdade de apresentação de acta de inquirição por acordo de todas as testemunhas, a limitação das causas de adiamento da audiência ao justo impedimento da parte ou do mandatário não presentes⁸, com a concessão ao juiz do poder de inquirir as testemunhas arroladas pela parte, cujo mandatário falta à audiência, a produção de alegações sobre o aspecto de facto e de direito conjuntamente e sem interposição de uma resposta à base instrutória⁹.

15. Particular referência nos merece a simplificação extrema da sentença. Aco-

⁷ Se já a troca de um colectivo de juízes por um gravador dá que pensar quanto à valoração da prova constituída, pergunta-se se deve considerar-se que a percepção do tribunal e a convicção que forma durante o depoimento de uma testemunha são irrelevantes. Não se diga que o juiz pode determinar a renovação do depoimento na sua presença, assim se garantindo a fidedignidade da prova. Uma coisa são as circunstâncias de que o juiz experiente se apercebe num depoimento prestado à sua frente, outra, aquilo de que pode aperceber-se olhando para um papel.

⁸ Atendendo a que a parte e o seu mandatário têm prazo para alegar e provar o justo impedimento e atendendo a que a possibilidade de informar atempadamente o tribunal, antes da audiência, de que a não comparência da parte ou do seu mandatário se devem a uma causa daquela natureza, pergunta-se: se o tribunal não for informado, mas ainda assim se verificar que houve justo impedimento para a não comparência da parte ou do seu mandatário, uma vez realizada a audiência será esta anulada?

⁹ Pergunta-se: que eficácia e que razoabilidade terão alegações de direito que sustentam uma solução jurídica sem que a parte saiba qual a matéria de facto que o tribunal considera provada? Pressupõe-se que a parte defenda, nestas alegações, exactamente o que disse nos articulados? Se assim for, para que serve esta alegação?

lhendo regimes já vigentes nas formas menos solenes do processo comum de declaração, o legislador esbata uma das funções cruciais da Justiça, especialmente quando se criam mecanismos de dissuasão de recurso aos tribunais: o restabelecimento da paz social. Ora, esta só se restabelece, se as partes forem persuadidas de que perante os factos arrolados e considerados provados pelo tribunal, a solução acolhida é a única possível. A sentença é o acto através do qual o juiz deve lograr esta persuasão. Assim como incumbe às partes criar no espírito do julgador a convicção de que têm razão, incumbe ao juiz, a quem está reservada a função jurisdicional, convencer as partes de que decisão é justa. Fazê-lo pressupõe fundamentar, não sumariamente, mas cabalmente a decisão proferida. E não pode esquecer-se que, para além de ter uma função de persuasão, a fundamentação tem ainda a relevantíssima função de objectivar a convicção do tribunal: o próprio juiz se deve convencer da bondade da sua decisão exactamente porque a consegue fundamentar de modo cabal.

Por outro lado, entendemos condenável a prática do espartilhamento da decisão sobre a matéria de facto. Se o juiz pode discriminar os factos que considera provados e aqueles que considera não provados por remissão para os articulados, pergunta-se: como se faz a interconexão da fundamentação da decisão sobre a matéria de facto com a remissão de modo a que a parte apreenda o sentido daquela decisão? A sentença passa a assemelhar-se aos títulos de crédito, com literalidade por referência.

Igualmente duvidosa se apresenta a solução contida no art. 15/3 do RPE. Aí se dispõe, como regra, que a sentença seja ditada de imediato (supõe-se que logo que findem as alegações de facto e de direito e na audiência) para a acta. Somente se o caso for de manifesta complexidade [a lei não se basta com a complexidade (GOUVEIA, 2006, sub. art. 15, n. 4), esta há-de ser manifesta], pode o juiz proferir a decisão ulteriormente e já

depois de finda a audiência. Pergunta-se: se o juiz acabou de assistir à produção da prova e de ouvir as alegações de facto e de direito, quando procede ao exame crítico de todas as provas? Pensamos que é ir longe demais afirmar que “o juiz pode necessitar de algum tempo – curto – para ordenar ideias”, sendo assim “admissível que o juiz interrompa por alguns momentos a audiência (meia hora, uma hora)” (GOUVEIA, 2006, p. 145). Só o decisor concretamente colocado perante a necessidade de praticar o acto de decisão terá como ajuizar se precisa de meia, de uma ou de várias horas para decidir. Se o juiz, quando entra na sala de audiências, ainda não sabe que factos vão ser provados ou não, sendo a causa complexa, mas não manifestamente complexa, que decisão dita? Uma que já trazia projectada fosse qual fosse a matéria de facto em que se fundaria? A propósito do contraponto da celeridade, cumpre recordar uma das mais relevantes alterações introduzidas no processo per libellos, representativa de uma ruptura com o processo formular: a redução da sentença a escrito, afirmando-se que *sententia quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur*.

Prudência merece, também, a faculdade de mera remissão para a fundamentação de acórdão de uniformização de jurisprudência, com indicação do local da sua publicação em jornal oficial. Ainda é cedo para vermos os resultados concretos desta solução, implementada entre nós. O risco do apagamento das especificidades do caso concreto foi já apontado.

16. Os dados estatísticos oficiais que permitem extrair ilações quanto ao real impacto da consagração de um regime de gestão processual obrigatória sobre a duração das acções não são encorajadores. Os tempos de duração dos processos tramitados segundo o RPE, se comparados com aqueles que são os tempos de duração dos processos a que se aplicam formas de processo comum menos solenes, como seja o processo sumário

de declaração, não são significativamente inferiores. Por outro lado, verifica-se uma tendência de alongamento da duração média dos processos tramitados em tribunais que aplicam o RPE.

A grande frustração que a leitura destes dados estatísticos pode esconder é a de se terem gorado as expectativas de quem imaginou que uma simplificação processual, acompanhada de um forte poder de gestão, seria uma espécie de panaceia para a morosidade da Justiça. A realidade mostra que assim não é.

No entanto, supomos que não é esta a forma correcta de olhar para o novo regime processual. A incapacidade de reduzir drasticamente os tempos de duração dos processos não justifica, só por si, o abandono do novo paradigma. Se ele se revelar mais adequado à tutela das posições materiais substantivas, então, ainda que com um eventual custo de tempo, ele deve ser aceite como bom.

4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português

17. Mas o sistema processual português não conheceu, ainda e com o RPE, o seu pico de evolução no que respeita à consagração de um princípio de gestão processual. Com efeito, aquela que, há meses, foi anunciada como a nova reforma do processo de declaração (e que poderá estar, por razões que não conseguimos descortinar, condenada ao esquecimento), mantendo em vigor o art. 265-A, acima transcrito, ao qual se acrescentava um n. 2¹⁰, viria pôr em vigor um novo art. 265-B, com o seguinte conteúdo:

“Artigo 265^o-B – Princípio da gestão processual – 1 – O juiz dirige activamente o processo, determinando, após audição das partes, a adopção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios da igualdade das

¹⁰ Disporia este n. 2: “Não é admissível recurso da decisão prevista no número anterior.”

partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável. 2 – Com fundamento na simplicidade da matéria litigiosa, pode o juiz determinar oficiosamente, após audição das partes, que o processo siga, nas fases subsequentes aos articulados, a tramitação correspondente à forma sumária. 3 – Se o autor propuser que o processo siga a forma sumária e o réu a tal se oponha, cabe ao juiz decidir a forma de processo aplicável. 4 – Não é admissível recurso das decisões proferidas ao abrigo do disposto nos números anteriores.”

18. Importando para o sistema central uma regra vigente num subsistema periférico, tinha a proposta a clara intenção de consagrar, ao lado do princípio da adequação, um regime de simplificação processual. Como vimos, nesta assentava parte do RPE, uma vez que, para além de impor ao juiz que escolhesse a sequência processual mais adequada à composição do litígio, previa regras de simplificação de actos processuais por referência à solenidade de que estão rodeados quando e, em rigor, se lhes aplica a forma ordinária de processo comum.

III. A gestão processual e o princípio da igualdade

19. O RPE suscitou várias apreciações de conformidade constitucional. No contexto deste estudo, interessa-nos somente a questão material que um regime baseado no princípio da gestão processual pode suscitar: a da eventual violação do princípio da igualdade por falta de uniformidade dos ritos processuais que levam à decisão de causas similares¹¹.

¹¹ Desconsideraremos, aqui, a alegada desconformidade do RPE, por violação do princípio da igualdade, atendendo à limitação geográfica da sua aplicação. Aderimos, neste ponto, à posição expressa pelo Tribunal Constitucional, no seu acórdão n. 69/2008, de 31 de Janeiro de 2008, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>.

Esta questão foi levantada em diversos procedimentos de controlo sucessivo de constitucionalidade do RPE, sendo definitivamente julgados pelo Tribunal Constitucional português. Nas suas alegações, as partes afirmaram reiteradamente que, num Estado de Direito, não poderia admitir-se um sistema processual que não garantisse a igualdade de todos aqueles que submetem pretensões semelhantes a decisão judicial. Deste ponto de vista, só a estrita observância do princípio de legalidade das formas de processo seria compatível com a isonomia.

O Tribunal Constitucional negou sempre a existência de uma desconformidade constitucional entre o RPE e a Constituição, demonstrando que a concessão de poderes de gestão processual ao juiz da causa não implica, por si só, violação do princípio da igualdade. E supomos poder afirmar, sem reservas, que, ao assim decidir, decidiu bem. Basta-nos pensar que há sistemas processuais de *common law*, informados *ab origine* pelo princípio da gestão processual e pouco habituados a ritos processuais prefixados, que têm vigência em espaços geográficos que não poderão deixar de ser considerados Estados de Direito. Se assim é, seguramente que não se poderá fazer decorrer, em linha recta, da consagração positiva de um princípio de gestão processual uma violação da ideia de Estado de Direito por violação do princípio da igualdade.

20. Mas mais. É absolutamente evidente que há razões substanciais, justificativas da compatibilidade entre a ideia de Estado de Direito e a estruturação de um sistema processual em torno do princípio de gestão processual. Lembre-se que a igualdade não é uma igualdade meramente formal, mas uma igualdade substancial. Esta precisão impõe que se criem estatutos de desigualdade se as situações a regular forem desiguais. Nestes casos, será através da criação de estatutos de desigualdade que se cria a igualdade substancial.

Dir-se-á que a invocação do princípio da igualdade substancial não resolve o ver-

dadeiro problema. Este reside na possibilidade de se percorrermos ritos diferentes na decisão de causas que, afinal, apresentam fortes semelhanças entre si. Aqui não haveria desigualdade de partida que tivesse de ser corrigida através da criação de formas diferenciadas. Aliás a igualdade imporia que a decisão de pretensões semelhantes sobreviesse de procedimentos exactamente iguais.

Se é evidente que pode suceder que pretensões semelhantes sejam decididas depois de percorridos ritos diferenciados, tudo estará em saber se esta diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa. A forma – nomeadamente quando sob esta palavra se quer referir a sequência de actos processuais previstos para a decisão de uma causa –, que é antecipadamente conhecida, oferece uma segurança às partes: antes de instaurada a causa, estas representarão exactamente o que deve ser feito até que se chegue à decisão de mérito. Convenhamos que esta segurança é meramente aparente. Como já dissemos acima e escrevemos em outro lugar, nenhuma forma vale por si e nenhuma sequência processual é rígida. No fundo, os ritos que encontramos previstos nas legislações processuais são meros indicadores da sequência que deve ser percorrida; são tipos orientadores. Mas cada processo em si concitará a prática de todos os actos, mas exclusivamente a prática dos actos necessários à decisão da concreta causa. O processo, já enquanto tipo legal, é elástico. E a sua elasticidade bem se compreende quando se pensa que a forma/tramitação não é um fim em si mesma; ela está orientada à decisão de uma causa. A finalidade marca o rito e não o inverso.

Se a gestão processual incrementa a insegurança inicial das partes quanto aos actos cuja prática será ordenada pelo juiz para que a causa seja decidida, não pode dizer-se que esta insegurança seja incompatível ou incompatível com as suas ex-

pectativas. Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre através de um ou de outro tipo de sequência, é relativamente neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios constitucionais (processuais) fundamentais¹² – igualdade e contraditório amplo –, qualquer forma será adequada se através dela se cumprirem os fins a que serve.

Dir-se-á que as afirmações antecedentes iludem o real problema: não estando o juiz obrigado a respeitar uma tramitação que lhe é imposta pelo legislador, tenderá ele a construir uma forma *qualquer*, exactamente aquela que lhe parecer a mais ajustada à composição do conflito. E, nesta variação entre sequências, ordenadas à decisão de pretensões equivalentes, pode discernir-se uma violação do princípio da igualdade.

Duas observações quanto a esta linha de argumentação. Em primeiro lugar, é evidente que a estruturação de um sistema processual em cima do princípio da gestão processual incrementa a responsabilidade de todos os intervenientes processuais. O decisor tem de cumprir mais uma tarefa para além daquelas que lhe estão tipicamente destinadas em sistemas enformados pelo princípio da legalidade das formas: ele tem não apenas de decidir a causa, como também de estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição. Mas este aumento de responsabilidade pode ser perfeitamente compatível com o estado de maturidade da magistratura de um sistema em que visa implementar-se uma solução que requer o cumprimento de uma tarefa a mais. Se assim for, não procederão argumentos que assentem nos riscos de um arbítrio da decisão. Contra o erro judiciário haverá sempre mecanismos de reacção. Se, ao determinar a estrutura processual, o juiz estabelecer uma tramitação desadequada,

¹² Sobre esta qualificação, Lenio Streck (Reforma..., 2010).

às partes deverão ser conferidos meios que lhes permitam provocar o controlo desta sua decisão. E se, no final, se concluir que foi suprimida a prática de actos necessários à correcta decisão da causa – *v.g.*, porque foram suprimidos actos de instrução, vindo a decisão a julgar a acção ou a defesa im procedentes por falta de prova quando foi a sequência determinada pelo juiz a impedir que essa prova se realizasse –, a decisão será frágil por violação do princípio da acção.

Em segundo lugar, supomos que o princípio de igualdade não impõe nem que as sequências processuais sejam rigidamente pré-ordenadas pelo legislador, nem que a decisão de pretensões idênticas resulte de estruturas processuais exactamente iguais. A igualdade não há-de ser vista a partir de uma perspectiva atómica, acto de sequência a acto de sequência. Ela há-de ser prefigurada a partir das finalidades que presidem ao processo. Se se concluir que, apesar da diversidade de estruturas, as partes tiveram idênticas faculdades de persuasão do decisor e de demonstração dos factos que fundamentam a acção e a defesa, a igualdade estará preservada.

21. No fundo, a maior dificuldade dos sistemas tipicamente submetidos ao princípio da legalidade reside na habituação dos diferentes operadores judiciários a um novo paradigma, partindo-se, naturalmente, de uma resistência inicial. Descobrem-se imediatamente os riscos que o contraparádigma aparentemente não oferece. Para além de o reforço de poderes do juiz poder gerar, *se estes forem patologicamente exercidos*, um protagonismo judiciário indesejado¹³, num sistema em que todos estão habituados a tramitar pretensões segundo estruturas pré-ordenadas, alegações como a insuportabilidade da surpresa quanto ao rito processual ou como a possível erraticidade das decisões judiciais proferidas ao

¹³ Quanto aos perigos que a centralidade do juiz arrasta, Lenio Streck (Reforma..., 2010); Jânia Maria Lopes Saldanha, Angela Araújo da Silveira Espindola, Cristiano Becker Isaia (Reforma..., 2010).

abrigo do poder de gestão surgem de imediato. A mudança radical é sempre difícil de absorver, levantando fortes resistências.

Esta circunstância poderá justificar a razoabilidade da solução votada no Senado quanto à amplitude dos poderes de gestão processual no futuro Código brasileiro. Quem pugnava por mais sentirá que a opção é acanhada. Mas, como sempre acontece na vida, o indivíduo, confrontado com a ruptura tem dificuldade em a absorver. Subitamente ele não sabe como fazer aquilo que dele é demandado. Resistirá e tenderá, até, a interpretar as novas soluções de modo a nelas encontrar aquilo que sempre conheceu. E estes factores humanos são cruciais no sucesso de qualquer reforma pelo que o são quando essa reforma depende estritamente de factores humanos. Por isso será mais avisado que o legislador, sabendo onde quer chegar, programe a reforma com larga antecedência, fazendo-a por etapas. E, se parte de um estado de coisas muito afastado do objectivo que tem em vista, deverá contabilizar o tempo de adaptação daqueles que deverão concorrer para a realização dos objectivos que a reforma se propõe. Convenha-se que pedir a um operador judiciário que, ao longo de uma larga carreira, conviveu com o princípio da legalidade das formas que, subitamente, aplique poderes de gestão processual será desadequada opção política.

Mas como ficaram, afinal, os poderes de gestão conferidos ao juiz no projecto de novo Código de processo Civil brasileiro, sistema em que “o gerenciamento não existe como técnica sistematizada ou regulamentada”? (SILVA, 2010, p. 138)

IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro

22. A Comissão de especialistas incluiu no seu Projecto de Código algumas disposições relevantes em matéria de gestão processual. Lia-se no art. 107, do Capítulo I (Dos poderes, dos deveres e da respon-

sabilidade do juiz), do Título VI (Do juiz e dos auxiliares da Justiça)

“Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.”

No art. 151 da Secção I do Capítulo I (Da forma dos actos processuais) do Título VIII (Dos actos processuais), lia-se

“Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. § 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.”

Na exposição de motivos, escrevia a Comissão:

“Na mesma linha, tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.”

A fonte de inspiração para esta nova solução legal, que visava consagrar um princípio de gestão processual em sentido forte, foi, segundo a própria Comissão, o processo civil inglês que se apoiou, expressamente, na regra 1.4. das CPR, na qual se consagram os *case management powers*.

23. Porém, a regra ordenada a consagrar o princípio da gestão processual em sentido forte¹⁴ – o art. 107 do projecto – não foi via-

¹⁴ Sustentando que, não obstante a inclusão desta regra no texto do projecto, dele não resultaria a concessão de poderes ao juiz para adaptar a fase de preparação da causa, Dierle Nunes, Flaviane de Magalhães Barros (Reforma..., 2010, p. 43). Se bem que se refira, expressamente, à admissibilidade de aplicação da cláusula processual geral de adequação jurisdicional do processo à fase dos recursos, Fredie

bilizada no Senado. O Relator justificou a supressão dos poderes de gestão processual com a seguinte alegação:

“A Emenda nº 15 merece acolhimento parcial. Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu ‘Código’, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova”.

Nesta sequência, o art. 107 do projecto veio a ser alterado, passando a ter a seguinte redacção:

“Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

A versão do inciso V é radicalmente distinta daquela que fora proposta pela Comissão redactora do projecto, no seu art. 107. O juiz deixa de ter poderes de gestão processual em sentido forte, detendo, apenas, o poder de dilatar prazos processuais e o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova.

24. Dir-se-á que a solução final do futuro Código de Processo Civil brasileiro nasce desajustada do seu tempo. No plano do Direito positivo e olhando-se para experiências estrangeiras, seria possível consagrar

Didier (Reforma..., 2010) escreve, na p. 161, que esta cláusula geral, exactamente porque é uma cláusula geral, não tem limite temporal. Parece, deste modo, o Autor admitir que a adequação pode e deve ser levada a cabo pelo juiz em qualquer fase do procedimento.

solução bem mais arrojada¹⁵. A gestão processual conhece em outros espaços uma dimensão incomparável com aquela como o novo Código a consagrará.

Mas, como acima dissemos, se a solução da Comissão pode ser totalmente justificada num plano científico e, mesmo, quando pensada para ser posta em vigor em tribunais expressamente preparados para um novo paradigma, talvez que a sua aplicação universal e imediata levantasse mais problemas do que aqueles que visaria resolver¹⁶. Vale a pena lembrar o velho ditado: “Prudência e caldos de galinha nunca fizeram mal a ninguém.” Ou, numa versão possivelmente mais erudita, “*Vorsicht ist die Mutter der Porzellanke.*”

Referências

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

BRITO, Pedro Madeira. *O novo princípio da adequação formal*. In: ASPECTOS do novo processo civil. António Marques dos Santos et al. Lisboa: Lex, 1996. p. 31-69.

CASTRO, Manoel d’Oliveira Chaves e. *Estudos sobre a reforma do processo civil ordinario portuguez*: desde a proposição da acção até à sentença de primeira instancia. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866. Dissertação inaugural para o Acto de Conclusões Magnas de Manoel d’Oliveira Chaves e Castro na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 1866. 242 p. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=4qYWAAAAYAAJ&pg=PA15&lpg=PA15&dq=CHAVES+E+CASTRO,+Estudos+sobre+a+reforma+do+processo+civil+ordin%C3%A1rio&source=bl&ots=WuxcC4vDTh&sig=Gofz-xH6y8LpvFMg1cMMil0c>>

¹⁵ E tecnicamente mais perfeita, desde logo se houvesse sido seguida a redacção proposta pela Comissão de Especialistas, conforme sustenta José Rogério Cruz e Tucci (2011, p. 206). No mesmo sentido, quanto ao acerto técnico da solução constante do Projecto, Fredie Didier (Reforma..., 2010, p. 160).

¹⁶ Érico Andrade (2011, p. 195), identificando diversas causas que justificarão porque ainda se não introduziu um princípio de gestão processual no brasileiro.

-Cg&hl=pt-BR&ei=WGQwTq7WA4nZgQeU6dS1AQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDcQ6AEwBA#v=onepage&q&f=false>.

DIDIER, Fredie. Princípio da Adequação Jurisdicional do Processo no Projecto de Novo Código de Processo Civil. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-164.

GOUVEIA, Mariana França. Regime processual experimental anotado. Coimbra: Almedina, 2006.

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 1986.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15-53.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker. Interrogações sobre princípios processuais previstos no projecto de novo Código de Processo Civil. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 165-200.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos Códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-74.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projecto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 193-209, fev. 2011.