

ANO III – Nº. 06



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JAN/JUN

2007

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBDA
Ano 3 • Volume 3 • Número 6
Jan-Jun 2007 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Semestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente
Alenuska Teixeira Nunes, Vice-Presidente
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral
Elisa Ustárroz, Diretora Científica
Caroline Alves Salvador, Diretora Social
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:
Eduardo Bruno Milhomens
Fernando Estevam Bravin Ruy
Paula Lins Goulart
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:
Daniel Barroso
Luiz Carlos Messias Junior
Tiana Santos

Colaboradores:
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária · CP 1649014 · Lisboa · Portugal



REGIME PROCESSUAL CIVIL EXPERIMENTAL DE PORTUGAL

A. Silveira Martins¹

Introdução

O novo regime processual civil experimental de Portugal, previsto no Decreto-lei n. 108, de 8 de junho de 2006, inaugurou um procedimento mais simples e flexível para a solução dos dissídios sociais, conferindo efetividade à Resolução do Conselho de Ministros n. 100, de 30 de maio de 2005, que aprovou o Plano de Ação para o Descongestionamento dos Tribunais, precedido de amplo debate público, e entre os principais órgãos do Estado e da sociedade civil, como o Conselho Superior da Magistratura, a Ordem dos Advogados, Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Conselho Superior do Ministério Público, da Câmara dos Solicitadores, do Conselho dos Oficiais de Justiça, a Procuradoria-Geral da República, a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, a Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz e o Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia de Coimbra.

O acirrado debate público mostrou-se indispensável para auscultar as opiniões e os anseios sociais emergentes, e materializar soluções. O direito não pode compreender-se desligado da realidade social, ou seja, cultural, religiosa, política, econômica, em que se deve aplicar. Por exemplo, um idêntico conjunto de normas postas em diferentes países exibe neles diferentes modos de ser interpretado e de ser cumprido, porque tais normas levam consigo valores e conceitos susceptíveis de refração e não se reduzem a esquemas formais. Quando perfeito em certo Estado, ao ser transplantado para outro pode se revelar inadequado, por razões sociais e culturais, ou pelo fato de exigir o

problema solução diversa. Um dos méritos das correntes doutrinárias modernas está em terem contribuído para se conceber o ordenamento jurídico, não abstratamente, mas em concreto, com referência a certa sociedade. Ao célebre brocardo *ubi societas, ibi jus*, responde-se hoje com a afirmação *ubi jus, ibi societas*².

Este regime processual experimental confere ao juiz um papel determinante, enquanto responsável pela direção do processo e, como tal, pela sua agilização; também mitiga o formalismo processual civil comum, e insufla no magistrado uma visão crítica das regras, centrada na aceleração, simplificação e flexibilidade dos atos processuais.

A direção do processo incumbe ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal da regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade³.

Os atos de processo não são, aliás, senão cautelas que a lei reputa indispensáveis ou úteis para que se consiga, afinal, com segurança e eficiência, realizar a justiça. Dirigindo-os, deverá o juiz, além do princípio da celeridade, observar aqueles que a sabedoria dos povos aconselha. Assim, e primeiramente, rege o processo o princípio da igualdade entre os contendores. Nos pretórios não se distinguirão pobres ou ricos, grandes ou pequenos, de condição humilde ou de prestígio social. Para os infra-suficientes, todavia, que são os desprotegidos da sorte, se vem reclamando tratamento especial. O Estado tem, por dever, equilibrar, quanto possível, as diferenças sociais⁴.

É fato, entretanto, que o pulsar da vida do direito público é bem mais rápido do que o do direito privado; por outro lado, o pulsar da vida política é ainda

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal, 2006/2007.

² Cfr. Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 107.

³ Assim, Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 270.

⁴ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 272 e 273.

mais rápido que o do direito público. Mudam mais os governantes que as constituições; mudam mais as constituições que os códigos civis⁵.

1. A nomenclatura adotada pelo decreto-lei 108/2006

A realidade do mundo material é perceptível pelos humanos através dos sentidos, como a visão, o olfato etc. Estas informações exteriores são processadas e transformadas em saber, no pensamento humano. Neste sentido, afirma-se que a existência humana está intimamente subordinada à potencialidade do saber e do pensar individual.

A forma ideal do conhecimento humano é a percepção individual pela experiência, e a dificuldade de se experimentar singularmente o universo das realidades materiais, leva ao caminho forçoso do conhecer pela experiência alheia, transmitida, primordialmente, pelas formas de expressão, dentre as quais, a linguagem. A transferência do conhecimento é, reconhecidamente, uma necessidade instintiva humana. O ser humano é gregário por natureza, vive inserto numa organização social, e vale-se da comunicação lingüística para se interagir.

Por vezes, não raramente, a forma de expressão se demonstra ineficaz ao transpasse do conhecimento humano fiel à experiência, como, por exemplo, a não utilização adequada da terminologia técnica, as características peculiares do próprio idioma adotado etc. É sabido que idiomas que se valem exacerbadamente de palavras providas de sentido vário, que exprimem realidades materiais diversas, padecem de precisão e eficácia desejáveis à transferência do conhecimento humano, bem como o uso excessivo de palavras homófonas.

Assim, a utilização adequada da terminologia técnica continua a ser a maior preocupação do operador do direito, tanto na transferência do conhecimento, como no aprofundamento científico dos estudos humanísticos. Destarte, mister a explicitação do exato sentido técnico

de algumas terminologias jurídicas, que serão objeto de crítica e valoração na apertada síntese que se seguirá.

O direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores. O conceito de direito não pode ser determinado de outra maneira que não seja esta: o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a idéia de direito⁶.

Geralmente, a idéia de processo vem associada ao conjunto de atos que por si realizam uma operação química, industrial, ou outra, de natureza qualquer. A palavra inglesa semelhante *process* significa método ou meio para se produzir coisas, ou, ainda, uma série de eventos que produzam mudança ou desenvolvimento⁷.

Para a Ciência do Direito, porém, o processo é a técnica de que vale o Estado para a solução de divergências entre humanos, igualmente, denominadas de intersubjetivas, exprimido o modo pelo qual se resolve a contenda, que pode se configurar entre particulares, pessoas singulares e coletivas, ou mesmo entre o particular que demanda contra o Estado, e vice-versa. As pessoas coletivas gozam de direitos, mas sujeitam-se aos deveres compatíveis com a sua natureza (CRP⁸, art. 12, n. 2).

É sabido que o conceito de ciência não coincide com o conceito de verdade. A ciência dum determinada época abrange tanto a sua conquista positiva como os seus desvarios científicos, e até os seus erros. Contudo, quando se pretende abarcar no conceito de ciência todos os resultados desta, tanto os felizes como os mal sucedidos, é evidente que o faz pelo fato de todos eles representarem, pelo menos, o mesmo esforço para atingir a verdade. Uma coisa, porém, é a verdade, outra coisa o esforço para a alcançar, e por isso pode-se dizer que a ciência não é senão aquele conjunto de dados da experiência que, quer se atinja, quer não, a verdade, têm sempre a significação suprema de pretender estar ao seu serviço⁹.

⁶ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 45.

⁷ “*Password, English Dictionary for Speakers of Portuguese*”, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 411.

⁸ Abreviatura de Constituição da República Portuguesa.

⁹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, pp. 41 e 52. O autor ressalta ainda que: “A ciência pode ensinar-nos os meios

⁵ Neste sentido, Nuno J. Espinosa, *op. cit.*, p. 15.

Quando a contenda é colocada sob apreciação do Estado, no exercício da função administrativa, o direito processual administrativo é chamado a incidir, mas quando o problema é submetido ao conhecimento dos órgãos detentores de funções judiciais, e provocados a atuar nestas situações, se está diante do direito processual judicial. Ambos, o processo administrativo e o processo judicial têm uma nota característica, sua razão final, dar cobro aos conflitos entre humanos, materializados nas causas administrativas e judiciais, respectivamente.

A técnica processual se vale dos diversos procedimentos administrativos e judiciais, que exprimem os atos sucessivos e concatenados, em regra, de natureza preclusiva, sistematizados pela norma jurídica, e voltados para a obtenção do resultado final do processo, a solução da divergência social com pacificação.

O processo desenvolve-se numa série de atos que vão desde o impulso inicial até a efetiva realização da Justiça. Nesse percurso, a marcha processual, três fases, mais ou menos nítidas, se assinalam, a de postulação e instrução, a decisória e a executiva. As duas primeiras correspondem aos elementos de que se compõe a jurisdição: a *notio*, ou o poder de conhecer das questões; e o *judicium*, o poder de julgá-las. A terceira é corolário lógico das precedentes. Na primeira, tem o juiz por objetivo a verdade; na segunda, a declaração do direito e, por fim, na terceira, a sua efetivação. A convicção da verdade é a certeza, posto nem sempre a verdade e certeza se harmonizam. Tem-se, às vezes, por verdade o que absolutamente o não é. Até as certezas científicas – verdades proclamadas pelos sábios, caem por terra, de quando em quando, derribadas por outras certezas. A fase investigatória é toda destinada a elucidar o juiz, formando-lhe a convicção mediante o emprego de processos lógicos – petições, articulados, razões; ou físicos – exames, inquirições, vistorias etc.¹⁰

O processo é, em primeiro lugar, forma. É a forma prevista por lei para a obtenção de uma tutela, que

não pode ser diretamente obtida pelo sujeito. Mas a forma não existe por si. Existe em função dos objetivos para os quais é pensada e criada. O processo de jurisdição contenciosa pressupõe um conflito relativamente à definição de uma situação jurídica. A ordem jurídica precisa de repor o equilíbrio de posições, que se encontra ameaçado. O processo é destinado à resolução de um conflito surgido na vida de duas ou mais pessoas, que não chegam a acordo quanto ao comportamento a adotar. Com esta eleição da resolução do conflito como fim prioritário do processo afasta-se radicalmente da construção que vê o caso julgado como o fim do processo¹¹.

A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos, bem como o direito à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário, e se fazer acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. Principalmente, à solução célere, e mediante processo equitativo, dos conflitos intersubjetivos de que fazem parte (CRP, art. 20, ns. 1, 2 e 3).

A tutela jurisdicional é a pedra angular de defesa dos direitos fundamentais: só quando os direitos podem ser invocados perante os tribunais é possível falar de uma verdadeira proteção destes. A tutela jurisdicional concretiza-se, em primeiro lugar, no reconhecimento de um direito de ação atribuído aos particulares¹².

Aos tribunais cabe a tarefa clássica da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Os tribunais, porém, não estão apenas ao serviço da defesa de direitos fundamentais; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efetiva-se ou concretiza-se: (1) através do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais¹³.

indispensáveis para a consecução dos fins que devemos procurar”.

¹⁰ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 267.

¹¹ Cfr. Paula Costa e Silva, *op. cit.*, pp. 103 e 104.

¹² Assim, Maria da Assunção, *op. cit.*, p. 161.

¹³ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 444.

O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20 da Constituição da República Portuguesa, no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 14 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civil e Políticos e no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of law*. O processo devido é o processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das normas restritivas das liberdades dos cidadãos¹⁴.

Pela própria arqueologia do devido processo verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um direito de defesa do particular perante os poderes públicos. Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se com uma dupla dimensão: (1) um direito de defesa ante os tribunais e contra todos os poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros, i.é, dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção¹⁵.

Tecidas estas considerações, é chegado o momento de analisar a nomenclatura adotada pelo legislador para exprimir o processo judicial experimental, levado a efeito pelo Decreto-lei n. 108/2006.

O art. 1º do RPCE¹⁶, ao inaugurar o novo regime processual civil experimental, esclarece que "O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a ações declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos".

Regime legal é o mesmo que disciplina jurídica de determinada realidade social. Vale dizer, a nova norma instituída orienta a realidade dos trabalhos forenses, noutras palavras, o andamento dos procedimentos judiciais de jurisdição contenciosa, cuja

natureza existencial reside na litigiosidade dos populares, que batem às portas do Estado, para solução de suas desavenças intersubjetivas.

O novo regime processual corporifica um procedimento civil sumário, mais simples e flexível, com objetivo de dar rapidez, eficiência e justiça na solução dos litígios nos tribunais, garantindo-se aos populares o direito fundamental de acesso ao Judiciário.

É, também, um processo experimental no sentido de que a previsibilidade de reformulação da lei processual, baseada na experiência forense, permite ao legislador testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilidade processuais nele consagrados, antes mesmo de alargar o âmbito da sua aplicação.

Para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei há de assegurar aos populares procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (CRP, art. 111, n. 5).

Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, e no exercício desta função, a eles incumbem assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos populares, bem como reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (CRP, art. 202, ns. 1 e 2).

O poder de julgar pertence à Nação, que o exercita por meio de seus juízes. Chama-se a esse poder jurisdição. A etimologia da palavra é expressiva: *jurisdictio*¹⁷. No juiz, o fazer Justiça é o alvo, a tarefa, a missão, o sacerdócio. O juiz existe para isso. É o agente específico mediante o qual exercita o Estado uma de suas funções essenciais – a função jurisdicional. A palavra Justiça, em linguagem judiciária, significa, comumente, a conformidade com o direito. Confunde-se, nesta acepção, com legalidade. Decidir com justiça será, pois, para o juiz, decidir de acordo com o direito¹⁸.

¹⁴ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 487.

¹⁵ Como diz Canotilho, *op. cit.*, p. 489.

¹⁶ Abreviatura de Regime Processual Civil Experimental.

¹⁷ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 34.

2. O dever interno e supranacional de instalação do novo procedimento judicial

O reclamo social calcado na insatisfação do povo em ver cobro aos conflitos intersubjetivos, estes perfeitamente naturais e inerentes a qualquer forma de organização social, e o custo econômico da efetivação desta atuação estatal, denominada pela comum opinião dos doutores, de exercício da jurisdição, foram as causas determinantes para a instituição do denominado processo judicial experimental, expressamente consignadas na exposição de motivos, que antecede ao Decreto-lei n. 108/2006.

Até porque, nos termos do art. 9º da Constituição da República Portuguesa, constituem dentre as tarefas fundamentais do Estado, garantir a independência nacional e criar as condições políticas, econômicas, sociais e culturais que a promovam, e zelar pelo bem-estar, pela qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais (CRP, art. 9º, alíneas a e d).

A justiça manda tratar como iguais os iguais e diferentemente os desiguais, na proporção da desigualdade; não responde, porém, à pergunta: quais pessoas devem ser tratadas como iguais ou como desiguais; nem à pergunta: como devem ser tratadas? A justiça só determina e só fornece a forma do jurídico, não o seu conteúdo¹⁹.

As preocupações da justiça e da segurança do direito caracterizam o *homo juridicus* de maneiras diferentes e até opostas. A justiça conduz o espírito do homem a tomar perante o direito uma atitude transpositiva e progressiva. A segurança conduz a uma atitude positiva e conservadora²⁰.

Um sentimento jurídico equilibrado é coisa rara. Mas não se deve esquecer que essa raridade não tem apenas como explicação o ser também coisa rara uma consciência equilibrada a acompanhá-lo. O sentimento

jurídico exige, por conseqüência, uma inteligência viva e ágil, tão capaz de poder elevar-se rapidamente do particular ao geral, como, inversamente, de baixar do geral ao particular. É por isso que o tipo do lutador do direito se caracteriza por um misto curioso de intelectualismo e de paixão²¹.

En todo proceso las partes se hallan situadas en una posición jurídica doble, igual y contradictoria. La posición doble de las partes, o principio de la dualidad de partes, quiere decir que en todo proceso aparecen las partes en dos posiciones, precisamente dos, de manera que no puede haber proceso sin partes, o con una sola parte, ni procesos con tres partes o más. La posición igual de las partes, o principio de la igualdad de partes, significa que la condición de cada parte debe tener un contenido equivalente, es decir, que no pueden diferir en sustancia los deberes y derechos de una parte y otra. La igualdad de las partes es, no obstante, para el proceso un principio instrumental y no un principio final. En la práctica, muchas veces, la igualdad absoluta no es aconsejable, y a veces ni siquiera posible, de donde la diferencia de trato que se observa en cualquier derecho positivo en este punto. La posición contradictoria de las partes, o principio de contradicción de partes, supone que para dar satisfacción a una pretensión es preciso admitir y tener en cuenta la contradicción del adversario. Este principio se contrae a una pura posibilidad y no a una real actualidad: no se trata tanto, en efecto, de que las partes se contradigan de hecho cuando de que cualquiera de ellas tenga la posibilidad, que puede desaprovechar o no, de contradecir²².

A positivação dos direitos naturais, tornando-os direitos civis, na Declaração de Independência e no *Bill of Rights* bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a idéia de que os homens são livres e iguais implicou que o fundamento da obrigação política e a idéia de legitimação da ordem política passassem a residir no consentimento dos cidadãos²³.

Na ausência de um catálogo de direitos fundamentais nem por isso o espaço jurídico europeu

¹⁹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 124.

²⁰ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 209.

²¹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, pp. 217 e 218.

²² Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, pp. 178 e 179.

²³ Assim, Maria da Assunção, *op. cit.*, p. 84.

comunitário deixou de encontrar as formas adequadas para atender esta exigência. A articulação do direito constitucional português com o direito europeu comunitário em sede de tutela dos direitos fundamentais é auxiliada pela referência de ambos a matrizes comuns: a Carta da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a participação na Conferência para Segurança e Cooperação na Europa e no Conselho da Europa, as declarações do Parlamento Europeu e do Conselho das Comunidades etc. A que acresce a relevância atribuída pela jurisprudência europeia comunitária aos princípios gerais comuns aos direitos constitucionais dos diferentes Estados-membros²⁴.

O princípio da garantia da via judiciária visa assegurar uma defesa dos direitos segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado. Por isso, a abertura da via judiciária é uma imposição diretamente dirigida ao legislador no sentido de conferir operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais. A defesa de direitos através dos tribunais representa também uma decisão fundamental organizatória, pois o controle judicial constitui uma espécie de contrapeso clássico em relação ao exercício dos poderes executivo e legislativo. Verdadeiramente fundamental no princípio da abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos. A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não podem divorciar-se das várias dimensões reconhecidas pela constituição ao catálogo dos direitos fundamentais. O princípio da proteção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjetiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas ilegalmente lesadas²⁵.

A proteção dos direitos fundamentais depende essencialmente do sistema constitucional em que se inserem. Liga-se também a um conjunto de condições económicas, sociais, políticas e culturais que favorecem

a sua realização. Tem a ver com uma determinada concepção do homem, da sociedade e do papel do Estado no reconhecimento dos valores da dignidade e da autonomia da pessoa. A ordem constitucional liberal-democrática constitui já em si um sistema geral de defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado, verifica-se um efeito de sentido inverso: os direitos fundamentais servem à caracterização e realização do Estado de Direito democrático²⁶.

É forçoso salientar, ainda, que: *El proceso lleva consigo una serie de gastos que su sola existencia origina y que pueden ser mayores ou menores, según la amplitud, duración y complejidad del mismo, pero que siempre plantean un problema em cuanto al modo de su satisfacción. Todas las actividades de los sujetos que en el proceso intervienen causan esta serie de gastos a que se alude; así, existen gastos para el Estado, que necesita atender a las exigencias económicas que el servicio público de la administración de justicia lleva consigo; gastos para las partes; cuya actividad necesariamente supone un desembolso de riqueza que sin el proceso no se produciría; gastos, en fin, para los terceros, que deben contribuir con su esfuerzo, en mayor o menor grado, al desarrollo de aquél*²⁷.

A par das causas de índole sócio-económicas, concorre outra, de maior transcendência, que é a legitimação popular da administração política, e, neste ponto, reside o cerne da estruturação do Estado moderno.

É equivocado o pensamento daqueles que atribuem a necessidade de legitimação popular à escolha ou eleição do dirigente político estatal, mormente quando, em alguns países, de tradição revolucionária, a aparente aceitação sobrevinha posteriormente ao ato de assunção na função estatal. Não é somente o poder, consubstanciado na possibilidade abstrata de atuação política, que solicita a legitimação popular, mas também a atuação constante do administrador político, não adstrita a um ato singular, mas a ingerências sucessivas na vida dos populares.

O ato político há de ser contrastado com a vontade popular no adentrar e transpor de toda a

²⁴ Cfr. Fernando Paulo da Silva Suordem, *op. cit.*, p. 331.

²⁵ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, pp. 275 e 277.

²⁶ Assim, Maria da Assunção, *op. cit.*, pp. 157 e 158.

²⁷ Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 583.

delegação política. Tanto estar no poder como exercê-lo carecem igualmente do apoio e aceitação do povo. O poder emana originariamente do povo e em seu nome sempre deverá ser exercido. A alteração do panorama procedimental, como ferramenta estatal de inibição rápida e satisfativa dos populares das divergências intersubjetivas, com pacificação, é elemento confirmador da própria legitimação da administração política atuante no Estado.

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à essência da democracia: "governo do povo, pelo povo e para o povo". Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático²⁸.

O preâmbulo constitucional enfatiza que ao se promulgar a Carta Maior a Assembléia Constituinte afirmou a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo, tendo em vista a construção do país livre, justo e mais fraterno.

O Estado é a resultante da existência de uma sociedade complexa e, por sua vez, a causa ou um dos fatores de criação de uma sociedade complexa. A complexidade de organização e atuação consiste em centralização do poder, diferenciação de funções, de órgãos e serviços, além do enquadramento dos indivíduos em termos de faculdades, prestações e imposições. Já a institucionalização do poder significa dissociação entre a chefia, a autoridade política, o poder, e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal; permanência do poder para além da mudança de titulares, e a sua subordinação à satisfação de fins não egoísticos, à realização do bem comum. Ele também se apresenta como sociedade política sedentária. O território revela-se indispensável para o Estado como referência da comunidade, como sede material do poder, como

²⁸ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 287.

domínio de ação indiscutida, como área de segurança dos indivíduos e das sociedades menores e como instrumento ao serviço dos fins do poder²⁹.

O movimento constitucional desencadeou, no plano doutrinário e político, discussão quanto a dois problemas fundamentais, intimamente relacionados: o problema da soberania e o problema da legitimidade e da legitimação. Trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade e exercício desse poder. A soberania deve ter um título de legitimação a ser exercida em termos materialmente legítimos (legitimidade); a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. Pode-se dizer, de certo modo, que a questão da legitimidade e da legitimação é o lado interno da questão da soberania³⁰.

A teorização do Estado de direito democrático centrou-se em duas idéias básicas: o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertencente ao Estado. Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno fazendo parte *of the law of the land*. Nenhum Estado pode permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no próprio atuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao direito internacional como uma das dimensões que caracterizam o Estado de direito³¹.

Nos estados organizados também em comunidades supranacionais, de caráter associativo e de finalidade cooperativa mútua, a pacificação e estabilidade social interna, bem como a legitimação do governo posto dá cumprimento a obrigações firmadas e empenhadas junto à organização internacional, e

²⁹ Cfr. Jorge Miranda, *op. cit.*, pp. 48 e 49.

³⁰ Assim, Canotilho, *op. cit.*, p. 112.

³¹ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 232.

constituem os pilares fundamentais da continuidade do pacto associativo.

Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos (CRP, art. 7º, ns. 5 e 6).

A União Europeia não é um "Estado" soberano dotado de competências e poderes globais, mas sim uma comunidade de estados dotada das competências que os estados membros, através de tratados internacionais, lhe vão atribuindo. Neste sentido se diz que a Comunidade tem simples competências de atribuição ou dispõe de poderes especificamente conferidos³². Esta União resulta da unificação de três organizações internacionais distintas, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atómica. A primeira foi instituída pelo Tratado de Paris, em 1951, e as outras duas pelo Tratado de Roma, em 1957. As três comunidades foram progressivamente unificadas, e transformadas através do Ato Único Europeu, em 1986, e pelo Tratado de *Maastricht*, em 1992³³.

Em realidade, a Europa está em constante formação. É uma invenção, constantemente reinventada; o projeto inacabado, sempre em construção. Só uma geografia que ignore a história poderia conferir à Europa uma fronteira fixa e definida. E só uma história que ignore a si mesma lhe poderia conferir única e invariável identidade, seja cultural, económica ou religiosa. A Europa sempre foi investida de sentidos múltiplos e contraditórios que a transformaram no tempo e deslocaram no espaço. A história da Europa é a de duas tensões. Uma externa, a da fronteira oriental. Outra interna, a do conflito entre duas tendências: para a unidade e para a dispersão. Por isso a união, quando se tentou, foi sempre uma construção política. Para a Antiguidade, que nos legou a palavra Europa, esta era uma noção geográfica; nunca a pensou em termos políticos. Quer na Grécia clássica quer no mundo romano, o centro político não era a Europa, mas o

Mediterrâneo. A Idade Média operou o deslocamento. A queda do Império Romano do Ocidente e o Islã provocaram uma dupla ruptura: Ocidente – Oriente e Norte – Sul, fazendo coincidir a Europa com o Ocidente. Deste movimento nasce a primeira tentativa de unificação europeia, o Império de Carlos Magno, unificação esta sob o princípio religioso, tentativa de uma *Respublica Christiana*. Mas nem o Império nem o Papado resistem à força centrífuga da dispersão que modificará radicalmente a idéia da Europa. Contra uma Europa cristã proliferam reinos bárbaros, poderes feudais e, enfim, a construção dos Estados. No século XVI, com a Reforma e a divisão entre católicos e protestantes, o sonho universalista da Cristandade sucumbe ao jogo frio do poder dos Estados. Força e razão de Estado serão doravante os princípios reguladores da política europeia³⁴.

3. A vigência e aplicação do procedimento judicial experimental

3.1. Generalidades normativas

Antes de se adentrar no âmbito de vigência e aplicabilidade do procedimento judicial experimental, apontado no Decreto-lei n. 108/2006, deve-se estabelecer a diferenciação de vigência e aplicação da norma jurídica em geral.

A lei ganha existência na sociedade após sua exposição pública, ato denominado de publicação, ou seja, ato de tornar público o conteúdo do texto legal. A aplicação de seus comandos pode, porém, encontrar delimitações de índole temporal, territorial etc. Toda lei, para ter aplicação, deve vigor, mas nem toda lei vigente é aplicável imediatamente.

São atos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais (CRP, art. 112, ns. 1 e 2), e todos devem ser publicados no jornal oficial, o Diário da República (CRP, art. 119, n. 1, alínea c). A falta de publicidade dos referidos atos normativos implica a sua ineficácia jurídica (CRP, art. 119, n. 2).

³² Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 365.

³³ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 816.

³⁴ Cfr. Nuno Severiano, *op. cit.*

O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática, de forma que a validade das leis e dos demais atos do Estado depende da sua conformidade com a Constituição (CRP, art. 3º, ns. 2 e 3).

Por vezes, entre o tornar público o comando legal e o dever de observância aos seus ditames, insere-se um intervalo determinado no tempo, que pode se exprimir em horas, dias ou até anos, usualmente destinado à adaptação dos populares e do próprio Estado à nova realidade normativa, na condição de subordinados ao comando impositivo. Os antigos romanos denominavam este intervalo temporal de *vacatio legis*. Esta definição se manteve no decorrer das ordenações jurídicas posteriores, que guardaram alguma afinidade com as aquelas instituições.

A lei deixa de vigor quando revogada por outra posterior, de forma que este ato pode realizar-se expressamente, quando assim textualmente manifeste, ou implicitamente, quando a nova ordem jurídica divergir, substancialmente, do comando pretérito, a despeito de não fazer menção especial à norma revogada. Esgota sua vigência também nos casos em que colocada a vigor por tempo determinado ou para atender a certas situações de natureza transitória, sobrevêm estas condições.

Há casos em que a norma vigente não se aplica porque depende da realização de outra, que lhe sucederá temporal e logicamente. Fica dependente, desta forma, de outra realidade jurídica de regulamentação legislativa. Esta necessidade de regulamentação nem sempre é de aferição simples, ora a própria lei assim a exige, ora o contexto legal impõe.

Algumas leis aguardam não só pela a existência de outra regulamentadora, mas da materialização de atos da administração pública, como, por exemplo, a construção de um prédio para atendimento público, a abertura de uma linha de transporte público etc., para a realização do comando abstrato da norma. Afinal de contas, de que valem as normas do processo judicial, à falta das instalações e do funcionalismo necessário à materialização da jurisdição. Vale dizer, qual a

importância da vigência, sem possibilidade material de aplicação.

É certo, ainda, que nenhuma lei pode conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos (CRP, art. 112, n. 5), e os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão (CRP, art. 112, n. 7). Os dispositivos constitucionais fazem referência à vigência da norma jurídica, e não à sua aplicabilidade, portanto, os atos complementares de regulamentação podem disciplinar a aplicação.

Ultrapassadas as considerações iniciais, torna-se importante esclarecer o termo de vigência do Decreto-lei n. 108/2006, e a aplicabilidade do processo judicial experimental.

3.2. A vigência do processo judicial experimental

Ele vigora em todo o território nacional a contar da sua publicação no Diário da República, em 8 de junho de 2006, ocasião em que se procedeu à exposição pública do conteúdo do texto legal, incorporado no Decreto-lei n. 108/2006. Aqui se acentua a distinção entre vigência e aplicação da lei. Vigora, portanto, em todo o território nacional, mas aplica-se, restritivamente, a determinadas situações e localidades, conforme se verá.

O n. 2 do art. 20 do RPCE prevê a possibilidade de revisão do diploma legal, nos seguintes termos: "O presente decreto-lei é revisto no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor".

O processo judicial experimental não é uma norma temporária ou excepcional, cuja vigência final se subordinaria a intervalo temporal ou para atender a situações de natureza efêmera, mas, sim, uma norma colocada a vigor por prazo não determinado previamente, e para revogá-la, necessário se faz a edição de outra lei revogadora.

Há de ressaltar que o poder de legislar não se subordina a critérios temporais ou circunstanciais, a par das limitações constitucionais, para eleger a manutenção

ou revogação de dada disposição legal, podendo ser revista a qualquer tempo. Este poder legislativo provém imediatamente da Constituição da República Portuguesa, não podendo ser delimitado ou suprimido pelo legislador ordinário, e sempre há de ser garantida a respectiva avaliação legislativa autônoma ou por intermédio de outros órgãos. Neste aspecto, o n. 1 do artigo 20 do Decreto-lei n. 108/2006 esclarece que "Durante o período de vigência do presente decreto-lei é garantida a respectiva avaliação legislativa através dos serviços do Ministérios da Justiça competentes para o efeito".

Inserere-se dentre os poderes parlamentares, o de apresentar projetos de lei e fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer atos deste ou da Administração Pública e obter resposta em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado (CRP, art. 156, alíneas *b* e *d*). Compete também à Assembléia da República fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo e, no exercício da função fiscalizadora, apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, regra geral, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais (CRP, art. 161, alínea *c*, e art. 162, alínea *c*).

3.3. A aplicação do procedimento judicial experimental

O art. 1º do RPCE preceitua que: "O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos".

O procedimento judicial experimental aplica-se, pois, à solução de lide de natureza civil. A distinção entre lide civil e penal é meramente de grau, de forma que aquela tem carácter residual, ou seja, é considerada como controvérsia de natureza civil toda aquela não regulada pelo Direito Penal. Ficam, assim, excluídas as lides penais; o Decreto-lei n. 108/2003 disciplina as acções cíveis, cujas lides versem sobre direito civil *stricto sensu*, comercial, consumidor etc.

*Entre materia civil y penal la distinción no ofrece, en principio, graves dificultades, porque la pretensión punitiva ha de fundarse en normas de naturaleza penal y éstas son fácilmente caracterizables. En principio, la jurisdicción civil se delimita objetivamente comprendiendo todas y solas las pretensiones de esta clase. O sea que abarca todas las pretensiones fundadas en normas de derecho privado: no sólo las civiles stricto sensu, sino también las mercantiles, hipotecarias, notariales y así sucesivamente*³⁵.

Igualmente, do âmbito de aplicação do procedimento sumário experimental, ficam excluídas aquelas matérias afetas à disciplina do Direito Processual Penal, e também as pretensões que, para serem exercidas judicialmente, careçam de procedimento especial, descrito no direito processual codificado e em leis especiais.

O regime processual experimental aplica-se às acções declarativas cíveis, nos termos do seu art. 1º. Não se pode descurar que existem pretensões declarativas, executivas e cautelares. O n. 2 do art. 4º do Código de Processo Civil Português prevê que: "As acções declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas". Portanto, o provimento de simples apreciação, também denominado declaratório, é uma realidade diametralmente oposta das acções declarativas, que culminam provimentos de simples apreciação, de condenação ou constitutivo.

Por sua vez, o art. 22 do RPCE preceitua que: "O presente decreto-lei aplica-se às acções e aos procedimentos cautelares propostos a partir de 16 de outubro de 2006 e às acções resultantes da apresentação à distribuição de autos de injunção a partir da mesma data". A disposição, todavia, não sugere uma identidade típica entre o exercício do direito de acção, do procedimento cautelar ou de injunção.

O direito de acção é exercido quando o legitimado invoca a tutela estatal para intervir na solução de um litígio, e a invoca junto ao Poder Judiciário, já que aquele direccionado a outras funções do Estado não exprime o exercício da jurisdição na acepção restrita.

³⁵ Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 114.

Exercem-na aquele que a invoca, mesmo que sua pretensão material seja principal ou meramente assecuratória daquela, no caso da ação cautelar. Entenda-se, assim, que há de ser aplicado o procedimento judicial experimental às ações declarativas não disciplinadas em procedimento especial, às ações cautelares preparatórias ou incidentais daquelas ações, independentemente da denominação utilizada, e às ações de injunção.

O denominado processo de injunção foi introduzido no ordenamento jurídico português pelo DL³⁶ n. 404, de 10 de dezembro de 1993 e destinou-se a, sem intervenção jurisdicional, conferir título executivo ao credor de obrigação pecuniária emergente de contrato cujo valor se contivesse dentro do limite do processo sumaríssimo.

O referido DL n. 269/98 revogou o DL n. 404/93 e deu uma regulamentação mais completa à injunção, mas no essencial manteve o seu regime e natureza original. No direito processual a injunção não resulta de uma decisão judicial, ao contrário do que sucede no CPC³⁷ francês. O que se pretendeu foi abrir as portas da execução, criando um novo título executivo, sem com isso impedir a ampla discussão do direito do credor.

Por conseguinte, o procedimento de injunção não tem natureza jurisdicional.

O procedimento de injunção finda, convertendo-se em ação declarativa quando se verifique alguma das três hipóteses previstas no art. 16 do citado DL n. 269/98: (a) ter sido deduzida tempestivamente oposição pelo requerido; (b) frustrada a notificação do requerido; e (c) no âmbito do procedimento de injunção, hajam suscitado alguma questão incidental, sujeita a decisão judicial, nos termos do n. 2 do art. 16.

A conversão em ação declarativa processa-se mediante regular distribuição. Neste sentido, ver a decisão do Col. Supremo Tribunal de Justiça Português, quando do julgamento do Processo n. 0031718, de relatoria do Em. Juiz Leonel Serôdio, unânime, data do Acórdão 22/2/2001.

³⁶ Abreviatura de decreto-lei.

³⁷ Abreviatura de Código de Processo Civil.

O art. 22 do RPCE traz ainda uma limitação temporal para aplicação, ou seja, embora vigente desde 8 de junho de 2006, o Decreto-lei 108/2006 se aplica às ações apresentadas à distribuição, a partir do dia 16 de outubro do mesmo ano, inclusive.

É suficiente a apresentação do pedido inicial na distribuição, não exigindo a lei que o ato de distribuir tenha ocorrido no mesmo dia, ou ainda tenha o pedido inicial logrado alguma manifestação judicial. Portanto, não contemplou a possibilidade de aplicação do novo processo judicial experimental aos procedimentos em andamento.

O legislador poderia ter avançado, admitindo a aplicação do novo processo judicial também aos procedimentos já em curso, desde que observados os atos processuais já praticados e as preclusões operadas, tendo em vista a regra de aplicação da norma ao tempo da formação do ato – *tempus regit actum*.

O processo judicial experimental foi colocado sob vigência e possibilidade de aplicação em todo o território nacional, incumbindo à autoridade executiva, para lhe conferir aplicabilidade, estabelecer, administrativamente, os órgãos judiciais que adotarão o novo regime jurídico, dentro dos limites funcionais e territoriais de atuação destes. O critério que limita territorialmente a aplicação da norma é secundário e conseqüente da organização judiciária de cada tribunal, que também é estabelecida com atenção a imperativos constitucionais e legais, e à competência funcional dos órgãos judiciais.

Neste sentido, os ns. 1 e 2 do art. 21 do RPCE preceituam que: "1 - O presente decreto-lei aplica-se nos tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça. 2 - Os tribunais a que se refere o número anterior devem ser escolhidos de entre os que apresentem elevada movimentação processual, atendendo aos objetivos de acção predominantes e actividade económicas dos litigantes".

A rigor, trata-se de uma norma jurídica sujeita a regulamentação, que condiciona sua aplicação à edição da portaria do Poder Executivo, ou seja, do implemento de outra realidade jurídica. É, também, um exemplo típico de norma que depende da materialização de atos

da administração pública, para a realização do comando abstrato da norma. As normas do processo judicial se tornam inaplicáveis à falta das instalações e do funcionalismo necessário à materialização da jurisdição. Nesta seara, não há que se considerar a mera vigência do instituto, mas a sua aplicabilidade real e efetiva.

O poder de regulamentação ao Decreto-lei n. 108/2006 do Ministro da Justiça, por sua vez, não é ilimitado; a parte final do n. 2 do art. 21 do RPCE impõe limitações materiais, uma de caráter objetivo, isto é, ligado ao objeto da ação, e outra, subjetiva, afeta à atividade econômica dos litigantes. A limitação material de aplicação do processo judicial experimental deve atender, deste modo, ao objeto da ação e atividade econômica dos litigantes.

Constitui objeto da ação o pedido do autor e a causa de pedir, noutras palavras, a pretensão de direito material e as razões de fato e de direito que lhe dão suporte argumentativo, a exemplo de uma causa que envolva relação de consumo.

Por sua vez, a atividade econômica, que pode ser comercial, industrial, dentre outras, relaciona-se a um ou ambos os litigantes. É imprescindível que aquilo que se busca solucionar guarde correlação temática com a atividade econômica desempenhada. Não se pode aplicar o procedimento judicial experimental à ação ajuizada em desfavor de um comerciante, só pelo fato de ele pertencer a esta categoria profissional, mas pela razão de estar inserto em uma relação ou situação jurídica havida em virtude desta qualidade elementar.

Enfim, são limitações materiais à autoridade administrativa, que não poderá baixar regulamentação para aplicabilidade do procedimento sumário experimental, que não atendam ao objeto da ação e à atividade econômica dos litigantes, além daquelas constantes do art. 1º e 22 ambos do RCPE.

Frise-se que o legislador delegou ao órgão executivo o poder de regulamentar a escolha dos órgãos judiciais que procederão à aplicação do processo judicial experimental, bem como de precisar as circunstâncias materiais específicas de incidência da jurisdição. Não há que se vislumbrar, nesta liberalidade legislativa, qualquer vício de inconstitucionalidade material ou

formal, e a assertiva decorre da interpretação *contrario sensu* do n. 5 do art. 112 da Constituição da República Portuguesa.

Há de ressaltar que os órgãos judiciais escolhidos pela portaria devem claudicar de elevada movimentação processual. Entenda-se que esta movimentação processual se refira à excessiva demanda local pela tutela jurisdicional, e não a reiteração de manifestações judiciais nos casos concretos, que interessam proximamente aos dados estatísticos dos tribunais.

Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria criminal, excluídos do âmbito de aplicação do novo regime, e cíveis. Exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais. Na primeira instância pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas (CRP, art. 211, ns. 1 e 2).

O regime processual civil experimental tem aplicação, no presente momento, nos seguintes tribunais: a) Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Almada; b) Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto; c) Juízos de Pequena Instância Cível do Tribunal da Comarca do Porto; e d) Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca do Seixal. Estas localidades, conhecidamente, agregam elevado número de causas que envolvem relação de consumo.

4. Fontes normativas subsidiárias do processo judicial experimental

O regime processual civil experimental, apesar da alusão à especialidade, consubstancia-se num direito processual comum, porque não colocado a vigor para a disciplina das ações judiciais específicas, tal qual ocorre com as possessórias.

O processo judicial experimental tem aplicabilidade geral a todas as causas abrangidas pela competência material, funcional e territorial traçadas pela lei e pelo regulamento, com a peculiaridade de não se encontrar inserto na legislação codificada, e traçar

procedimento sumário para apuração e solução dos litígios judiciais.

Conseqüentemente, há o procedimento comum – ordinário, sumário e sumaríssimo –, previsto no CPC; o procedimento comum sumário, descrito no Decreto-lei n. 108/2006; e o procedimento especial previsto no CPC e na legislação esparsa, que faz referência às ações declarativas cíveis a que corresponda processo especial e outras ações especiais. Não é, o novo regime processual civil, uma norma jurídica que enceta um processo especial, por tal razão, o art. 1º do RPCE exclui da sua incidência as ações a que correspondem procedimento especial ou ações especiais.

O processo sumário e os processos especiais regulam-se pelas disposições que lhes são próprias e pelas disposições gerais e comuns; em tudo quanto não estiver prevenido numas e noutras, observar-se-á o que se acha estabelecido para o procedimento ordinário (CPC, art. 463, n. 1).

Assim, afigura-se fonte subsidiária do processo judicial experimental, as normas constante do procedimento ordinário, previstas no CPC, desde que não haja regulação própria e exaustiva no diploma sumário e guardem compatibilidade com os princípios informadores e peculiares do sistema, como o da celeridade, da eficiência, da oralidade, da informalidade, da simplificação, da flexibilização etc. Informam-no, ainda, as normas e os princípios constitucionais, a exemplo dos princípios do devido processo legal e os corolários lógicos da ampla defesa e do contraditório.

5. O rito estabelecido ao processo judicial experimental

5.1. Introdução

O rito processual pode se resumir em quatro fases distintas: a) de postulação – pedido inicial e resposta do réu (RPCE, art. 8º); b) de saneamento das nulidades processuais e decisão das exceções dilatórias (RPCE, art. 10, n. 1, alínea *a*); c) de tentativa de conciliação e concentração das provas – audiência preliminar (RPCE, art. 10, n. 2, alínea *a*); e d) de

instrução das provas a serem realizadas na presença do juiz, partes e seus procuradores, debates orais e julgamento (RPCE, art. 10, n. 2, alínea *b* e art. 14).

5.2. A fase postulatória do processo

Na petição inicial, o autor expõe a sua pretensão e os respectivos fundamentos através dos articulados, mas estes podem ser dispensados nas causas em que o patrocínio judiciário não seja obrigatório. Incumbe ao autor, quando da petição inicial, requerer a gravação da audiência final ou a intervenção do coletivo, apresentar o rol de testemunhas e requerer outras provas, além de discriminar os fatos sobre os quais recaem a inquirição de cada uma das testemunhas (RPCE, art. 8º, ns. 1 e 4).

Ao juiz não incumbe tomar a iniciativa da propositura da ação – *ne procedat judex de officio*. Haverá sempre um autor, que ponha em juízo a demanda. A fórmula dos processualistas é que três pessoas são essenciais ao processo: juiz, que julgue; autor, que demande e o réu, que se defenda. Não poderá conceder coisa diversa, nem mais, do que houver sido pedido, salvo, é claro, o que por lei estiver implícito. Igualmente, lhe é defeso alterar a *causa petendi*³⁸.

A personalidade judiciária consiste na susceptibilidade de ser parte (CPC, art. 5º, n. 1) e, regra geral, quem tiver personalidade jurídica tem igualmente personalidade judiciária (CPC, art. 5º, n. 2), com extensão aos casos previstos no art. 6º do CPC.

O *jus postulandi*, de peticionar nos tribunais em nome das partes, porém, é deferido aos advogados, que se especializaram no estudo da ciência jurídica e ingressaram, na forma legal e regimental, nos quadros da organização profissional. Há exceções, raríssimas, mas a regra da obrigatoriedade da intervenção do profissional habilitado, insere-se no n. 1, alíneas *a* a *c* do art. 32 do CPC.

Os articulados são as peças em que as partes expõem os fundamentos da ação e da defesa e formulam os pedidos correspondentes (CPC, art. 151).

³⁸ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 274 e 275.

O ato postulativo é o ato através do qual a parte formula um pedido ao tribunal. Tanto é ato postulativo aquele através do qual a parte requer ao tribunal que conheça de uma questão de fundo, como é ato postulativo aquele em que a parte formula o pedido de conhecimento de uma questão meramente processual. A postulação dirige-se ao tribunal, mas a parte contrária tem de tomar conhecimento do ato, quer através da sua citação para ação, quer através da sua notificação. Estes dois atos contam-se entre os atos processuais a que a lei dá maior ênfase quanto às formalidades que devem revestir³⁹.

A peça inaugural necessita ser distribuída no setor administrativo apropriado, quando o expediente judicial adota uma numeração e é relacionado à espécie. A legislação codificada prevê 10 espécies de distribuição, dentre elas, de ações do processo ordinário (1), ações de processo sumário (2), ações de processo sumaríssimo e ações especiais para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (3), ações de processo especial etc. O Decreto-lei n. 108/2006 previu a criação da 11ª espécie na distribuição, nos termos do n. 2 do art. 4º, relativa aos expedientes por ele regidos. A distribuição é efetuada diariamente e aplica-se a todos os papéis sujeitos a distribuição (RPCE, art. 4º, ns. 1 e 3).

Embora existam respeitáveis opiniões contrárias, o que se depreende da sistemática do Decreto-lei comentado, é que também as cautelares carecem também de regular distribuição, relacionadas à espécie nova. Inteligência dos ns. 1, 2 e 3 do art. 4º do Decreto-lei n. 108/2006. O Código de Processo Civil Português não contempla o referido ato de distribuição, relativamente às ações cautelares, mas não pode ser invocado, tendo em vista a disciplina autónoma da matéria pelo Decreto-lei.

É aconselhável que o juiz defira prazo razoável para que o autor regularize os requisitos formais da petição inicial distribuída em descompasso às exigências do art. 467 do CPC, ainda que o rito experimental não discipline a questão, e somente no caso de não cumprimento a este comando judicial, extinguir a

relação processual, já que esta sentença não obstará ao autor a repetição da ação. Incide, na espécie, o princípio da economia processual. O juiz pode até ordenar à secretaria que pratique esta alternativa, valendo-se do permissivo constante do art. 474 do CPC. Assim, o n. 1 do art. 234 do CPC, que defere ao juiz poderes para indeferir liminarmente a petição deve ser aplicado ao processo judicial experimental com a devida parcimônia.

Em termos a peça inicial, isto é, considerada admissível tecnicamente, sobrevém o ato de citação do réu, para, querendo, apresentar resposta, no prazo de 30 dias, que pode consistir na prática das seguintes condutas: a) omissiva, de ausência pura e simples de qualquer manifestação, b) reconhecimento, por parte do réu, da autenticidade das alegações do autor, c) contestação da ação, com repúdio total ou parcial às alegações do autor, d) apresentação de reconvenção à ação já ajuizada (RPCE, art. 8º, n. 2).

A citação é o ato pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada ação e se chama ao processo para se defender. Emprega-se ainda para chamar, pela primeira vez, ao processo alguma pessoa interessada na causa (CPC, art. 228, n. 1), e deve se fazer acompanhar sempre de todos os elementos e de cópias legíveis dos documentos e peças do processo necessários à plena compreensão do seu objeto (CPC, art. 228, n. 3).

O ato de citação consiste em uma comunicação pessoal ou por edital. Para efeito da lei processual comum, de aplicação subsidiária, consideram-se comunicações pessoais: a) as citações postais; b) as citações por contato pessoal do funcionário judicial com o citando; e c) a citação promovida por mandatário judicial, *ex vi* dos arts. 245 e 246 do diploma legal (CPC, art. 233, n. 2, alíneas *a a c*, e n. 3). Pode, ainda, efetuar-se a citação na pessoa do mandatário constituído pelo citando, com poderes especiais para a receber, mediante procuração passada há menos de quatro anos (CPC, art. 233, n. 5). A disposição do n. 4 do art. 233 do CPC, que equipara, em havendo previsão legal específica, à citação pessoal aquela efetuada em pessoa diversa do citando, encarregando-lhe de transmitir o conteúdo do ato, com presunção relativa da sua comunicação

³⁹ Cfr. Paula Costa e Silva, *op. cit.*, pp. 211 e 217.

oportuna e efetiva, deve ser evitada pelo juiz, sob pena de eivar o procedimento judicial de nulidades insanáveis, especialmente relacionadas aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O ato de citação implica a remessa ou entrega ao citando do duplicado da petição inicial e da cópia dos documentos que a acompanharem, comunicando-lhe que fica citado para a ação a que o duplicado se refere, e indicando-se o tribunal, juízo, vara e seção por onde corre o processo, se já tiver havido distribuição (CPC, art. 235, n. 1). No ato de citação, indicar-se-á ainda ao destinatário o prazo dentro do qual pode oferecer a defesa, a necessidade de patrocínio judiciário e as cominações em que incorre no caso de revelia (CPC, art. 235, n. 2).

Quaisquer meios de comunicação processuais comuns se valem para a efetivação da citação no regime processual experimental, devendo o juiz priorizar a citação levada a efeito por carta postal, sendo a que melhor se coaduna com o informalismo e a celeridade pretendidos no novo processo judicial experimental. As citações por via postal são enviadas diretamente para o interessado a que se destinam, seja qual for a circunscrição em que se encontre (CPC, art. 176, n. 3).

Frustradas as tentativas usuais de citação pessoal, ou prontamente inviáveis, procede-se à citação por edital do réu, quando incerto o lugar em que se encontra (CPC, art. 248, n. 1). O processo judicial experimental disciplinou a citação por edital, o que, em princípio, afasta a aplicação da legislação codificada (RPCE, art. 5º, n. 1). Ela é feita pela publicação de anúncio em página informática de acesso público, em termos a regulamentar por portaria do Ministro da Justiça (RPCE, art. 5º, n. 2). Quando o autor indique o réu como ausente em parte incerta, é também afixado edital na porta da casa da última residência que o citando teve no País (RPCE, art. 5º, n. 3). No caso de citação edital por incerteza das pessoas e quando estas sejam citadas como herdeiras ou representantes de pessoa falecida, é também afixado edital na porta da casa da última residência do falecido, se for conhecida, e no País (RPCE, art. 5º, n. 4).

Eventual ausência de regulamentação por portaria do Ministro da Justiça não pode constituir, neste caso, óbice para a implementação do processo judicial experimental, e a citação por edital do réu deve ser levada a efeito nos moldes da legislação codificada, até o implemento do ato normativo complementar.

Por fim, há falta de citação: a) quando o ato tenha sido completamente omitido; b) quando tenha havido erro de identidade do citado; quando se tenha empregado indevidamente a citação edital; c) quando se tenha empregado indevidamente citação edital; d) quando se mostre que foi efetuada depois do falecimento do citando ou da extinção deste, tratando-se de pessoa coletiva ou sociedade; e e) quando se demonstre que o destinatário da citação pessoal não chegou a ter conhecimento do ato, por fato que não lhe seja imputável (CPC, art. 195, alíneas *a a e*). Também a não observância das formalidades prescritas na lei acarreta a nulidade da comunicação do ato de citação (CPC, art. 198, n. 1). Porém, a intervenção da parte contrária, sem arguição imediata do vício de citação, convalida a nulidade do procedimento judicial (CPC, art. 196).

Incide, ainda, no novo regime experimental, o princípio da informalidade, o que impõe um modo diferente de o juiz conhecer as coisas, por anos habituados a assistir prosperar as formas em detrimento da pretensão material dos populares. Há de aflorar, com o porvir, uma visão estatal "sanchesca" – enquanto Sancho vê moinhos, Don Quijote enxerga gigantes –, contextualizada na obra *Don Quijote de la Mancha*, de autoria do espanhol Miguel de Cervantes. Leva a crer, pois, que o juiz deva atentar-se menos à formalidade excessiva do pedido inicial, e mais ao que se pretende junto ao Judiciário, desde que não importe tal ato em prejuízo ao exercício do direito à defesa da parte contrária. Ainda que tenha mais liberdade, porém, não poderá o juiz dispensar a observância das normas legais.

Na contestação deve o réu individualizar a ação e expor as razões de fato e de direito por que se opõe à pretensão do autor (CPC, art. 488), e consideram-se admitidos os fatos que não forem impugnados, salvo se estiverem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto, se não for admissível confissão sobre eles ou

se só puderem ser provados por documento escrito (CPC, art. 490, n. 2). As exceções dilatórias e nulidades processuais devem ser alegadas na contestação, sob pena de preclusão. As demais nulidades processuais, de caráter absoluto, a qualquer momento, ou ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, até o julgamento (RPCE, art. 10, n. 1, alínea *a*).

Nos casos das alíneas *a* e *b*, acima descritas, quando citado, o réu se ausenta pura e simples de qualquer manifestação, ou reconhece a autenticidade das alegações do autor, o juiz conhece imediatamente do mérito da causa, julgando-a. Ressalte-se que a ausência de contestação, tratada na alínea *a*, importa confissão dos fatos articulados pelo autor (CPC, arts. 480 e 484).

Na previsão da alínea *c*, em havendo contestação da ação, com repúdio total ou parcial às alegações do autor, sendo a matéria estritamente de direito, ou de fato e de direito, mas já estiver suficientemente comprovado, o juiz conhece do mérito da causa, julgando-a conforme o estado do processo. Caso contrário, quando o panorama probatório não o autorizar a tanto, o juiz, aquilutando a real necessidade, ordena a prática das diligências ou dos atos necessários à instrução do procedimento em curso (RPCE, art. 10, n. 2).

Por fim, no caso da alínea *d*, em virtude da contra-ação proposta pelo réu, abre-se nova oportunidade para que o autor da ação já ajuizada apresente sua resposta, seguindo-se os passos previstos nas abordagens anteriores (RPCE, art. 8º, n. 3). O réu pode, em reconvenção, deduzir pedidos contra o autor (CPC, art. 274, n. 1), e a improcedência da ação e a absolvição do réu da instância não obstam à apreciação do pedido reconvenicional regularmente deduzido, salvo quando este seja dependente do formulado pelo autor (CPC, art. 274, n. 6). A reconvenção deve ser expressamente identificada e deduzida separadamente na contestação, expondo-se os fundamentos e concluindo-se pelo pedido, tal qual ocorre com a petição inicial da ação já proposta (CPC, art. 501, n. 1). Incumbe, ainda, ao reconvinente, atribuir valor à reconvenção, devendo o juiz atentar-se ao fato (CPC, art. 501, n. 2). Compete ao tribunal da ação a análise das questões deduzidas por via

de reconvenção, desde que tenha competência para elas em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia, se a não tiver, absolve-se o reconvinido da instância, extinguindo-a sem análise do mérito (CPC, art. 98, n. 1).

A rigor, somente nestas ocasiões são deferidas às partes a dedução dos articulados, sob pena de reduzir-se o procedimento experimental às mesmas vicissitudes do procedimento ordinário. Neste sentido, há de ser interpretado o n. 3 do art. 8º do Decreto-Lei n. 108/2006 que preceitua: "Só há lugar a resposta quando o réu deduza reconvenção ou a ação seja de simples apreciação negativa, dispondo o autor do prazo previsto no número anterior".

5.3. A fase de saneamento do processo

Estabelecida a relação processual, com a citação do réu, e transcorrido o prazo para a sua manifestação facultativa, a lei impõe ao juiz o dever de proferir sentença, conhecendo do mérito da causa, se o estado do processo o permitir, ou proferir despacho saneador. Este despacho saneador, na realidade, é uma decisão do juiz, levada a efeito no curso do procedimento, com objetivo de solucionar as exceções dilatórias e as nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que devam ser apreciadas oficiosamente (RPCE, art. 10, n. 1, alíneas *a* e *b*).

A figura do despacho saneador encontrou forma no direito austríaco e no direito português. Não há no direito grego, romano, medieval, ou de outras nações, a não ser essas, disposição que lhe constitua antecedente. Visa o despacho saneador: a) expurgar o processo de quaisquer irregularidades, que poderiam, de futuro, invalidá-lo; b) declarar, desde logo, as nulidades, para poupar às partes o prosseguimento de processo antecipadamente condenado; c) determinar as diligências necessárias ao esclarecimento da causa⁴⁰.

⁴⁰ Assim, Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 281. Para este autor, o adjetivo saneador não foi bem escolhido. É termo de higiene. Está empregado, sem vantagens, em sentido figurado, quando se tem na língua portuguesa, duas ou três expressões próprias para indicar a função - despacho ordinatório, por exemplo.

Esta fase processual consubstancia-se na alínea *a* do n. 1 do art. 10 do RPCE, quando determina ao juiz que, transcorrida a postulação das partes, profira despacho saneador para conhecer de eventual exceção dilatória e de nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar oficiosamente.

Na realidade, incumbe ao juiz atentar-se ao saneamento das nulidades processuais durante todo o transcorrer do procedimento judicial, e não à determinada altura, o que evidencia a pouca utilidade da figura do despacho saneador, ou decisão interlocutória das exceções dilatórias e de saneamento de nulidades processuais. Pior, dá oportunidade para criar incidentes no processo susceptíveis de insurreição pela via recursal, e que podem, a final, evidenciar carácter meramente protelatório. É sabido que, neste aspecto, o procedimento sumário experimental não afastou a incidência das normas processuais comuns, em especial aquelas que disciplinam os recursos judiciais em geral.

Melhor seria que se adotasse de duas oportunidades, uma, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias de forma autónoma, e sim quando da interposição do recurso contra a sentença, ou a remessa desta atividade decisória para as preliminares da sentença. Nestes casos, ficaria ressalvado às partes o direito à revisão daquilo decidido, e que, porventura, contrariasse seus interesses particulares, em tempo razoável.

5.4. A fase de tentativa de conciliação e da concentração das provas

Por conseguinte, o juiz convoca as partes e seus procuradores para audiência preliminar. A assentada tem dupla finalidade: (a) concitar as partes a se acordarem, que é o ideal da aplicação da justiça com pacificação social; (b) em não logrando êxito na tarefa conciliatória, delimitar a matéria de fato a ser objeto da instrução processual (RPCE, art. 10, n 2, alínea *a*).

Incitar as partes ao consenso, embora não claramente evidenciado pelo regime experimental, é um dever do juiz, a quem incumbe adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa,

adotando os mecanismos de agilização processual previstos na lei em geral (RPCE, art. 2º, alíneas *a* e *c*).

A alínea *a* do n. 1 do art. 508 do Código de Processo Civil Português, coloca em evidência o carácter conciliatório do encontro das partes e do juiz na assentada preliminar, prevendo que ela se destina, dentre outros fins, à realização da tentativa de conciliação.

É aconselhável, a despeito da não objetividade da norma processual, que mesmo nos casos em que a causa já se encontre apta a ser julgada, conforme o estado do processo, o juiz proceda à designação desta audiência preliminar, e aproxime as partes para um acordo que, em última análise, é a melhor forma de composição de um litígio com pacificação social. Contudo, frustrado o intento, incumbe ao juiz impor criteriosamente o comando estatal, a sentença.

Assim, evidenciada ou não a possibilidade de julgamento imediato da causa, incumbe ao juiz convocar as partes em audiência preliminar para concitá-las a transigir e, em não logrando êxito nesta atuação, concentrar a matéria de fato, que realmente interessa como objeto de produção da prova; afinal de contas, a realização da prova não visa o deleite das partes, e, sim, o convencimento do julgador, que dela se valerá para a solução da questão posta a decidir (RPCE, art. 10, n. 2, alínea *a*).

Esta função pacificadora do juiz, de intermediário das partes conflitantes, para fins conciliatórios, não foi literalmente evidenciada pelo legislador, mas pode se inferir quando da interpretação do art. 2º do RPCE, e é inerente ao dever do juiz de gestão processual. Frise-se, a lei não impõe ao juiz o dever de designar a audiência preliminar das partes e de seus procuradores para tentativa de conciliação, nos casos em que se admite o julgamento da causa conforme o estado do processo, mas também, não o proíbe. Pode o juiz adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e ao conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, e aplicar mecanismos de agilização processual (RPCE, art. 2º, alíneas *a* e *c*).

Importa salientar que, em se tratando de ação cautelar, pode o juiz, prevenindo o acionamento da ação

principal ou o julgamento daquela já proposta, levar as partes ao consenso, ao acordo judicial, ainda que os limites da transigência extrapolem a pretensão inicial meramente acautelatória. A conciliação das partes importa na celebração de um negócio jurídico, que pode esgotar a pretensão idealizada para a ação principal, portanto, extra-autos, sujeita à homologação por sentença, nos termos do art. 16 do DL n. 108/2006.

Por tal razão, e pelo primado da oralidade que informa o processo judicial experimental, não se pode admitir a aplicação das alíneas *a* e *b* do n. 1 do art. 508 do CPC, que autoriza ao juiz, em certas circunstâncias de fato e de direito, dispensar a realização da audiência preliminar; até porque, o regime experimental não contemplou esta disposição.

Avulta-se a importância da outra tarefa do magistrado, de zelar pela concentração da prova, garantindo que não sejam praticados atos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório (RPCE, art. 2º, alínea *b*, e CPC, art. 137, *caput*). Nesta delicada apreciação, que pode ser decisiva para a efetivação da justiça, ou, contrariamente, à inutilidade do procedimento por vício de nulidade decorrente de cerceamento ao direito de defesa, há de prevalecer o bom-senso das partes, dos procuradores e, principalmente, do juiz, a quem compete o exame final da necessidade do ato. Até porque, do indeferimento de eventual coleta de prova, o mais provável é a instalação de um incidente recursal. Todo incidente processual, num procedimento expedito, qualquer que seja a sua natureza, é danoso à normal marcha procedimental.

Concluída a fase da audiência preliminar, passa-se à designação da audiência final de instrução probatória dos atos a serem praticados à presença do juiz, das partes e seus procuradores, tais como, a tomada de testemunhos, culminando-se com o julgamento da causa. Assim, finda a instrução probatória, e ultrapassadas as discussões da matéria de fato e do aspecto jurídico da causa, o juiz profere sentença (RPCE, art. 14, n. 3).

5.5. A fase de instrução e de sentença do processo

Na realidade, não há uma fase de instrução propriamente dita. Ela pode iniciar-se quando da própria postulação inicial, quando, por exemplo, o autor faça juntar à inicial algum documento para corroborar alegações; pelo réu, quando a juntada da prova vem socorrer a resposta apresentada. No curso do procedimento judicial experimental pode o juiz ordenar a prática das diligências ou dos atos necessários e adequados ao fim do processo em curso, atentando-se ao princípio constitucional da legalidade, e a marcação do dia e a hora das diligências é sempre efetuada mediante acordo prévio com os mandatários judiciais, só podendo, estes oporem à data proposta em virtude de outro serviço judicial já marcado, que devem indicar expressamente; ademais, os contatos prévios necessários podem ser efetuados por qualquer meio, mas, obtido o acordo quanto à ocasião, a data da diligência há de ser notificada a todos os que nela devam intervir (RPCE, art. 10, ns. 2, 3 e 4). Instruir o processado é o mesmo que muni-lo de elementos necessários ao julgamento da causa.

Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório (CPC, art. 365, n. 1). Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (CPC, art. 266, n. 1).

Dentre as formas e comunicação de atos processuais previstos na legislação codificada, a comunicação telefônica para convocação ou desconvocação para atos processuais, é a que mais se compraz ao procedimento sumário experimental (CPC, art. 176, n. 6).

Os despachos judiciais e as promoções do Ministério Público hão de ser proferidos no prazo de 10 dias, e aqueles considerados urgentes, proferidos no prazo máximo de 2 dias (CPC, art. 160, ns. 1 e 2)

De toda a prova colhida em favor de uma das partes, impõe-se o conhecimento da parte contrária acerca do conteúdo e da realização, com oportunidade de contra-prova, desde que devidamente requerida a tempo e modo, sendo esta uma das nuances do princípio do contraditório. Os meios de defesa, por sua vez, não são amplos, com deferimento de toda a prova solicitada pela parte e admitida pelo direito, que não espelhe procedimentos inúteis, impertinentes ou meramente dilatórios, o que deve ser prontamente coibido pelo juiz (RPCE, art. 2º, alínea b).

Normalmente, a prova deve ser produzida com a inicial e a defesa, especialmente aquelas aptas a serem prontamente levadas aos autos para corroborar as afirmações dos litigantes. As outras, como a prova pericial, a prova testemunhal etc, que carecem da intervenção do juiz, desde que requeridas oportunamente, não são colhidas no transcurso do procedimento, até no decorrer da audiência de instrução, e antes do julgamento da causa (RPCE, art. 14, n. 3), com vistas à regra de que a instrução tem por objeto os fatos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova (CPC, art. 513, *caput*).

No sistema jurídico português não há cogitar nem de provas plenas ou semiplenas, nem de hierarquia legal das provas, salvo os casos expressamente indicados em lei. É certo, porém, que umas possuem ou adquirem em dadas circunstâncias, mais vigor lógico que as outras. Um documento, por exemplo, convence mais do que um testemunho e se for um instrumento público se reveste, pela intervenção da autoridade, de maior prestígio que o particular, o que não impede se consiga, às vezes, mediante prova testemunhal, destruir a força do documento público, mostrando que foi obtido por dolo, erro, violência ou coação. Tudo será, porém, muito relativo, a não ser no caso em que a lei fixa a prova cabível e única.

Quanto à realização da prova testemunhal, o procedimento judicial limitou a oitiva a 10 testemunhas, para prova dos fundamentos da ação, aplicando-se igual limitação aos réus que apresentem a mesma contestação, inclusive a limitação é igualmente

imposta à ação reconvenção (RPCE, art. 11, ns. 1 e 2). Sobre cada fato que se propõe provar, a parte não pode produzir mais de três testemunhas, excluindo as que tenham declarado nada saber (RPCE, art. 11, n. 3). As testemunhas não de ser apresentadas pelas partes, salvo se a parte que as indicou requerer, com a apresentação do rol, a sua notificação para comparecimento ou inquirição por teleconferência (RPCE, art. 11, n. 5).

A prova testemunhal é a mais generalizada. Às vezes, a única possível. Por ser indispensável, ainda, que falha, a lei a colocou sob a direta proteção do juiz – o juiz que inquirir. Inquirir bem, para obter a verdade, toda a verdade e só a verdade, não é fácil tarefa. Um juiz inábil não conseguirá tirar duma testemunha mais que declarações ambíguas ou sem importância; outro mais hábil induzirá o mesmo indivíduo a fazer declarações precisas e decisivas. As testemunhas se afastam da verdade não só quando não a querem revelar, como ainda quando não o podem fazer, sob o influxo de causas múltiplas cujo estudo forma um capítulo interessante da Psicologia – a psicologia do testemunho. Conduzindo com habilidade o depoimento, certas falhas das testemunhas são superadas. Até as psíquicas. A memória, por exemplo, não raro claudica. A testemunha vai contar o que viu e ouviu passados dias, meses ou anos, quando o tempo terá diluído algumas impressões e baralhado outras. Cabe ao juiz prestar auxílio. Com cuidado o deverá fazer para que, involuntariamente, não vá insinuar a quem depõe⁴¹.

Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos fatos por meio de arbitramento ou inspeção, pode o depoimento, o arbitramento ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação (CPC, art. 520, *caput*).

O n. 1 do art. 12 do RPCE, que contempla o depoimento testemunhal prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, com indicação da ação a que respeita e do qual conste a relação discriminada dos fatos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, deve ser admitido, até porque a lei assim faculta, mas a valoração

⁴¹ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 288 e 289.

há de carecer de extremo cuidado. Enquanto os fatos relatados, nestes moldes, no depoimento, não forem objeto de impugnação da parte adversa, não se evidencia nulidade alguma, à falta de alegação de prejuízo – *pas de nullité sans grief*. Mas sempre que invocada sua confirmação em juízo, sob o crivo do contraditório, nos termos do n. 3 do mesmo artigo, há de ser deferida, inclusive com a oportunidade de reperguntas às partes.

Por outro lado, a confissão sempre foi reputada prova excelente – *regina probationum*, pois não é contrário à natureza alguém afirmar contra si fato que não seja verdadeiro. Mas nem sempre, o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Indícios e presunções constituem a prova indireta. Presunção é a consequência ou ilação que a lei ou o juiz tira de fato conhecido para deduzir a existência de outro que se pretenda provar. Indício é a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias. Indícios têm força convincente, quando vários, concordes, concludentes, mas quando permitem explicação diferente, apenas levantam suspeitas. Não são aptos para conduzir à certeza⁴².

São as presunções legais ou comuns, segundo resultam da lei ou das circunstâncias. As legais são *juris et de jure* e *ad juris tantum*. As presunções *juris et de jure* não admitem prova em contrário. As *ad juris tantum* apenas transferem o *onus probandi*. Quem a tiver por si, não precisará provar o que alegue⁴³.

Também as presunções naturais dispensam prova: o que está no comum dos acontecimentos presume-se. O extraordinário prova-se. Surge daí a chamada prova *prima facie*, na qual se incluem as máximas da experiência e até certas normas de interpretação. Ninguém exigirá prova quando se afirma um fato que está patente a todos ou que resulte dessas

noções elementares que se têm sobre coisas vulgares da vida – tempo, distância, fenômenos atmosféricos etc. Que o sol não brilha a noite, por exemplo, é fato indiscutível. Que a voz humana não alcança a quilômetros de distância é fora de toda a controvérsia⁴⁴.

Os fatos notórios podem ser invocados, posto, nos autos, não se tenha feito prova sobre eles. O notório dispensa prova. A regra vem do Direito Canônico – *notoria non egent probatione* –, e se funda num princípio de economia processual: se a prova tem por fito levar a certeza ao espírito do juiz, por que insistir quando a convicção já está formada assim para os que vão julgar a causa, como para toda a gente. Desprezar o notório seria dar razão àquela afirmativa irônica de que o processo é a arte de ignorar metodicamente o que é de todos conhecido. O conhecimento isolado, porém, que tenha o juiz do fato não constitui notoriedade⁴⁵.

Por fim, é chegado o momento crucial e que coroa toda a razão final do processo judicial, o julgamento. Finda a produção de prova, a discussão da matéria de fato e do aspecto jurídico da causa, realiza-se oral e simultaneamente o julgamento (RPCE, art. 14, n. 3).

Os juízes têm o dever de administrar justiça, proferindo despacho ou sentença sobre as matérias pendentes e cumprir, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores (CPC, art. 156, n. 1). As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo hão de ser sempre fundamentadas (CPC, art. 158, n. 1).

Sob a égide do processo judicial experimental, evidenciando o princípio da oralidade e da celeridade processual, se impôs ao juiz, estando apto, o dever de exarar sentença oralmente, ditada para a ata (RPCE, art. 15, n. 3). Somente nos casos de manifesta complexidade se posterga o ato final para o recôndito dos gabinetes, e, ainda assim, deverá ser exarada dentro de 30 dias da conclusão (CPC, art. 658, *caput*).

A legislação codificada, quanto aos requisitos formais e materiais da sentença, assim dispõe: a) a sentença começa por identificar as partes e o objeto do

⁴² Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 311.

⁴³ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁴ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 317.

⁴⁵ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 319.

litígio, fixando as questões que ao tribunal cumpre solucionar (CPC, art. 659, n. 1); b) seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os fatos que considerados provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final (CPC, art. 659, n. 2); e c) na fundamentação da sentença, o juiz tomará em consideração os fatos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida e escrito e os que o tribunal coletivo deu como provados, fazendo o exame crítico das provas de que lhe cumpre conhecer (CPC, art. 659, n. 3).

A prolação da sentença, que é o trabalho de máximo relevo do ofício do juiz, deverá ser precedida do estudo dos fatos, que se debateram na causa, e das normas de direito convináveis à espécie. Apreciando fatos, o juiz exercita os seus conhecimentos de ordem geral e atua com os atributos que lhe são pessoais de perspicácia, de bom senso, de objetividade etc., mas restringir-se-á ao que conste dos autos – *quid non est in actis, non est in mundo*. As provas poderão ser carreadas aos autos por iniciativa dos litigantes ou determinadas pelo juiz, mas será defeso a este, na sentença, tirar conclusões com apoio em circunstâncias ou fatos a que os autos não façam referência⁴⁶.

Quanto ao aspecto meramente formal da sentença não houve alteração com o advento do novo regime experimental; continua se compondo do relatório, do fundamento e do dispositivo; porém, materialmente não, incumbe, agora, ao juiz decidir a matéria colocada à apreciação, podendo a discriminação dos fatos provados e não provados ser feita por remissão para as peças processuais onde estejam contidos (RPCE, art. 15, n. 1). Se o réu não contestar, a fundamentação pode consistir na simples adesão aos fundamentos apresentados pelo autor, quando destes resultem as razões de fato e de direito em que se funda a sentença (RPCE, art. 15, n. 4). Se o juiz aderir a um acórdão de uniformização de jurisprudência, pode limitar-se a remeter para os seus fundamentos, indicando o local da sua publicação em jornal oficial (RPCE, art. 15, n. 5).

A regra inserta no n. 2 do art. 158 do CPC, que veda ao juiz aderir, como razão de decidir da sentença, aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição (contestação), afigura-se inaplicável ao procedimento civil experimental.

As linhas fronteiriças da sentença estão, precisamente, na sua extensão maior, fixadas pelo pedido. Se a sentença o exceder, decidindo *ultra petita*, será nula na parte sobressalente, salvo se for matéria em que possa o juiz proceder de ofício. Se a sentença conceder coisa diferente – *extra petita*, será igualmente nula⁴⁷.

O estilo da sentença deve ser cuidado. O aprimoramento da linguagem facilita a veiculação das idéias e revigora os meios de convencimento. Pode o juiz, se a tanto lhe ajudar o engenho e arte, dar contorno elegante a cada frase. A elegância não se opõe à simplicidade. Coexistem uma e outra, e até bem vai que se associem⁴⁸.

Até porque, a sentença é o contraponto da linguagem do direito, esta é, como se sabe, uma linguagem fria. Renuncia a toda a nota sentimental. É áspera. Renuncia também a toda a indicação de motivos. É sóbria e concisa, renunciando igualmente a toda a doutrinação das pessoas a quem se dirige. Assim se explica a pobreza intencional do chamado estilo lapidar que serve para exprimir com uma clareza inexcusável a forte consciência que o Estado tem de si mesmo quando ordena⁴⁹.

Considerações finais

A tutela judicial buscada pelos populares junto aos tribunais é tutela de ação efetiva, no mundo das coisas. A sentença sem execução material de seus comandos não satisfaz os imperativos sociais, não pacifica. De pouco adianta o Estado conhecer dos litígios, dar o seu ponto de vista, e não satisfazer, com o mesmo empenho, eficiência e rapidez, a pretensão de direito material. Enquanto não reconhecido socialmente

⁴⁶ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 313 e 314.

⁴⁷ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 352.

⁴⁸ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 223.

o direito de alguém, achacado por outrem, a pretensão individual não basta de uma expectativa, de uma esperança em ouvir do forte, do Estado, razão lhe assiste. Agrava não fazer uso do bem da vida já reconhecido como de direito pelo Judiciário.

A empreitada resultará em edificação sólida, responsável. Mas é preciso ir além da dialética, dos embates contraditórios, dos processos legais equitativos. É preciso mostrar e entregar o de direito ao povo, esta é a essência da jurisdição, função e fragmento do poder maior, a soberania estatal. O próximo passo importante ao desenvolvimento evolutivo do processo equitativo, que, em última análise, disciplina o próprio aprimorar da organização social, é debruçar especial atenção na execução efetiva dos julgados; prometer menos e comprometer-se, principalmente.

*Pretensión de ejecución es, distintamente, aquella en que lo que se pide al órgano jurisdiccional no es la emisión de una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad, esto es, la realización de una conducta, no ideal, sino material o física*⁵⁰.

Há de ser reconhecido a todos o direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão estatal, para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, de modo a obter tutela efetiva, e em tempo útil, contra ameaças ou violações destes direitos.

Bibliografia

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição, Livraria Almedina.

DA SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ESTEVES, Maria da Assunção Andrade. *A Constitucionalização do Direito de Resistência*. Lisboa: AAFDL, 1989.

COSTA E SILVA, Paula, *Acto e Processo - O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos*. Local: Editora, 1961.

Guimarães, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdiccional*. Local: Forense, 1958.

MIRANDA, Jorge, “*Manual de Direito Constitucional*”, Coimbra Editora Ltda., Vol. I, 1982.

Radbruch, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Editor, Sucessor, 1979.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*, Coimbra: Almedina, 1995.

TEIXEIRA, Nuno Severiano, *A Invenção da Europa, Expresso Revista*, local da publicação, 1992.

_____. *Password, English Dictionary for Speakers of Portuguese*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

⁵⁰ Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 229.