

Audiência de julgamento no projecto do Código de Processo Civil

(ainda em discussão no Parlamento)

As minhas primeiras palavras são de agradecimento ao CEJ pelo convite que amavelmente me dirigiu no sentido de contribuir para o debate sobre algumas das anunciadas alterações do CPC, tornadas públicas no projecto que se encontra ainda em discussão no Parlamento.

Pediram-me que centrasse a minha intervenção nas alterações que se referem à audiência de discussão e julgamento, designada no projecto simplesmente como audiência final.

Assim farei, prevenindo, desde já, que não tenho a pretensão de realizar uma abordagem dogmática das questões que se suscitam, mas tentarei simplesmente proceder à sistematização das alterações que mais proximamente se relacionam com a audiência de julgamento, partilhando uma antevisão, necessariamente pessoal e directamente influenciada pela minha experiência como julgador, sobre a sua aplicação prática.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei que visa a alteração do CPC justifica-se a iniciativa com a necessidade imperiosa de debelar os vícios que impõem pendências patológicas, atrasos injustificáveis e irresponsabilidades consequentes.

Ali se afirma, em seguida, que a reforma de 1995/1996 erigiu correctamente os princípios orientadores do moderno processo civil, mas não colocou nas mãos dos intervenientes processuais os instrumentos adequados para o tornar eficaz, finalidade que se afirma ser, precisamente, a visada com a reforma que agora se propõe, mediante a consagração de concretos deveres processuais, de infungíveis poderes de gestão, da responsabilização de todos os

intervenientes, viabilizando e conferindo conteúdo útil aos princípios da verdade material, à cooperação funcional e ao primado da substância sobre a forma.

Perspectivando, no seu conjunto, as alterações propostas, a verdade é que se nota uma preocupação de simplificação e agilização do processo civil, mormente no âmbito declarativo, compatibilizada com os já consagrados princípios processuais fundamentais, onde pontifica o da prevalência da decisão de mérito sobre a decisão de forma.

Nesta sede será de assinalar a tentativa de sistematização dos princípios estruturantes do processo civil logo nos artigos iniciais do código, criticando-se, porém, a desnecessária reafirmação de alguns deles que, de modo avulso, se vai fazendo ao longo do diploma, enfraquecendo a sua natureza fundamental e potenciando a criação de dúvidas interpretativas.

A este propósito, atente-se nas inúmeras vezes que é afirmado o princípio do contraditório, depois da sua estatuição, no art. 3.º, n.º 3, como comando de aplicação geral a todo o processo, que torna inúteis todas as ulteriores indicações quanto à necessidade do seu cumprimento.

E, ainda quanto a este princípio, pode apontar-se uma outra nota negativa, que se refere à exigência do juiz fundamentar “devidamente” todas as situações em que não faz actuar o princípio do contraditório por tal se mostrar manifestamente desnecessário. É que, além da fundamentação ser inútil, pois a desnecessidade do contraditório deverá ser ostensiva, tal exigência dificultará o processamento ágil do procedimento no que se reporta a decisões de mero expediente, que não interferem no conflito interesse entre as partes, ou decisões que, por igual motivo, são confiadas ao prudente arbítrio do julgador (às quais alude o art. 152.º, n.º 4, da Proposta), para mais sendo, umas e outras, irrecorríveis, tal como proclama o art. 630.º da Proposta.

Inserida também entre as disposições fundamentais, pelas quais se inicia o diploma, encontra-se a norma que tem como epígrafe “Dever de gestão processual” (art. 6.º do Projecto) e que se dirige directamente à actuação do Juiz. Pese embora a nova designação, o corpo da norma, nos dois números que a compõem, limita-se a fundir os dois preceitos vigentes atinentes ao poder de direcção do processo e poder do inquisitório (art. 265.º) e ao princípio da adequação formal (art. 265.º), embora possamos admitir que a proposta pretenda conferir a este último uma abrangência acrescida ou, pelo menos, tornar clara a sua abrangência, de modo a que sejam verdadeiramente utilizadas na prática judiciária as faculdades de gestão processual que corporizam o princípio.

O princípio do inquisitório e o poder/dever de adequação formal são depois enunciados individualmente nos locais próprios. O primeiro nas disposições gerais sobre a instrução do processo (art. 411.º) e o segundo, que perde agora a sua qualificação como princípio, nas disposições gerais do Título referente às formas do processo (art. 547.º).

A sua utilização configurará o cumprimento do dever de gestão processual que, inequivocamente, prossegue o objectivo, expressamente referido na exposição de motivos, de atribuir ao juiz “um papel dirigente e ativo”, com especial relevo na eliminação das faculdades dilatórias, no suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na direcção da audiência.

Estes poderes (de direcção efectiva e activa) são simultaneamente deveres de gestão processual e enquadram definitivamente o julgador numa posição que já não pode ser a de um mero espectador qualificado.

A consciencialização da natureza pública do processo civil, através do qual o Estado garante a tutela jurisdicional de direitos subjectivos privados e consequentemente satisfaz o interesse público de administração da justiça, a

necessidade de assegurar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes (de modo a atenuar as consequências das eventuais assimetrias de recursos que cada uma delas disponha), bem como a exigência relativa à prevalência da justiça substantiva têm justificado a crescente atribuição de novos poderes de gestão processual ao julgador (e de utilização vinculada), o que não só o obriga a uma actuação mais difícil e exigente (identificando lapsos ou omissões dos demais intervenientes processuais, solicitando a respectiva reparação ou supressão, modelando a prática dos actos à sua forma mais eficaz e procurando factos probatórios ou mesmo meios de prova na busca da verdade material sobre o objecto do processo), como o responsabiliza pelo sucesso ou fracasso na justa composição do concreto litígio.

Simultaneamente, assiste-se a um enfraquecimento dos princípios do dispositivo e da auto-responsabilização das partes. Sobre este, ensinava Manuel de Andrade (in “Noções Elementares de Processo Civil”, págs. 373 e segs,) que “As partes é que conduzem o processo a seu próprio risco. Elas é que têm de deduzir e fazer valer os meios de ataque e de defesa que lhes correspondam (incluídas as provas), suportando uma decisão adversa, caso omitam algum. A negligência ou inépcia das partes redundam inevitavelmente em prejuízo delas porque não pode ser suprida pela iniciativa e actividade do juiz.”.

Há já algum tempo que assim não é, pelo menos desde a última reforma profunda do CPC (ocorrida em 1995/1996).

A partir de então o juiz foi obrigado a assumir um papel mais activo e interveniente a vários níveis, dirigido à correcção das deficiências e insuficiências reveladas na actividade processual das partes.

A delimitação do campo de actuação desta intervenção correctiva nem sempre se mostra clara, permanecendo, em qualquer caso, a certeza de que tal intervenção não poderá, jamais, implicar a frustração de um dos objectivos que prossegue e que a justifica: a igualdade das partes. Ainda menos tolerável será

quando possa colocar em causa a equidistância do julgador relativamente às partes, sob pena de ser colocada em causa a sua imparcialidade, esteio principal da sua função. Por fim, esta intervenção não poderá também ser conduzida à revelia da vontade das partes nem implicar uma alteração ou afastamento do concreto litígio cuja resolução foi pedida.

Apesar de ser claramente incentivada por parte dos nossos Tribunais superiores, mesmo em situações em que se mostra muito discutível, com a anulação de decisões da primeira instância no sentido de ser concedida às partes uma segunda oportunidade para alegar, requerer ou demonstrar, será, na minha opinião, sempre necessário usar de acrescida cautela no âmbito desta intervenção oficiosa.

Na reforma que se avizinha mantém-se e intensifica-se este modelo de direcção activa por parte do juiz, a quem se atribui declaradamente um amplo poder de modelar o processo e os seus actos nos termos que, em cada caso, se revelarem mais eficazes para conferir maior simplicidade e celeridade, na prossecução do fim que se visa atingir.

É igualmente notório o reforço da oralidade em, pelo menos, dois momentos absolutamente decisivos do processo declarativo: a audiência prévia e a audiência final. Neste sentido prevê-se a possibilidade de gravação da audiência prévia (sucedânea da actual audiência preliminar) e a obrigatoriedade da gravação da audiência final (arts. 155.º e 591.º, n.º4). Ainda assim, em ambos os casos se acautela a possibilidade de transcrição de requerimentos e respectivas respostas, despachos e decisões que o juiz, officiosamente ou a requerimento, determine (art. 155.º, n.º 5). E, de facto, alguns despachos deverão sempre assumir forma escrita, pela sua importância central e previsão autónoma, como são os casos dos despachos previstos nos arts. 595.º (despacho saneador) e 596.º (identificação do objecto do litígio e enunciação dos temas da prova).

Em todo o caso, a gravação revela-se, quase sempre, a melhor forma de documentação, especialmente no que toca aos actos de instrução do processo (ao nível da recolha da prova), propiciando a sempre desejada celeridade (o processo de recolha é fluido, sem interrupções e sem quebra de espontaneidade) e, primordialmente, a necessária fidedignidade (permitindo a total percepção do que é dito, do modo como é dito e das circunstâncias em que é dito, obstando ainda à invocação de desconformidades entre o que é dito e o que fica escrito).

Verdadeiramente inovador é o esbatimento da actual separação rígida entre a apreciação e decisão da matéria de facto e a apreciação e decisão do aspecto jurídico da causa.

Logo na fase intermédia do processo, após a fase dos articulados e depois de saneado o processo, desaparece a exigência, tradicional no nosso direito processual civil, de selecção e condensação dos factos alegados pelas partes, separando os que já ali se consideram assentes daqueles que permanecem controvertidos. Desaparece, portanto, a exigência de elaboração de uma base instrutória (anteriormente designada como questionário), com perguntas concretas sobre factos isolados (antes ditos quesitos), destinadas a obter, após o julgamento, as tradicionais respostas de “provado”, “não provado” ou “provado que ...”. Pretende-se, de acordo com a exposição de motivos da Proposta de Lei, afastar a “... quesitação atomística e sincopada de pontos de facto, outrossim de permitir que a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa.”.

Não podemos negar que a elaboração de um questionário único, com a formulação dos quesitos tendo na sua base as regras de distribuição do ónus da prova, se apresenta, em alguns casos, complexa e artificialmente afastada da

realidade que pretendia questionar. Efectivamente, este método exige que a formulação do quesito seja realizada de modo a permitir que a prova do facto se faça por quem a tanto esteja onerado, o autor relativamente aos factos constitutivos e o réu quanto aos factos impeditivos, modificativos e extintivos, mas permite facilmente descurar os termos em que é realizada a negação directa dos factos pela parte contrária (que pode conter uma vertente de facto pertinente) ou mesmo descurar factos instrumentais que se oponham a um determinado facto principal.

É certo que a reforma processual ocorrida em 1995/1996 suavizou acentuadamente algumas das dificuldades que se faziam sentir. Reduziram-se as preclusões relacionadas com o ónus de alegação que recai sobre as partes (exigindo-se-lhes apenas a alegação dos factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções que entendem aduzir - art. 264.º, n.º 1). Atenuaram a rigidez do anterior questionário, transformando-o na actual base instrutória (onde se admite a inclusão de todos os factos relevantes para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que deva considerar-se controvertida – art. 511.º). E permitiram que o Tribunal considerasse na decisão factos não alegados inicialmente pelas partes, os factos instrumentais, quer sejam meramente probatórios ou factos complementares ou concretizadores dos factos principais, efectivamente alegados, havendo, neste último caso, lugar à ampliação da base instrutória (arts. 264.º e 650.º, n.º 2, al. f))

A reforma, porém, pretende abolir definitivamente a descrição circunstanciada de factos concretos prévia ao julgamento, substituindo-a por uma indicação genérica dos pontos principais sobre os quais as partes divergem.

Assim, se o autor alega na petição inicial factos que consubstanciam a celebração de um determinado contrato com o Réu que este não aceita ter

celebrado, já não haverá lugar à descrição dos factos alegados pelo autor com a indicação de que carecem de ser provados, limitando-se a referência a realizar nesta fase intermédia à circunstância de ser necessário apurar se o contrato foi efectivamente celebrado ou não, com o que se dará cumprimento ao dever de enunciação dos temas da prova.

Posteriormente, em audiência final, a prova recairá sobre os factos concretos e principais que as partes alegaram nos seus articulados e sobre os factos instrumentais (probatórios ou acessórios), quer tenham sido alegados ou resultem da instrução da causa.

O legislador parece pretender que o juiz não se atenha às regras de distribuição do ónus da prova, quer no decurso da audiência final, na actividade inerente à recolha da prova, quer na decisão sobre os factos provados e não provados e respectiva fundamentação (agora unida à decisão do aspecto jurídico da causa na sentença), visando permitir, como afirma na exposição de motivos da Proposta, que “ ... a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas excepções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com pertinência para a decisão da causa. Quando, mais adiante, o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, se revelou nos autos. Estamos perante um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, seja na eliminação de preclusões quanto à alegação de factos, seja na eliminação de um nexo directo entre os depoimentos testemunhais e concretos pontos de facto pré-definidos, seja ainda na inexistência de uma decisão judicial que, tratando a vertente fáctica da lide, se limite a “responder” a questões eventualmente até não formuladas.”.

Do modelo que se pretende introduzir decorre uma assinalável liberdade para o julgador ao nível da apreciação e decisão da matéria de facto, agora, mais do que antes, deixada à sua livre e prudente convicção, da qual apenas se subtraem os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, aqueles que só possam ser provados por documentos e aqueles que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes (art. 607.º, n.º 5, da Proposta).

Convicção essa que, além de livre e prudente, para que seja legal e legítima, deverá, em todos os casos, ser devidamente fundamentada, com a análise crítica das provas, a indicação das ilações tiradas dos factos instrumentais e a especificação dos demais fundamentos que foram decisivos para a convicção afirmada na decisão sobre os factos provados e os não provados, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência (art. 607.º, n.º 4 da Proposta).

Este novo paradigma tem vantagens e inconvenientes.

As vantagens maiores são, por um lado, a óbvia simplificação do processo na sua fase intermédia (libertando as partes e especialmente o juiz da fixação dos factos já assentes e da formulação de questões sobre factos concretos e individualizados segundo as regras da distribuição do ónus da prova), com a agilização daí decorrente, e, por outro lado, a maior liberdade, em sede de instrução, quanto à indagação dos factos (principais e instrumentais), e em sede de sentença, relativamente à decisão de facto, possibilitando, porventura, maior identidade ou coincidência entre a realidade processualmente apurada e a realidade histórica.

No entanto, esta liberdade terá, frequentemente, como reverso, na fase intermédia, uma acrescida dificuldade na programação dos actos a realizar na audiência final (designadamente ao nível da precisão do cálculo do número de

sessões necessárias e da sua provável duração – arts. 591.º, n.º 1, al. g) e 593.º, n.º 2, al. d) da Proposta) e, na audiência de julgamento, maior dificuldade na direcção dos trabalhos e no cumprimento da programação definida, especialmente no que tange à delimitação das instâncias dos advogados e do Ministério Público à matéria relevante para o julgamento da causa.

É que tudo estará em discussão e para os representantes das partes (habitualmente os advogados seus mandatários), no afã de defenderem os interesses destas, tudo será importante e relevante para o julgamento da causa, desde o facto principal até ao facto instrumental não alegado, que a mera potencial existência pode justificar infindáveis instâncias, passando pela contraprova dos factos instrumentais, admitidos na fase dos articulados, por ausência da respectiva impugnação (art. 574.º, n.º 2, da Proposta) e até mesmo, por cautela ou insegurança, pelo reforço da prova de factos principais não impugnados pela parte contrária nos respectivos articulados. Por seu lado, o julgador, ainda que profundo conhecedor do processo, do seu objecto e dos temas da prova, terá sempre alguma dificuldade em manter as instâncias dos representantes das partes cingidas à matéria relevante, atenta a potencial amplitude desta.

Este lado negativo poderá não se fazer sentir quando os temas da prova na acção declarativa se limitem a incidir sobre a celebração de determinado contrato de compra e venda e ao pagamento do respectivo preço pelo comprador, ou ainda sobre a habitação permanente de um inquilino num imóvel arrendado para esse fim.

Porém, far-se-á, inevitavelmente, sentir nas acções de média e elevada complexidade, designadamente quando envolvam complexas relações contratuais, entre múltiplos contraentes, onde se discuta a vontade contratual das partes, a validade e legalidade dos termos ajustados, vicissitudes várias atinentes à execução dos contratos em discussão (vg. o pontual cumprimento

das recíprocas obrigações e os prejuízos decorrentes de alegadas faltas de cumprimentos) e até a própria subsistência dos mesmos, tudo como substrato de inúmeros pedidos do autor, de natureza e conjugação diversa entre si, a corresponderem-lhes outros tantos pedidos reconventionais.

Já no actual figurino processual, com os espartilhos existentes, depoimentos há que perduram durante longos dias em acções desta natureza.

Se a intenção inicial, muito marcada na Proposta de Lei que antecedeu aquela que se encontra agora em discussão, no sentido de conferir efectiva obrigatoriedade à realização da audiência prévia se mantivesse, esta vertente negativa propiciada pelo projectado modelo poderia atenuar-se, com a intervenção de todos os sujeitos processuais na prévia delimitação rigorosa daquilo que é verdadeiramente relevante para a sua plena compreensão e justa composição, permitindo que se firmasse, logo ali, um compromisso sério, que a todos vinculasse, sobre o objecto de instrução e os termos da sua realização.

É verdade que, na Proposta, a audiência prévia surge, por princípio, como obrigatória, só não se realizando nas acções não contestadas que tenham prosseguido em regime de revelia inoperante e nas acções que devam findar no despacho saneador pela procedência de uma excepção dilatória já debatida nos articulados (art. 592.º da Proposta).

Porém, a possibilidade de dispensar a sua realização é prevista com uma enorme abrangência, superior ainda àquela que é prevista para a actual audiência preliminar (disso ilustrativo é a circunstância da Proposta não prever, como condição da dispensa, a simplicidade da causa), não sendo, pois, de estranhar que se mantenha a resistência à realização desta diligência que se vem observando na prática judiciária quanto à audiência preliminar (como sucedia anteriormente relativamente à ultrapassada audiência preparatória, cuja matriz, refira-se, era, no entanto, bem diversa da actual audiência preliminar).

Em qualquer caso, nas acções que revistam alguma complexidade ao nível da apreciação de facto, ocorrendo a dispensa da audiência prévia, proferidos os despachos de saneamento, de identificação do objecto do litígio e de enunciação dos temas da prova e realizada a programação dos actos da audiência final, será talvez aconselhável aos principais actores processuais (juízes e advogados) que procedam previamente a uma selecção dos factos sobre os quais deverá incidir a instrução, que muito se assemelhará, afinal, à actual base instrutória.

Pela minha parte, a opção, nestes casos, será claramente a realização de audiência prévia. Mas mesmo com a realização desta e após a identificação do objecto do litígio e a enunciação dos temas da prova, não dispensarei a realização de uma base instrutória, necessariamente informal e despida de preocupações atinentes à distribuição do ónus da prova, como se pretende no novo modelo, onde se condensem todos os factos relevantes para a decisão do pleito, no que procurarei envolver, tanto quanto possível, os representantes das partes.

Doutro modo, dificilmente será obtida a necessária eficácia na condução dos trabalhos em sede de audiência final, independentemente do empenho, da boa-fé e da cooperação que todos emprestem às respectivas actuações.

Vejamos agora, as concretas alterações que se propõem no tocante à audiência final propriamente dita.

Projecta-se, desde logo, a eliminação da intervenção do Tribunal colectivo, que na prática desde 2000 não era requerida e por isso não tinha lugar, passando todo o julgamento da causa, nos seus aspectos factuais e jurídicos, a decorrer perante o Tribunal singular (revogação do actual art. 646.º e previsão do art. 599.º da Proposta).

Será o juiz único deste Tribunal singular a dirigir os trabalhos do julgamento, na actividade de produção de prova, e, finda esta, a ouvir as

alegações orais dos advogados sobre as conclusões, de facto e de direito, que hajam retirado da prova produzida. Não existirá qualquer separação entre alegações sobre a matéria de facto e alegações sobre o aspecto jurídico da causa, diversamente do que sucede actualmente no processo declarativo ordinário, alegações que serão sempre orais e se mostrarão limitadas no tempo (uma hora para cada um dos advogados, não podendo as réplicas exceder meia hora, períodos de tempo reduzidos a metade nas acções de valor não superior à alçada de primeira instância) – art. 604.º, n.º 5, da Proposta.

Por outro lado, concluída a audiência final, o processo será conclusivo ao juiz para prolação de sentença, no prazo de 30 dias. Na sentença, o juiz, em sede de fundamentação de facto, discriminará os factos que considera provados e, na fundamentação de direito, indicará, interpretará e aplicará as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final (art. 607.º, n.ºs 3 a 5, da Proposta). A decisão da causa, tanto no seu aspecto fáctico como na sua vertente jurídica, será, deste modo, concentrada na sentença, o que tem também como consequência a necessidade desta ser elaborada pelo mesmo juiz que presenciou e dirigiu a recolha da prova, em homenagem aos princípios da imediação e da plenitude de assistência do juiz (art. 605.º da Proposta). Por isso, mesmo em caso de transferência ou promoção do juiz que dirigiu a audiência de julgamento, ele estará obrigado a elaborar também a sentença (art. 605.º, n.º 4, da Proposta).

A circunstância do juiz responsável pela fase de julgamento ser obrigatoriamente aquele que profere a sentença e, tendencialmente, ter já sido o responsável pela fase intermédia do processo (saneando e delimitando o objecto do processo), permite acreditar que se obterão ganhos significativos na simplificação e racionalização da tramitação processual, beneficiando ainda o julgamento e a sentença, em termos de celeridade, da familiaridade entre o julgador e o processo.

No tocante à realização ou adiamento da audiência, apesar do que é afirmado na exposição de motivos da Proposta, não se perspectiva qualquer alteração drástica, apesar das que se verificam serem positivas e moralizadoras.

Na referida exposição de motivos afirma-se a consagração do princípio da inadiabilidade da audiência final, a qual deverá realizar-se na data designada, salvo se houver impedimento do tribunal, faltar algum dos advogados sem que o juiz tenha providenciado pela marcação mediante acordo prévio ou ocorrer motivo que constitua justo impedimento, nos estritos termos até agora previstos no artigo 146.º.

Importa, desde logo, referir que não desapareceu o actual adiamento com base no oferecimento de documento que não conste já dos autos e que a parte contrária não possa examinar no próprio acto, existindo grave inconveniente em que a audiência prossiga sem resposta ao mesmo, encontrando-se agora previsto no art. 424.º da Proposta, entre as normas referentes à prova documental.

E regista-se também que o art.º 151.º, n.º 5, da Proposta, não transpôs integralmente o n.º 5 do art. 155.º do actual CPC, nos termos do qual “Os mandatários judiciais devem comunicar prontamente ao tribunal quaisquer circunstâncias impeditivas da sua presença e que determinem o adiamento da diligência marcada”, deixando-se cair a parte final do preceito: “... e que determinem o adiamento da diligência marcada”. Mas, desta eliminação, a meu ver, nada mais resulta senão a transformação de um dever de cooperação em dever de cortesia, sem qualquer implicação séria no regime do adiamento de diligências, mormente da audiência de julgamento.

A primeira verdadeira alteração, que consideramos moralizadora e muito positiva, é o desaparecimento da expressa previsão do “direito potestativo” dos advogados, mediante simples comunicação prévia de um qualquer impedimento, darem causa ao adiamento da audiência de julgamento, mesmo

quando esta seja agendada concertadamente. Agora, o adiamento com base em qualquer impedimento do advogado, quando tenha havido acordo prévio de agendas, terá sempre lugar no quadro da invocação de justo impedimento, implicando, por isso, a sua real comprovação (art. 140.º da Proposta).

Compreende-se, em qualquer caso, a dificuldade que se faz sentir em introduzir melhorias ainda mais significativas neste ponto, em face da imprevisibilidade associada às causas que poderão legitimamente justificar o adiamento.

Diga-se que o impedimento do advogado é, de acordo com a minha experiência, a causa mais frequente de adiamento da audiência de julgamento.

E esse impedimento tenderá a ocorrer com maior frequência quando não tenha existido prévia concertação de agendas.

Acredito, por isso, que a realização de audiência prévia será a melhor terapêutica preventiva, permitindo um agendamento concertado e comprometido dos trabalhos em sede de audiência final.

Por outro lado, depois das partes terem sido exortadas ao entendimento em audiência prévia, serão certamente menos frequentes as situações em que só no dia do julgamento, por iniciativa própria ou provocada, consideram e vislumbram a possibilidade de acordo, colocando o juiz perante a eventual necessidade de suspender a instância para esse efeito.

Relativamente esta questão, a possibilidade de suspensão da instância por acordo das partes (prevista no projectado art. 272.º, n.º 4), devo sublinhar que a Proposta poderia ser melhorada, na medida em que apresenta uma redacção equívoca, susceptível de desvirtuar aquela que consideramos ser a intenção do legislador (o de evitar a utilização abusiva desta faculdade), pois parece admitir que as partes possam, desde que assim o pretendam e sem necessidade de qualquer motivação, determinar a suspensão do processo

dezenas de vezes, desde que o total do tempo de suspensão “stricto sensu” não ultrapasse os 90 dias, o que poderá determinar, na prática, atrasos do processo muito superiores (seria melhor, segundo cremos, que se estabelecesse também um limite de vezes em que as partes pudessem lançar mão desta faculdade - a não ser único, necessariamente reduzido).

Apesar de assim ser genericamente, verifica-se uma inovação, que acreditamos ser positiva, no que respeita à audiência final. É que a suspensão da instância por mero acordo das partes não poderá implicar o seu adiamento, o que significa que a partir da programação e agendamento dos actos da audiência final, obrigatoriamente realizados após o saneamento do processo, deixa de poder haver lugar ao seu adiamento por acordo das partes.

Desta feita, a perspectiva de acordo das partes sobre o objecto do litígio só poderá justificar o adiamento da audiência, por via da suspensão da instância, se o juiz concluir que existe, de facto, uma grande probabilidade do acordo se realizar (o que nem sempre será fácil), sendo que, neste caso, estará obrigado a fixar, de imediato, o prazo da suspensão e, conseqüentemente, a reagendar, também de imediato, a audiência final.

Para além do que acima apontámos, nada mais há na Proposta, de especial relevo, acerca do ritualismo da audiência final ou do campo e forma de actuação de cada um dos seus intervenientes, referindo-se as alterações que se registam simplesmente à compatibilização das previsões actualmente em vigor com o desaparecimento do tribunal colectivo, com a nova filosofia referente à prévia programação dos trabalhos e com a concentração das apreciações e alegações sobre a matéria de facto e o direito a que já aludimos.

Sublinhamos, porém, uma pequena alteração que vai ao encontro da prática judiciária e que se reporta à continuação, não antecipada, da audiência final. Referimo-nos à eliminação da exigência, raramente cumprida, de que os julgamentos a continuar dêem lugar ao adiamento dos julgamentos já marcados

para os dias em que a audiência tenha de continuar de modo que o tribunal, salvo motivo ponderoso, não inicie outra sem terminar a audiência iniciada.

Mantendo-se a regra da continuidade da audiência (que só admite interrupção por motivos de força maior, absoluta necessidade ou de impedimento definitivo ou temporário do juiz), pretende-se prever que se não for possível concluir a audiência num dia, esta é suspensa e o juiz, mediante acordo das partes, marca a continuação para a data mais próxima, sendo certo que, se esta ultrapassar os 30 dias imediatos, por impedimento do tribunal ou por impedimento dos mandatários em consequência de outro serviço judicial já marcado, deve o respectivo motivo ficar consignado em acta (art. 606.º, n.ºs 2 a 4 da Proposta).

Por ser a audiência final o seu espaço privilegiado de actuação, atentemos agora, brevemente, nas principais alterações que se projectam no âmbito probatório, quanto à instrução do processo.

Em coerência com o novo paradigma de discussão e apreciação da matéria de facto que se pretende introduzir, a proposta sugere que a instrução tenha por objecto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova (art. 410.º da Proposta).

Estou em crer, apesar da redacção proposta não ser a mais clara, que a enunciação dos temas da prova, por se tratar de uma das inovações centrais da reforma pretendida, não tem cariz facultativo, mas antes obrigatório no âmbito do processo comum, não sendo sequer passível de afastamento, nesta sede, pela actuação da adequação formal. Efectivamente, até mesmo quanto às acções de menor valor (de valor inferior à metade da alçada da Relação), que seguem a projectada forma única (não obstante a Proposta tenha sentido necessidade de autonomizar a sua marcha na fase intermédia do processo em disposição própria), é expressamente indicada a necessidade de ser proferido despacho a

enunciar os temas da prova (art. 597.º, al. e) da Proposta). Deste modo, estou convencido que as situações em que não haverá lugar a esta enunciação, a que a norma da proposta também alude, se referem às acções especiais, designadamente às AECOPs, cuja tramitação não é afectada pela reforma e se socorre subsidiariamente do regime do processo comum, designadamente no que respeita à respectiva instrução (art. 549.º, n.º 1), mas em que não se realiza qualquer delimitação do objecto do litígio em momento anterior ao julgamento.

A prova por documentos conhece algumas alterações, essencialmente quanto ao momento da sua apresentação, que, em meu entender, poderão, no que inovam, mostrar-se em alguns casos contraditórias com a filosofia do primado da substância sobre a forma.

Afirma-se categoricamente na exposição de motivos que, em linha com o princípio da inadiabilidade da audiência final e visando disciplinar a produção de prova documental, é estabelecido que os documentos podem ser apresentados até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final, o que permite o oportuno contraditório e evita expedientes dilatatórios.

Na verdade, mantendo-se a regra base que impõe a apresentação dos documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da acção ou da defesa com o articulado em que se aleguem os factos correspondentes (art. 423.º, n.º 1, da Proposta), permite-se, depois, que a apresentação de tais documentos seja feita até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final, sendo o apresentante condenado em multa a não ser que prove a impossibilidade de os oferecer com o articulado (art. 423.º, n.º 2, da Proposta).

Após este limite temporal (20 dias antes da audiência), só poderão ser admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento, bem como aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior (art. 423.º, n.º 3, da Proposta).

Pergunta-se.

E se o documento se mostrar extremamente relevante prova dos fundamentos da acção ou da defesa, logo alegados nos articulados, e a parte que o apresenta não lograr fazer a prova de que o não pôde apresentar em momento anterior, deverá o juiz simplesmente indeferir o pedido de junção ao processo ? E deverá depois em obediência ao princípio do inquisitório, que lhe impõe a realização de todas as diligências e a determinação da prática de todos os actos necessários ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, determinar officiosamente a junção do documento aos autos, ao abrigo do disposto nos arts. 411.º e 436.º, n.ºs 1 e 2, neste caso obviamente sem multa ?

Não parece que a preclusão possa prevalecer sobre o inquisitório, instrumento da melhor resolução substancial do litígio, e a solução, sempre que uma situação semelhante surgir, será, estou certo, a de aligeirar a exigência de comprovação da impossibilidade de apresentação até ao momento em que é requerida.

Por outro lado, de acordo com o que consta do art. 424.º da Proposta, o oferecimento de documento que bula com a produção dos demais meios de prova, designadamente por ser necessário ouvir as testemunhas arroladas quanto ao seu teor ou confrontá-las com a sua existência e materialidade, continuará, não obstante o que é afirmado na exposição de motivos, a poder provocar o adiamento e a interrupção da audiência final, tal como hoje sucede nos termos do art. 651.º, n.º 1, al. b) e 4, do CPC.

A Proposta prevê, no respectivo art. 466.º, uma outra novidade: a possibilidade das partes prestarem declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento directo a requerimento da própria parte que pretende ser ouvida, formulado até ao início das alegações orais em 1.ª instância.

Esta possibilidade surge, um tanto exageradamente, autonomizada como um novo meio de prova, numa secção específica, intitulada “Prova por

declarações de parte”, com apenas um artigo que tem como epígrafe “Declarações de parte”.

Na prática, a única verdadeira novidade traduz-se na atribuição de legitimidade às partes para requererem os seus depoimentos de parte.

É que o próprio artigo remete, em termos formais, para o regime do depoimento de parte (no seu n.º 2), indo ao encontro do seu regime substancial, quando afirma que o tribunal valora livremente as declarações da parte, salvo se as mesmas constituírem confissão (n.º 3).

Talvez bastasse, é certo que contra o entendimento dos processualistas mais puristas, a previsão, por simples aditamento ao art.º 453.º da Proposta, da possibilidade da parte requerer o seu próprio depoimento.

Esta nova disposição já sofreu uma outra crítica, dirigida à eventual ofensa ao princípio da igualdade das partes e que tem a ver com a possibilidade deste meio de prova poder ser requerido e produzido num momento em que a outra parte não esteja presente, por exemplo no decorrer do julgamento, não tendo dele conhecimento e nem possibilidade de se lhe opor, o que poderia causar prejuízo, por também ela, na sequência da iniciativa da parte contrária, pretender prestar declarações.

Direi, ressaltando o respeito pela opinião diversa, que não vislumbro a necessidade da parte ser pessoalmente notificada da prestação de declarações pela parte contrária quando tal não lhe houvesse sido anunciado em momento anterior.

Este meio de prova, se assim pode ser considerado, dirige-se, primordialmente, às situações de facto em que apenas tenham tido intervenção as próprias partes, ou relativamente às quais as partes tenham tido uma percepção directa privilegiada, dificilmente se compreendendo que nestes casos as partes não requeiram, desde logo, a prestação de declarações. Mas,

mesmo quando não se configure uma situação semelhante e a prestação de declarações seja requerida em sede de julgamento quando antes não era expectável que o fosse, tais declarações devem ser encaradas como qualquer outro momento de recolha de prova, à qual assistem os advogados das partes com plena liberdade ao nível do exercício do contraditório, não se justificando um tratamento diverso, designadamente daquele que têm os depoimentos de parte oficiosamente determinados pelo Tribunal já em sede de julgamento. Por fim, o advogado da parte que não compareceu e não presenciou o depoimento da parte contrária poderá sempre requerer também a prestação de declarações pelo seu mandante.

Também novas são as verificações não judiciais qualificadas (art. 494.º da Proposta).

Poderão ter lugar nas situações em que se mostre necessário ou útil proceder a actos de inspecção de coisas ou locais ou de reconstituição de factos, mas que não justificam a percepção directa dos factos pelo tribunal, no âmbito de uma inspecção judicial, traduzindo-se na possibilidade de incumbir um técnico ou pessoa qualificada de proceder aos referidos actos ou reconstituições, apresentando o respectivo relatório.

Como não poderia deixar de ser, o resultado de tais verificações será livremente apreciado pelo tribunal, salvo quando se tratem de atestações de autoridade ou oficial público, o que igualmente se compreende.

Trata-se de mais uma ferramenta de instrução que ficará a meio caminho entre a inspecção judicial e a perícia, sem que importe a deslocação do Tribunal, por um lado, e não exigindo do verificador os especiais conhecimentos de que o perito é necessariamente detentor, por outro.

O que a norma não esclarece e a remissão para o regime da inspecção judicial que nela se faz também não, é se pessoa nomeada, designadamente quando não seja funcionário público ou sendo não intervenha no exercício das

suas funções, presta compromisso legal. Inclino-me para uma resposta afirmativa atenta a similitude material existente, nesta parte, com a prova pericial, sendo, a meu ver, essencial a assunção de um compromisso solene por quem presta este tipo de colaboração aos Tribunais, recolhendo prova que poderá ser decisiva para o desfecho de um litígio judicial, de forma a consciencializá-lo da importância da sua função e a responsabilizá-lo pelo seu bom e isento cumprimento.

Por fim, importa assinalar as pretendidas alterações ao nível da prova testemunhal.

As testemunhas, assim como os restantes meios de prova que as partes pretendam produzir, são indicados logo nos respectivos articulados (art. 552.º, n.º 2, da Proposta).

A eliminação da necessária correspondência entre as testemunhas e os factos que devem esclarecer, que hoje vigora, e a pretendida racionalização e agilização do processo justifica esta indicação liminar de todos os meios de prova.

Isto não significa que não possam existir alterações à indicação probatória inicial.

Efectivamente, e designadamente no que tange à prova testemunhal, mantém-se a possibilidade de alteração do rol de testemunhas, em termos que não diferem daqueles que vigoram actualmente (art. 398.º da Proposta).

Inova-se na imposição de um limite ao número de testemunhas, fixado em 10 para cada parte, sendo admissíveis outras tantas em caso de reconvenção (art. 511.º, n.ºs 1 e 2, da Proposta). Admite-se, ainda assim, a possibilidade de o juiz admitir um número superior de testemunhas, quando a natureza e a extensão dos temas da prova o justifiquem.

E, repete-se, elimina-se qualquer correspondência directa entre as testemunhas e os factos a que devem responder em virtude da nova filosofia sobre a discussão da matéria de facto a que já fizemos referência.

Regista-se, como última relevante alteração positiva, a previsão expressa da possibilidade de audição simultânea de testemunhas, independentemente da parte que as tenha oferecido (art. 604.º, n.º 8, da Proposta).

Direi, a terminar, que a Proposta, mesmo na limitada parte sobre a qual incidiu a apreciação que aqui realizámos, apresenta aspectos positivos.

Mas vem igualmente consagrar soluções, como o novo paradigma de apreciação e decisão da matéria de facto, cuja verdadeira eficácia só a prática judiciária permitirá avaliar.

Com maiores ou menores potencialidades, em termos teóricos, parece-me inequívoco que o sucesso do modelo processual agora proposto (quer o qualifiquemos como novo ou como simplesmente retocado ou aperfeiçoado) dependerá sempre da sua estabilidade no tempo, porque só esta permitirá que os agentes do judiciário, a doutrina e a jurisprudência desenvolvam e sedimentem as soluções encontradas, potenciando a sua eficácia.

Esperemos que o legislador disso se aperceba.

Muito obrigado pela vossa paciência e atenção.