

A EXIGÊNCIA DE CELERIDADE E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS (A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA)*

THE NEED OF CELERITY AND PROCEDURAL PRINCIPLES (THE PORTUGUESE EXPERIENCE)

*José Manuel Lebre de Freitas***

RESUMO

O texto procede uma análise crítica de alguns pontos da reforma processual civil brasileira do atual Projeto de Lei do Senado 166-2010 em comparação com os movimentos reformistas portugueses. Analisa as questões da citação, contraditório, executividade imediata da sentença, fase preparatória e coisa julgada sob o enfoque da celeridade e dos demais princípios processuais constitucionais.

Palavras-chave: Celeridade; Contraditório; Citação; Efeito suspensivo.

ABSTRACT

The text realizes a critical analysis of a few points of the civil procedure reform in Brazil provided by the Senate's bill 166-2010 in comparison with the Portuguese reform movements. It analysis the issues of citation, right to the answer, immediate enforcement of sentences, preparatory phases and estoppels by judgment under the lenses of celerity and of the remaining constitutional procedural principles.

Keywords: Celerity; Right to the answer; Summons; Suspensive effect.

* Texto da palestra proferida no VII Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro acerca dos *Novos Rumos do Direito Processual*, ocorrida em Brasília—DF – Brasil em 24 de setembro de 2010.

** Doutor em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Elaborador e colaborador de estudos visando à reforma do Código de Processo Civil português, desde 1985. Membro integrante da Comissão que elaborou as Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil e da 2ª Comissão de Revisão do Código de Processo Civil português. Representante do Governo Português no Conselho da Europa. Perito processualista da Comissão do Conselho Econômico e Social da União Europeia designada para se pronunciar sobre uma regulamentação europeia da penhora de depósitos bancários. Correspondence to: Rua Julio Andrade, 2, 1150, Lisboa-Portugal. Email: jlfreitas@lscs.pt.

1. O mundo contemporâneo conhece, em toda a parte, um aumento exponencial do número de processos cíveis.

Para tanto contribuem a generalização do liberalismo económico, com todos os egoísmos que acarreta, o consumismo desenfreado, o domínio sempre crescente das grandes empresas e a perda progressiva de valores sociais e individuais substituídos pelo culto do arrivismo, do crédito fácil e desta nossa maravilhosa economia a que tudo se subordina. A conflituosidade é maior, há muitas cobranças a fazer, a vontade de resolver pacificamente os litígios é menor.

Por outro lado, o Estado democrático acena aos cidadãos com a cartilha dos seus direitos, os governos prometem maior protecção e mais bens materiais e as decepções vão-se acumulando, porque poços de petróleo não os há em todas as esquinas, quando os há não são para todos e, de qualquer modo, nunca geraram paz, harmonia ecológica ou felicidade.

A luta pelos direitos também se faz nos tribunais e estes não chegam para as encomendas. Os processos arrastam-se, as decisões demoram anos e o poder judicial, que devia ser, no mundo desorientado de hoje, o último poder pacificador e de defesa das instituições, denega justiça, não porque não acabe por julgar, mas porque julga tardiamente e uma justiça tardia equivale frequentemente a uma justiça negada.

182

Em Portugal, de cuja experiência pretendo trazer aqui algum testemunho, os juízes eram, ainda há duas décadas, pessoas respeitadas e os tribunais tidos na conta de fazedores de justiça, em face dos cidadãos e em face da administração. Mas hoje, apesar de a eles se recorrer muito mais do que então, as sondagens revelam um descrédito profundo nos tribunais e nos juízes. Os processos demoram anos e os cidadãos deixaram de confiar.

Perante essa situação, a resposta dos governos tem sido quase sempre a mesma. O aumento vertiginoso do número de acções não permite pensar que o aumento dos tribunais, dos juízes e dos funcionários consiga resolver o problema. Além disso, as reformas judiciais, normalmente, custam caro. Que fazer então? Mudar a lei do processo, diminuindo as formalidades, flexibilizando, dando mais poderes ao juiz, dificultando os recursos e procurando expulsar o utente dos tribunais, mediante a remissão para meios alternativos de resolução dos litígios e a entrega a entidades privadas (em Portugal, os agentes de execução) do poder de penhorar bens, vendê-los em nome do Estado e com isso pagar aos credores.

Tudo certo, desde que não se ofendam os princípios processuais que a Constituição consagra e são a garantia do processo equitativo (o “*due process*” do direito anglo-saxónico – o “devido processo legal” do art. 5 da Constituição brasileira).

E é aqui que vos quero contar um pouco da experiência portuguesa. Como o tempo não dá para tudo, escolho três campos sensíveis do processo civil: a citação, como garantia do direito de defesa; o princípio do contraditório; o âmbito

do caso julgado. E referir-me-ei ainda, seguidamente e com brevidade, a dois outros pontos: a tentativa de conciliação; o efeito do recurso para a Relação. Deixo de fora a acção executiva, porque as evoluções portuguesa e brasileira são muito diferentes e a escolha portuguesa (o agente de execução) põe problemas particulares que, pelo menos por enquanto, não vos dizem respeito. Deixo de fora os recursos (com a excepção da questão do seu efeito) e a uniformização e a concentração jurisprudenciais, porque a complexidade das questões que levantam se compadecem mal com o tratamento apressado que teriam de ter no âmbito da exposição que se segue.

2. Começo, antes da abordagem que me proponho fazer, por referir o sentido da revisão do Código de Processo Civil (CPC) empreendida nos anos de 1995-1996.

Portugal teve em 1939 (no mesmo ano que o Brasil) um CPC que – podemos dizer – vigorou até 1.º.01.1997.

Não é que em 1961 não tenhamos formalmente tido outro código, mas este mais não foi do que uma tímida actualização do código anterior. Posteriormente, sofreu outras alterações – em 1967 (porque havia que o adequar ao Código Civil (CC) de 1966), em 1977 (porque, em consequência da instauração da democracia em 1974, o direito da família foi profundamente alterado no CC) e em 1985 (em que se procedeu a alguma simplificação dos actos das partes). Mas a grande obra de transformação do nosso direito processual estava por fazer.

O CPC de 1939 era um código autoritário. Embora tivesse espelhado a intensa elaboração da doutrina italiana, *maxime* de Chiovenda e de Carnelutti, e tivesse rompido com a excessiva rigidez e formalismo do processo escrito anteriormente vigente, o CPC de 1939, nascido em plena ditadura, enferrou também numa concepção retrógada do processo civil que o passar dos anos foi acentuando.

Portugal foi permanecendo à margem das novas evoluções e desenvolvimentos dos princípios fundamentais do processo civil registados desde o fim da Grande Guerra na doutrina processualista dos Estados europeus situados além-Pirinéus. Só na década de 1980 esses princípios foram pouco a pouco perfilhados pela doutrina portuguesa mais moderna e acabaram, finalmente, por ser legalmente assimilados na revisão do código de 1995-1996.

O desaparecimento do efeito cominatório pleno da falta de contestação, a diversificação dos mecanismos da citação para maior eficácia da acção, a compreensão de todas as derivações do princípio do contraditório, o desaparecimento de normas que violavam a igualdade das partes (“isonomia” para usar o termo brasileiro) e a ênfase da finalidade de obtenção da decisão de mérito contam-se entre as coordenadas duma revisão que esteve virada para a simplificação processual, mas foi respeitadora dos princípios fundamentais do processo civil. O código

oriundo do trabalho de 1995-1996 rompeu, finalmente, com o esquema processual oriundo do CPC de 1939, ainda que sem totalmente o abandonar.

Com a revisão, abriu-se a porta para um caminho em que simplificação e garantia, longe de se antagonizarem, encontravam um equilíbrio feito de conciliação e realismo. Depois dela, havia que ajustar o que a experiência revelasse necessário, mas perseverando no caminho encetado.

O número de processos não parou, porém, de crescer e a vontade de lhes conferir mais celeridade deu lugar a novas evoluções, algumas a meu ver menos desejáveis.

3. Defronto-me aqui, em primeiro lugar, com a área da citação.

Não oferece dúvida que a modalidade ideal de citação passa pelo contacto pessoal entre o funcionário que dela é encarregado e o réu. Este tem de ter conhecimento efectivo do processo para que se possa defender e, salvo o caso do réu naturalmente incapaz de entender o alcance do acto, a certeza do conhecimento é atingida quando ao réu é entregue a petição do autor e dito, verbalmente e por escrito, qual o prazo e o meio de defesa, os direitos que tem e os ónus a que fica sujeito.

Mas esta modalidade ideal compadece-se dificilmente com a complexidade da vida moderna e, designadamente, com a dimensão das cidades actuais. Por isso, a citação pelo correio tem vindo a desempenhar um papel crescente na lei processual de vários países.

Na Europa, a Áustria é, desses, o mais avançado, aí há muito constituindo modalidade exclusiva de citação a carta registada. A domiciliação das pessoas é nesse país obrigatória. A carta é enviada para o domicílio oficial e aí é entregue pessoalmente ao citando, se ele for encontrado. Quando não é encontrado no domicílio, é deixado um aviso com a indicação da data (dia e hora) duma segunda visita. Se, desta segunda vez, o citando volta a não ser encontrado, o empregado dos correios deixa um papel com o valor de citação, a carta registada fica à disposição do citando na Câmara Municipal e, complementarmente, é a este enviada uma carta por correio normal. O citando pode provar que não teve conhecimento do acto, por ter estado ausente do seu domicílio (por exemplo, em férias ou em internamento hospitalar), caso em que o efeito da citação é destruído.

Em Portugal, quando da revisão de 1995-1996, optou-se por privilegiar a citação por carta registada com aviso de recepção, relativamente à velha modalidade da citação por contacto directo com o citando.

A carta é susceptível de ser pessoalmente entregue ao réu ou a alguém que seja encontrado na sua habitação, mas, nesse caso, com a possibilidade de o réu vir a alegar e provar que, sem culpa sua, ela não chegou ao seu conhecimento.

Só quando a carta venha devolvida ao tribunal é que o réu é pessoalmente procurado. Se for encontrado, a citação é feita. Se não for, é deixado aviso (na pessoa que for encontrada ou mediante afixação no local) com a indicação da data em que de novo se tentará a citação pessoal; neste dia, o réu é citado, ou pessoalmente ou mediante entrega à pessoa que for encontrada ou aviso afixado no local, neste caso também com a possibilidade de o réu vir a alegar e provar que, sem culpa sua, não recebeu a citação e mediante o envio ainda, para o domicílio do réu, de uma carta dando-lhe conta da citação feita.

Com este novo regime, ganhou-se muito tempo: anteriormente, encontrar pessoalmente o réu era o resultado duma longa aventura, em que se sucediam requerimentos, despachos, tentativas de citação e repetidos jogos de gato e rato – conforme os casos, inimigos ou, pelo contrário, entre si bem conluiados. A primeira condenação de Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por violação do prazo razoável, teve lugar porque a citação do réu num caso de acidente de viação levou mais de 6 meses a ser feita; mas havia vezes em que demorava muito mais.

Ora, apesar desses ganhos, houve uma altura em que o Governo entendeu que tudo seria ainda mais rápido se, em vez duma carta registada, fosse enviada ao réu uma carta simples; se esta não lhe pudesse ser pessoalmente entregue, seria deixada na caixa do correio da sua residência, considerando-se assim feita a citação. Podia teoricamente o réu, a quem, aliás, era concedida a dilação de 30 dias antes de se iniciar o prazo para contestar, alegar e provar que a carta não lhe chegara às mãos. Mas esta prova negativa não era fácil: como provar, nomeadamente, que a carta tivesse sido desviada por outrem que, legítima ou ilegitimamente, tenha tido acesso à caixa de correio antes do réu?

Os limites garantísticos do direito de defesa estavam excedidos e houve que recuar: após nova alteração do código, só quando as partes num contrato obrigacional estipulem um domicílio do devedor para o efeito de citação em caso de litígio é que é possível, após duas cartas registadas (não já sem registo) sucessivamente enviadas para esse domicílio, ter-se o réu por citado quando nenhuma delas tenha sido recebida. A celeridade pretendida teve de ceder aos imperativos do direito de defesa.

Mal entendo, por isso, que um regulamento posterior da União Europeia (o Reg. n. 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.04.2004) tenha vindo admitir que um Estado-membro se contente com a citação por via postal simples para acções de dívida pecuniária movidas contra um devedor domiciliado nesse mesmo Estado (art. 14-1-e do referido regulamento). Não é que o direito europeu promova a citação por esse meio, mas o certo é que a tolera.

Vejo que, nesta matéria, o Projecto de Lei do novo CPC brasileiro não arriscou. A citação pelo correio é admitida, quando o juiz a ordene, mas a carta regis-

tada terá de ser entregue ao próprio réu. Se tal não se conseguir, o réu é procurado pelo oficial de justiça e este só à 3ª vez poderá, havendo suspeita de ocultação, avisar um familiar ou vizinho de que voltará no dia imediato e efectuar então a citação com hora certa.

O direito de defesa é inteiramente respeitado. Mas será que a experiência de celeridade não se compadeceria com a intimação para hora certa logo à primeira deslocação, dispensando a segunda e a terceira? A menos que os oficiais de justiça brasileiros tenham muito maior disponibilidade de tempo do que os portugueses, algum tempo se ganharia abreviando.

Por outro lado, não poderia equivaler à citação com hora certa na pessoa de terceiro a entrega da carta registada a alguém da casa, quando o réu não está, desde que ao réu não fosse negado o direito de provar que ela não lhe foi entregue pelo terceiro e este fosse por isso sancionado? Em Portugal, a experiência deste mecanismo não tem sido má. Mas é certo que esta opção põe problemas que a citação com hora certa pelo funcionário de justiça (ou pelo agente de execução) não põe: comete o crime de desobediência o terceiro a quem são entregues pessoalmente os papéis da citação e que não os entrega ao réu, apesar de intimado para o fazer; já não assim, por o funcionário dos correios não ter poderes de autoridade, o terceiro a quem é entregue a carta registada, com semelhante incumbência.

4. Passo ao princípio do contraditório.

A lei processual portuguesa deu um passo decisivo quando, em 1995-1996, compreendeu que a contrariedade não consiste só na contraposição de requerimento e resposta, mas, de modo mais geral, na concessão às partes, ao longo de todo o processo, de todos os meios de actuação legítima susceptíveis de exercer influência na decisão do litígio. Por isso, proibiu, designadamente, a chamada decisão-surpresa.

Na minha memória estão numerosos casos de decisões irrecorríveis e disparatadas, pelas quais o tribunal surpreendeu as partes sem que nada no processo as fizesse imaginar. Cito dois deles.

Um dia, um advogado entrou-me no escritório perguntando como havia de se defender perante uma decisão por lei irrecorrível, em que o juiz aplicara determinada norma, já revogada por outro diploma. Em face da lei então vigente, nada se podia fazer: a decisão era definitiva, embora o lapso do juiz fosse manifesto e o resultado da distração tenha sido a perda de avultada quantia em dinheiro.

Outra vez, a surpresa veio embrulhada num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. O autor tinha deduzido na acção um pedido principal (entrega duma coisa) e um pedido subsidiário (pagamento duma indemnização). A 1ª instância julgou improcedente o pedido principal e parcialmente procedente o pedido subsidiário, condenando o réu em parte da quantia que o autor pedira. O autor

recorreu para a Relação, dizendo no requerimento de recurso que circunscrevia este ao pedido principal. A Relação deu-lhe razão e condenou o réu neste pedido. Mas o Supremo, para o qual o réu recorreu, revogou a decisão da Relação, com este argumento, de que ninguém se lembrara e que ninguém discutira: ao dizer que recorria para a Relação apenas quanto ao pedido principal, o autor conformara-se com a decisão proferida quanto ao pedido subsidiário, que transitou em julgado, e, como os dois não podiam ser satisfeitos simultaneamente, ficou precludida a possibilidade de discussão sobre o pedido principal. A decisão era definitiva e a lei processual então vigente não permitia ao autor explicar ao Supremo Tribunal, depois dela proferida, aquilo que também não lhe fora consentido explicar antes dela, por não ter sido ouvido sobre o projecto da decisão: que a fórmula que usara no seu requerimento de recurso de apelação significava apenas que não queria pôr em causa a parte do pedido subsidiário que a 1ª instância não tinha atendido, com a consequência, portanto, a manter-se a absolvição do pedido principal, de se conformar com o montante da indemnização, inferior ao por si pedido, que lhe fora fixado. Sabido que o pedido subsidiário está sempre dependente do pedido principal, não era preciso dizer que, se a Relação atendesse este (como atendeu), o primeiro ficaria sem efeito (como a Relação sem dificuldade entendeu – só o Supremo, em perspectiva que ninguém julgara possível, tendo entendido o contrário).

Hoje, a lei obriga o tribunal, em casos como estes, a ouvir previamente as partes, antes de converter em decisão um projecto de solução do litígio diferente dos discutidos até aí no processo. Atrasa-se com isso o momento da decisão? Sim, mas é um atraso que um princípio geral fundamental, inserto no direito de cada um a aceder a uma justiça equitativa impõe, sem sombra legítima de dúvida.

No entanto, decorridos mais de 13 anos sobre a inequívoca consagração desta derivação do princípio do contraditório, muitos juízes portugueses ainda se mostram reticentes à sua plena actuação – como se fosse desprestigiante para a autoridade judiciária ouvir as partes antes de decidir como se julga ser certo.

Fazem-no refugiados na fórmula legal: o art. 3º, n. 3, do CPC determina que o tribunal não pode decidir questões, de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, salvo – acrescenta – em caso de manifesta desnecessidade.

A desnecessidade manifesta é, por natureza, excepcional. Pressupõe que a questão em causa estava manifestamente em discussão e que, embora as partes sobre ela não se hajam pronunciado expressamente nas peças anteriores do processo, nestas é possível ver uma pronúncia implícita; ou pressupõe que a solução da questão só pode manifestamente ser uma, por isso sendo inútil a audição (“uditiva”) das partes. Não basta que o juiz entenda não haver necessidade: é preciso que esta seja manifesta. O adjectivo “manifesta” não está lá por acaso.

Esta foi, na altura, a minha opinião no seio da comissão de revisão do CPC em 1995-1996. Mas recordo que um outro membro da comissão dizia ter receio

da interpretação que fosse dada à ressalva e por isso preferia que ela não fosse introduzida. A regra deveria, segundo ele, não ter restrição explícita. A experiência das decisões que os tribunais viriam a dar à luz do novo regime mostra que era ele – e não eu – quem tinha razão.

Outra derivação do princípio do contraditório consiste em admitir sempre a resposta a uma excepção que a parte tenha deduzido no último articulado admissível na forma processual seguida. O CPC português consagra este direito a resposta, mas aí a conciliação do princípio do contraditório com o da celeridade processual levou a um compromisso: a resposta da parte será dada apenas na audiência, preliminar ou final, dela não ficando o processo à espera.

Na leitura superficial que fiz do Projecto de Lei brasileiro, vi consagrada, no art. 10, a proibição da decisão-surpresa, sem a restrição que tem causado problemas interpretativos em Portugal, o que creio positivo. Mas não vi consagrada a outra vertente do princípio do contraditório a que me referi e que faz falta. O desaparecimento, no Projecto de Lei, do termo “excepção”, tal como do de “reconvenção” e do de “pressuposto” (este só muito vagamente usado no art. 467, IV), não facilita a compreensão de que o direito de resposta às excepções deve ser sempre assegurado a ambas as partes. Diga-se, a propósito, que julgo que o Projecto de Lei não devia abandonar conceitos processuais fundamentais, que provêm duma elaboração doutrinária que data, pelo menos, de meados do século XIX e de que toda a doutrina processualista actual se serve, com base neles ordenando as matérias de que trata.

188

E já que abordo o processo equitativo, que tem como corolário a paridade de tratamento das partes, solenemente afirmada no art. 7º do Projecto de Lei, parece-me que ele é desrespeitado, nesta sua vertente, quando se conjugam os prazos que os arts. 616 e 620 propõem (não examinei o Projecto tão detalhadamente que possa garantir que mais nenhum caso semelhante exista). O primeiro concede ao terceiro que sofra turbação ou esbulho na posse dos seus bens ou direitos, por arrematação, adjudicação ou remição no processo executivo, o prazo de 5 dias para embargar (contados da prática desses actos e não do seu conhecimento, que pode ocorrer mais tarde), e mesmo assim sempre antes da assinatura da respectiva carta. O segundo, mais generoso para com o embargado, concede a este 15 dias para contestar os embargos. No direito português, o prazo (de 20 dias) é igual para o executado se opor e para o exequente contestar a oposição, e é isto que está certo.

5. Passo ao caso julgado.

A celeridade, não tanto do processo, mas na definição do direito, levaria a defender a solução de estender a sua eficácia, subjectiva e objectivamente, de modo a, por um lado, produzir efeitos perante os terceiros (relativamente ao processo)

que sejam parte na relação jurídica controvertida e, por outro, abranger os fundamentos da decisão e não apenas esta.

Mas a aplicação dos princípios do contraditório e do dispositivo conduz às soluções contrárias a essas: por um lado, constituiria uma violência sujeitar pessoas que não tomaram parte no processo às consequências desvantajosas da sentença; por outro lado, se as partes circunscreveram de determinado modo o objecto do processo, não joga com o princípio dispositivo que, mesmo só entre elas, a eficácia da decisão se estenda aos fundamentos da decisão, deixados fora desse objecto. Não tendo o princípio dispositivo consagração constitucional, esta segunda ofensa não tem a gravidade da primeira, que afecta o direito fundamental de acesso à justiça do terceiro que a ela não acedeu e se vê, pela decisão, impedido de aceder no futuro aos tribunais; mas é, mesmo assim, grandemente perturbadora do princípio dispositivo.

Começemos pela questão da extensão subjectiva do caso julgado.

Em meados do século passado, floresceu em França e Itália, com repercussões em Portugal, a teoria chamada dos efeitos reflexos do caso julgado, de acordo com a qual este projectaria nas situações jurídicas de terceiros as repercussões que fossem consequência do modo como o direito substantivo articulasse essas situações com as das partes. Ao fiador, por exemplo, seria oponível a sentença obtida pelo credor contra o devedor principal: o fiador não poderia, depois dela, defender a inexistência da dívida, tendo que acatar a definição que dela fora feita perante o devedor principal.

Esta teoria considera-se hoje afastada, tendo sido nomeadamente acutilante a crítica feita em Itália por Liebman, que a considerava gravemente violadora do direito constitucional de defesa.

Por isso, entende-se hoje que um direito de terceiro só pode ser afectado pelo caso julgado quando a vontade negocial das partes o podia igualmente afectar. Isto é o que acontece no subcontrato: o subarrendamento, por exemplo, extingue-se quando o senhorio e o arrendatário põem fim ao arrendamento; portanto, a sentença de despejo proferida na acção que corra entre senhorio e arrendatário extingue o direito do subarrendatário. Mas o direito de terceiro já não é afectado quando a vontade das partes que actuaram no processo não poderia, se fosse exercida extrajudicialmente, ter esse efeito.

Assim, o Código Civil português é expresso, em vários preceitos, em excluir a sujeição ao caso julgado desfavorável do terceiro que podia ter-se constituído, mas não se constituiu, como litisconsorte voluntário (fiador, proprietário do bem dado em garantia real, credor ou devedor solidário, credor de obrigação indivisível, comproprietário), embora lhe conceda a faculdade de invocar a seu favor o caso julgado favorável. Mais longe do que esta produção de efeitos *secundum eventum litis* não se pode ir.

Está, pois, certo o art. 487 do Projecto de Lei brasileiro quando determina que a sentença não prejudica terceiro. Mas certo é também que se consagre que, em certos casos, a sentença pode, tal como em direito português, beneficiar terceiros. Se, por exemplo, o devedor solidário demandado é absolvido do pedido, não há razão para que não beneficie desta sentença o devedor solidário não demandado. Esta solução parece derivar do art. 863 do Projecto de Lei brasileiro quando, limitadamente ao caso em que haja recursos de vários litisconsortes versando a mesma questão de direito, determina que a primeira decisão favorável proferida prejudica os demais recursos. Não vejo, pois, que tenha razão o Senado ao propor a supressão dessa norma do projecto.

Maiores dúvidas me levanta, porém, a solução do art. 484 do Projecto de Lei (extensão da força de caso julgado às questões prejudiciais expressamente “decididas” na sentença).

Ela está, como já referi, contra o princípio dispositivo. A acção é proposta com um determinado objecto e este é definido pelo pedido deduzido em juízo. O *iter* da decisão leva o juiz a enfrentar questões cuja solução condiciona a resposta final ao pedido, mas que podem ser prejudiciais de outros potenciais pedidos que não foram formulados no processo, e podem nem sequer nele ter sido referidos. Vamos admitir que ficam precludidos?

190

É o caso, por exemplo, de ser pedido o pagamento do preço de um fornecimento e o juiz entender que o contrato de fornecimento é totalmente nulo e por isso o preço não é devido. Supunhamos que este preço é de 10, mas que o preço de outros fornecimentos já efectuados à luz do mesmo contrato é 100 ou 1000 vezes superior. Será a melhor solução considerar que a sentença proferida torna indiscutível a nulidade do contrato, também para o efeito desses outros fornecimentos, de tal modo que, se surgir uma acção que lhes respeite, o fornecedor não possa nela vir a sustentar que o contrato era válido? Repare-se que os interesses envolvidos nesta segunda acção são muito superiores e nela seria por isso expectável um cuidado muito maior das partes e do próprio tribunal na análise da questão da validade/nulidade do contrato.

Creio que estamos aqui perante mais um caso em que a economia ou celeridade processual deve ceder perante os princípios – aqui a vertente do princípio dispositivo segundo a qual às partes cabe definir o objecto do processo e delimitar os pedidos em consequência. Levantada a questão da nulidade, quer o réu, em reconvenção, quer o autor, em ampliação do pedido, pode elevá-la a objecto do processo, como expressamente permite o art. 96-2 do CPC português; mas, se nem um nem outro o fizer, é melhor solução não impor a decisão das questões prejudiciais fora do âmbito do pedido formulado – não porque com isso se ofendesse um princípio constitucional, mas porque toda a construção dos nossos processos civis repousa – e bem – no princípio dispositivo.

Disto se apercebeu a Comissão do Instituto dos Advogados Brasileiros, que, com aceitação na proposta do Senado, propôs que não fosse consagrada essa extensão do caso julgado aos fundamentos.

Leio na justificação da proposta do Senado que é de manter, neste ponto, a solução do código em vigor. Mas, sendo assim, não vejo razão para a substituição do termo “decididas”, actualmente usado (“questões decididas”) pelo termo “resolvidas”, visto que a questão prejudicial não deixa de ser resolvida para se chegar à decisão, mas não é, ela própria, decidida, isto é, objecto da decisão. A mais exacta redacção actual afigura-se-me preferível, mais que não seja para que não haja dúvidas sobre a intenção do legislador de manter o regime actual. Aliás, deve-se evitar tanto quanto possível – e por isso me refiro a este pormenor – alterar a letra da lei quando não se quer alterar o seu conteúdo e a interpretação deste não é ambígua (lição esta, diga-se, que os legisladores infelizmente gostam de ignorar).

6. Duas palavras, finalmente, sobre a experiência portuguesa da tentativa de conciliação e do efeito meramente devolutivo do recurso.

Vejo que o Projecto de Lei pretende tornar, em princípio, obrigatória a tentativa de conciliação e que tal é considerado no preâmbulo um ponto importante da reforma: a citação do réu para a audiência de conciliação é feita logo inicialmente e, se ela se realizar – a falta injustificada do réu é processualmente sancionada –, o prazo para a contestação só conta a partir daí. Não é assim em Portugal.

O CPC de 1939 previa a possibilidade de uma tentativa prévia de conciliação, a realizar em tribunal de paz, sempre que o autor a requeresse. Mas a experiência colhida foi que, na maioria dos casos em que tinha lugar, o único resultado que se conseguia era a demora do processo, que só depois dela se iniciava. Por isso caiu em desuso e foi abandonada no CPC de 1961.

Nos últimos tempos, perante a verificação da lentidão dos órgãos judiciais, os governos e alguma doutrina têm dado grande ênfase aos meios alternativos de composição do litígio, nomeadamente a mediação e a conciliação. Mas, à luz da experiência passada, não se foi, quando da revisão de 1995-1996, além da consagração da sua realização na audiência preliminar (posterior aos articulados), quando esta tenha lugar, bem como da possibilidade de o juiz a convocar, por iniciativa oficiosa ou a requerimento duma das partes, quando a audiência preliminar não se realize. Além disso, no início da audiência final, o juiz perguntará às partes se não há hipótese de conciliação. Mostra a experiência que é sobretudo neste momento que as transacções têm lugar.

O Projecto de Lei brasileiro foi prudente ao estabelecer que o prazo para a contestação se inicia sem necessidade de outro acto de “intimação” do réu. Este esquema existe em Portugal no processo de trabalho e na acção de divórcio e

existiu durante algum tempo na acção de despejo, aqui com resultados quase nulos, que levaram ao seu abandono.

A consequente demora do processo não parece que venha a ser grande. Sugeriria, porém, que o art. 335 do Projecto de Lei fosse mais claro quanto ao que seja não haver audiência de conciliação para o efeito de contagem do prazo para contestar desde a “juntada do mandado ou de outro instrumento de citação”: são abrangidos só os casos em que o juiz dispensa a audiência de conciliação (art. 333, § 7º)? ou também aqueles em que a audiência ordenada não se realize por falta do réu (o que representará uma sanção, talvez nem sempre justificada)? e quanto àqueles em que a falta seja do autor (não se justificando então que a sanção – encurtamento do prazo – recaia no réu)?

Outra reflexão versará sobre a possibilidade, em alternativa, duma audiência preliminar em que a tentativa de conciliação se integre, com ganhos de contraditório, mas com sucesso prático não garantido, porque dependente de dados sociológicos e culturais que muito diferem entre o Brasil e, por exemplo, a Alemanha, onde a experiência da audiência preliminar (não obrigatória) é muito boa. Mas uma pergunta tem de ser feita: está garantido o tratamento igualitário entre um autor que se apresenta na audiência de conciliação com o seu advogado e o réu que ali estará sem advogado nem contestação?

192

O outro ponto a referir sumariamente respeita à experiência da consagração na lei portuguesa, desde 2003, da regra do efeito meramente devolutivo do recurso de apelação (em Portugal, hoje, já não há agravo e o único recurso ordinário para a Relação é a apelação). Tratou-se duma inversão da anterior regra do efeito suspensivo do recurso de apelação (só o recurso de revista – para o STJ – tinha sempre efeito devolutivo).

Essa inversão é dissuasora do uso abusivo do recurso pelo réu e propiciadora de mais rápida consecução da realização do direito na acção executiva. Ao réu condenado que recorre duas garantias são oferecidas: o direito de prestar caução para que ao recurso seja concedido efeito suspensivo ou para que, instaurada a execução e tendo-se-lhe oposto por embargos, estes sejam suspensos; a certeza de que na execução instaurada não haverá pagamento sem que o credor ou credores prestem caução.

Não há assim violação de princípios processuais e o prazo razoável para a realização do direito é abreviado.

Vejo que o Projecto de Lei brasileiro confere ao recurso, em regra, efeito meramente devolutivo, podendo, porém, o relator suspender a eficácia da sentença quando se demonstre a probabilidade de provimento do recurso, com a cautela da exigência de caução ao credor antes do levantamento de depósito em dinheiro ou da alienação da propriedade (art. 491, III). E vejo que, no Senado, houve divergência entre a Sala das Sessões (de acordo com o princípio, mas estabelecendo

excepções diferentes das do Projecto) e a Sala da Comissão (pretendendo manter a regra do efeito suspensivo).

A experiência portuguesa aconselharia que se seguisse a solução do Projecto, com a emenda proposta pela Sala das Sessões do Senado para os casos de excepção. E, a ser tal solução seguida, aconselhará também que se possibilite ao recorrente executado a prestação de caução que evite, fora desses casos, a execução da decisão.

No entanto, a meu ver, para uma opção definitiva entre a manutenção do regime brasileiro actual e a introdução da regra do efeito meramente devolutivo será importante ter em conta os dados estatísticos respeitantes, por um lado, a percentagem de procedência dos recursos para a 2ª instância no Brasil e, por outro, o tempo médio de processamento do recurso e à consequente dilação do início da execução na vigência do efeito suspensivo.

7. A celeridade processual é um valor e há que a defender em nome da natureza fundamental do direito de acção.

O direito à decisão em prazo razoável é deste uma importante derivação e há, inclusivamente, que desejar que a ênfase que o Projecto de Lei põe no controlo do cumprimento dos prazos judiciais venha a ter correspondência na realidade.

Mas a celeridade, como também frisei, não é tudo: se o fosse, bastaria que, proposta uma acção, autor e réu fossem imediatamente convocados perante o juiz e este logo decidisse a causa, sem se perder tempo com alegações, provas, contraditórios, recursos. O processo do futuro há-de ser um processo mais ágil, mas não pode sê-lo à custa de princípios gerais, fundamentais ou apenas estruturantes, cuja elaboração e aperfeiçoamento ao longo de décadas é garantia do processo equitativo.

É que sem processo equitativo não há justiça.

Data de recebimento: 12/10/2010

Data de aprovação: 17/11/2010

