

## APARÊNCIA E REALIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PELO PROF. DR. BARBOSA DE MAGALHÃES

*O Sr. Professor Doutor Barbosa de Magalhães, realizou na Ordem dos Advogados, a 19 de Abril de 1940, a conferência que a seguir vai transcrita.*

*Na sala amontoavam-se juristas e amigos para ouvir a sua palavra autorizada, quer pela opulência da erudição e pelo talento multiforme, quer pelo papel importante que desempenhou nas revisões do Código do Processo vigente.*

*O antigo Bastonário — cuja ternura pela Ordem tôdas as semanas se revela, em lúcidas intervenções nos debates do Instituto da Conferência — foi ouvido com o maior interêsse e atenção.*

*O Professor Doutor Barbosa de Magalhães, com a sua lhaneza simples de sempre, no estilo fluído e familiar e na arte com que falou, mostrou-o, como sempre, um conferencista consumado, e uma ovação vibrante exprimiu-lhe, ao terminar a oração que publicamos aqui, o apreço e a admiração dos que o escutaram.*

**P**ROPONHO-ME tratar, fundamentalmente, da — *aparência e da realidade no novo Código de Processo Civil.*

Proponho-me apreciar e discutir duas das *idéias-mestras* do novo Cód., que inspiraram não apenas alguns dos seus dispositivos, mas todo o seu sistema.

É, por isso, tarefa árdua e arrojada — o que alego como atenuante da responsabilidade, em que incorro, pela deficiência e imperfeição com que certamente dela me desempenharei.

Estes dois termos — *aparência e realidade* — não se contra-põem ; podem antes ter-se como equivalentes, pois que a *aparência* pode ser, e é muitas vezes, a *realidade* e a *realidade* pode ser, e é muitas vezes, a *aparência*.

Todavia, a idéia de contraposição é a que primeiro suscita a junção dos 2 termos e é como opondo-se que geralmente e normalmente são considerados.

*As aparências iludem, sabe-o e di-lo tôda a gente.*

E a sabedoria popular daí derivou estes 2 prolóquios — *quem vê caras não vê corações e — nem tudo o que luz é ouro.*

Pode ainda acrescentar-se — e agora mais do que nunca — *ouro é o que ouro vale.*

O Cód. não se contenta com aparências ; — quer atingir a *realidade* — a *realidade nos factos* e a *realidade na justiça*.

Disse-o quem tinha autoridade para o dizer (1), nas seguintes palavras : — «o novo Cód. pôs ao serviço dos tribunais todos os meios para que sempre se faça *justiça real, verdadeira justiça*».

Esta justiça real e verdadeira contrapõe-se à justiça formal e fictícia.

E mais disse : — «dá ao julgador um conjunto de poderes, por meio dos quais êle deverá evitar que a ordem ou a fórmula se sobreponham ao direito e à justiça e se faça com a chancela do poder e a dignidade da justiça, do tôrto direito e da mentira verdade».

Ora o julgador tem por missão — apurar a verdade e aplicar a lei aos factos, que tiver apurado.

E para a realizar, melhor do que até agora, segundo se diz, a tem realizado, é que o novo Cód. lhe confere amplos poderes, mais amplos do que lhe dava o Cód. velho ; êste contentava-se com a verdade aparente, formal, e com uma justiça aparentemente direita, mas torta na realidade.

---

(1) Artigo — *Demandas, processos, tribunais* — subscrito pela inicial M. e publicado em *O Século*, de 7 de Julho de 1939.

A diferença é de fins, ou será apenas de meios?  
Eis, o problema de que me vou ocupar.

O juiz moderno tem de empregar desde o início do processo todos os seus esforços e usar dos amplos poderes, que lhe são conferidos, para chegar ao apuramento da verdade.

Mas não é da *verdade aparente*, da *verdade formal*, de qualquer *verdade* — é da verdade real, da *verdade verdadeira* — *da pura da verdade*, como diz o povo.

O Cód. quer a verdade nua e crua — não a quer vestida nem com qualquer grossa serapilheira, nem com brocados — ainda os mais ricos — nem mesmo a quer sob o manto diáfano da fantasia...

Bela aspiração!

Para a atingir não hesitou em adoptar todos os meios que, seguindo outros Códcs. e a moderna orientação doutrinal, lhe pareceram adequados.

Mas a aspiração não é só bela; é também alta, muito alta mesmo, e não falta quem a julgue irrealizável.

O processualista argentino Couture, por exemplo, diz que a mentira é um germen patógeno do processo, de que nenhum organismo está livre; tudo está em que a multiplicidade dos germens não chegue a corrompê-lo.

Mas o que é a verdade?

Já alguém deu dela esta definição, que Luigi Ferrara classifica de *famosa* — a verdade é uma questão de pontos de vista...

Há então mais do que uma verdade? E quantas?

Há uma verdade só? Absoluta? Relativa?

*Dicant philosophi...*

Mas os filósofos respondem, perguntando: — «haverá meio de descobrir se uma realidade existe? E dado que existe, haverá meio de saber que realidade será, a que se assemelha ela?» (1).

Em face disto, não ficam aqui mal estas palavras de um dos mais notáveis processualistas italianos, Calamandrei, que as escreveu num interessante estudo sobre — *O juiz e o historia-*

(1) *Os problemas da filosofia*, por BERTRAND RUSSEL, versão portuguesa de António Sérgio, pág. 51.

*dor* (1): — «É nem se poderia achar uma diferença típica entre a indagação historiográfica e a instrução judiciária em atribuir àquela o escôpo de procurar a verdade *real* e a esta o escôpo de fixar, através das regras de prova acima referidas, uma verdade meramente *formal*, que, substancialmente, seria uma illusória ficção. A contraposição entre verdade real e verdade formal, com a qual alguns processualistas têm pensado exprimir, em fórmula sintética, uma diversidade essencial de objecto entre a instrução penal e a instrução civil (de forma que, se tal contraposição tivesse fundamento, a verdadeira historiografia seria só a que se pratica nos tribunais criminais) não corresponde, de modo algum, à verdadeira natureza dos 2 processos, os quais, embora servindo-se de meios diferentes de indagação, têm o mesmo único escôpo, que é a descoberta da verdade, da verdade *simples e una*, sem acrescentos e sem qualificações».

Por mim digo que, se não sou como S. Tomé, também não costumo ter por verdadeiro tudo o que como tal se me aparenta, ou me apresentam.

Procuro sempre, dentro dos meios de que posso dispôr, respeitando a moral e o direito, encontrar, conhecer a tal verdadeira verdade.

Mas, pobre de mim, pobre de qualquer de nós, os meios de que eu disponho, de que qualquer de nós dispõe, são limitados e, por isso, quantas e quantas vezes temos de nos contentar com uma verdade, que é, ou não é...

O Cód. podia já dispôr e dispôs de outros meios, em maior número e mais valiosos.

É usou-os, não apenas dando ao julgador o tal conjunto de poderes, *in procedendo* e *in judicando*, mas ainda formulando preceitos, impondo deveres, estabelecendo sanções.

Os meios, que desde sempre se têm empregado para apurar a verdade, são de uma variedade inimaginável.

Desde o duelo judiciário, a prova do fogo, as torturas da velha inquisição e de tantas inquisições, que ainda em nossos dias existem para afrontar a integridade física e a dignidade moral do

---

(1) Na *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, I, pág. 105.

homem, — desde os juizos de Deus, o juramento, sob várias formas, até às provas que os modernos Códigos de direito substantivo e adjectivo admitem ou impõem, que abundância, que variedade, que riqueza!

E, ao fim de tanto esforço, de tanta luta, de tanta dôr, de tanto sofrimento, é lícito perguntar se os resultados foram compensadores.

Quando e como se descobriu a verdade?

Certo é que as queixas, os protestos, não têm faltado; e tão pouco têm faltado os erros judiciários, no criminal como no civil, em tôdas as jurisdições.

Desde Beccaria e Bentham até nossos dias, quantas belas palavras, quantos estudos, quantos trabalhos para escolhêr os melhores meios de apurar a verdade!

Mas também o que se tem feito, com não menor afan, para a encobrir, a desvirtuar, a falsear!

Aqui, como por tôda a parte, é sempre uma luta! Essa luta em que se empenhou denodadamente o nosso novo Cód.

Luta, que é da essência do direito, se bem que êle se destina a evitar as lutas.

O direito é uma luta contínua de princípios, de idéias, de processos — para — fim imediato — derrubar uns e fazer vingar outros — para — fim mediato — alcançar a verdade e a justiça — duas incógnitas, duas aspirações, dois ideais!

O que desde sempre se tem feito sentir é a necessidade de muitas vezes nos contentarmos com a *aparência*, embora seja *mentirosa*. E o próprio direito sente essa necessidade e dá foros de cidade à *aparência*.

Mais e muito mais ainda — confere e garante efeitos, não apenas à *aparência*, mas até mesmo à *dissimulação* e à *mentira*.

Ainda não há muito tempo, o notável professor francês Josserand fez na Faculdade de Direito de Lisboa uma interessante conferência, que publicou depois no livro *Evolution et Actualités*, e em que discretoeu sôbre — *a mentira, a simulação e a dissimulação como factores de direito*.

«Voilà, começou êle por dizer, une rubrique paradoxale, une «manchette sensationnelle et quelque peu scandaleuse».

E, depois de apoiar a afirmação com alguns exemplos, con-

cluuiu : — «En un mot, toute cette théorie du mensonge bienfaisant et sauveur est, si on va au fond des choses, parfaitement juridique et morale : elle est, pour répondre au mot fameux un hommage rendu à la vertu, à des nécessités sociales et morales ; elle est l'illustration de ce principe que le mieux est parfois l'ennemi du bien».

São bem poucos aliás os casos apresentados por Josserand.

Quantos e quantos mais se podem apresentar em que a lei proíbe a investigação da *verdade*, ou lhe põe obstáculos difíceis de vencer ou mesmo insuperáveis !

Quantas e quantas vezes a lei faz prevalecer a *mentira*, e até a *fraude*, à *verdade* !

A mentira tem os seus foros no campo do direito ; e a *aparência*, que pode ser *mentira* ou *realidade*, tem até sido elevada, por alguns jurisconsultos, à altura de teoria ou de princípio geral de direito.

Essa teoria surgiu, como tantas outras, das mais profundas e interessantes às mais cerebrinas e absurdas, na Alemanha e — o que é de salientar — fundada na idéia de que o interesse público deve prevalecer ao interesse particular.

Essa teoria — *da aparência do direito* — *Rechtsschein* — conseguiu na sua terra de origem e também na Itália e na França, bom acolhimento por parte de muitos autores ; e alguns como Ascarelli, se a não aceitaram, não deixam de reconhecer que a aparência é uma exigência política que impõe ao legislador tôdas as excepções ao rigor dos princípios ; e ainda outros, e bastantes, dela têm feito aplicações parciais (1).

Ora, se a *aparência* não é tudo, como querem os partidários da teoria — *Rechtsschein ist alles* — certo é que, mesmo sem ser elevada à categoria de teoria ou de princípio, ela se faz sentir e se impõe, mais ou menos, em todos os ramos do direito.

Se um menor, usando de dolo para se fazer passar por maior, celebrar um contrato, não poderá valer-se dessa dupla nulidade

---

(1) Sôbre a situação actual desta teoria e suas aplicações, pode ver-se SOTGIA, *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, na *Riv di diritto privato*, vol. 6.º, 1936, l. pág. 121, que fornece uma extensa indicação bibliográfica.

— e o contrato, se assim convier ao outro outorgante, produzirá todos os seus efeitos, embora assente numa falsidade.

Se um contraente enganar o outro sôbre facto relativo à causa do contrato, êste não é nulo, a não ser que o contraente enganado haja expressamente declarado que só em razão desta causa contratara e esta declaração tiver sido aceita pela outra parte.

O êrro comum e geral não produz nulidade — o que é a consagração legal da mentira.

Josserand aponta êste exemplo: — a lei francesa proíbe as doações feitas pelos pais a favor dos filhos incestuosos ou adúlteros, mas, por outro lado, não admite a sua perfilhação e proíbe-lhes a investigação de paternidade, de forma que eles podem receber as doações dos verdadeiros pais, visto que, à face da lei, o não são.

Digamos, entre parenteses, que isto é em França; em Portugal já estamos mais adiantados, porque, se um indivíduo bater num outro, que, segundo consta, é seu pai natural, o tribunal, como ainda há pouco foi julgado (1), não se contentando com a verdade formal, mas contentando-se com a aparência, agrava a pena do agressor por ser filho da vítima.

Sempre que a lei não admite a investigação da paternidade, impede a averiguação da verdade.

A conhecida regra — *en fait de meubles, possession vaut titre*, que no nosso direito se aplica, no meu modo de ver, aos títulos ao portador, é a consagração da aparência, a despeito da realidade.

Tôdas ou quasi tôdas as presunções *juris et de jure* se baseiam na *aparência*, com prejuízo da *realidade*.

A simulação, segundo a doutrina e jurisprudência correntes, pode provar-se por presunções; — quer dizer, pode considerar-se um contrato como não correspondendo à *realidade* com base em simples *aparências*.

As letras, de que sejam donos e portadores terceiros de boa fé, podem ter sido aceitas por êrro ou coacção, que nem por

---

(1) Ac. da Rel. de Lisboa de 1 de Novembro de 1939, publicado e anotado na *Gaz. da Rel. de Lisboa*, t. 53, pág. 287.

isso os seus signatários podem eximir-se ao respectivo pagamento. E também um signatário de uma letra não pode eximir-se a pagá-la pelo facto de ser nula ou falsa a assinatura de qualquer dos outros.

Autores há, que, baseando-se na teoria da *aparência*, sustentam a validade do pagamento feito a quem apresenta um cheque com a assinatura falsa.

Se uma das partes produzir em juízo um documento falso, de cuja falsidade a parte contrária não se apercebeu logo, tendo-o reconhecido como verdadeiro, já depois, não pode arguir a falsidade, a não ser que ela seja superveniente (art. 365 § 1.º e 368 § 2.º), donde pode resultar que a decisão da causa se funde num documento aparentemente verdadeiro, mas falso, como tal, possivelmente até julgado em processo criminal.

E desde que entrámos, com êste exemplo, no domínio do novo Cód., deixemo-nos de mais divagações e vejamos quais os meios por que êle quiz obstar à mentira e à fraude e também os casos em que se contentou com as aparências e até em que, por várias formas, obstou ao apuramento da verdade.

Logo no art. 264, com que abre o capítulo da *instância*, o Cód., proclama que as partes «têm o dever de, conscientemente, não formular pedidos injustos, não articular factos contrários à verdade, não requerer diligências meramente dilatórias».

Já vem de muito longe as exprobações e as sanções contra os litigantes temerários e chicaneiros; sempre se entendeu que os litigantes não devem conscientemente faltar à verdade nem praticar actos tendentes a entorpecer ou prejudicar a acção da justiça.

E todos os Códigos de Processo estabelecem sanções para os que litigam com dolo ou má fé.

Mas, ultimamente, surgiu a preocupação de defender a verdade e a boa fé no processo; essa preocupação tem-se acentuado, e muito se tem escrito a tal respeito na Alemanha, na Áustria, na Itália e noutros países — Portugal compreendido.

Não bastam as sanções; é preciso proclamar bem alto a obrigação, para as partes, de, como dizem as leis austríaca e alemã, expôrem de modo completo, determinado e conforme à verdade,

tôdas as circunstâncias dos factos relativos aos seus pedidos, não lhes sendo lícito enganar o juiz com afirmações falsas nem abusar da sua actividade com uma conduta processual protelatória por malícia ou negligência.

No projecto alemão de reforma do processo civil e no último projecto preliminar italiano, pretende-se impôr às partes e aos seus procuradores a obrigação de dizer a verdade, o que tem sido defendido por muitos processualistas; mas não têm faltado outros, e dos mais notáveis, como Calamandrei, que a tal ideia têm feito opposição, sendo deveras elucidativa a larga discussão que recentemente na Itália tem sido feita a propósito daquela disposição do Projecto, sôbre a qual recaíram pareceres das Faculdades de Direito e de outras entidades oficiais — discussão essa de que resultou a distinção entre o dever de *veridicità* (de dizer a verdade) e o de probidade e lealdade, e o ter apenas passado para o Projecto definitivo que: — «As partes e os seus procuradores e defensores têm o dever de proceder com probidade e com lealdade» (1).

O Projecto Chiovenda (art. 20) diz que — «na exposição dos factos as partes e os seus advogados têm o dever de não dizer conscientemente cousa contrária à verdade». E acrescenta: — «A parte deve, na primeira ocasião que tiver, declarar se os factos alegados pelo adversário são, segundo a sua convicção, conformes à verdade. Quanto aos factos, que não lhe são próprios, ou que não tem pessoalmente observado, a parte pode limitar-se a declarar que não sabe se são verdadeiros; esta declaração importa contestação».

O nosso Cód. contém disposições correspondentes a estas últimas, mas vai mais longe, pois que, não só obriga as partes a tomar posição definida quanto aos factos articulados, mandando reputar admitidos por acôrdo os que não forem impugnados especificadamente, como também estabelece que, se qualquer das partes declarar que não sabe se determinado facto é exacto, esta declaração equivale a confissão quando se tratar de facto

---

(1) Vide GUIDO CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, na *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, I, pág. 129.

pessoal ou de que a parte deva ter conhecimento: e equivale a impugnação no caso contrário» (artt. 494 e 511).

E vai mais longe ainda — quando, em depoimento de parte, esta «responder que não se recorda ou que nada sabe, considera-se confessado o facto» (art. 577 § 2.º).

Aqui temos já alguns dos meios de que o Cód. entendeu dever usar para se chegar... à verdade verdadeira.

Não duvidamos repetir, poi já o afirmámos oportunamente, que estes últimos são intoleráveis; mas aqui só queremos salientiar que são contraproducentes — fundando-se na mera *aparência*, levam à *mentira*.

Não encontramos tais disposições nem nos Projectos italianos, nem no recentíssimo Cód. de Proc. Civ. brasileiro, embora neles deparemos com preceitos dando aos juizes os mais amplos poderes na instrução do processo, na produção e apreciação das provas.

Quanto a estes poderes, o nosso Cód. não lhes ficou atrás; e foi além do que, em meu entender, devia ir.

Passemos em rápida revista os seus principais dispositivos.

O juiz tem o poder de ordenar officiosamente as diligências e actos que entender necessários para o descobrimento da verdade (art. 264); — pode significar aos advogados e ao m.º p.º a necessidade de esclarecerem certos pontos obscuros ou duvidosos (art. 650 n.º 5.º); e cumpre-lhe remover todos os obstáculos ao andamento regular da causa, quer recusando o que fôr impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que necessário fôr para o seguimento do processo (art. 266).

As partes e os seus representantes são obrigados a comparecer sempre que para isso forem notificados e a prestar os esclarecimentos, que lhes forem pedidos (art. 265).

Tôdas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua cooperação para a descoberta da verdade e a boa administração da justiça, respondendo ao que lhes fôr perguntado, submetendo-se às inspecções que forem julgadas necessárias, facultando o que fôr requisitado e praticando os actos que forem determinados. Se se recusarem, serão condenados em multa, sendo terceiros, sem prejuízo do emprêgo dos meios

coercitivos que forem possíveis; se o recusante fôr parte, considerar-se-ão provados os factos que se pretendiam averiguar. Mas a recusa será legítima se a obediência importar violação do sigilo profissional, ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, de um seu ascendente, descendente, irmão ou conjuge, ou grave prejuízo de natureza patrimonial a qualquer das referidas pessoas (art. 524).

Se uma das partes pretender fazer uso de documentos em poder de terceiro, que não seja livro de escrituração comercial, nem documento a ela relativo, será o possuidor notificado para o entregar na secretaria no prazo que o juiz designar; — se o não entregar, nem fizer declaração alguma, ou se declarar que o não possui e o requerente provar que a declaração é inexacta, pode o juiz ordenar as providências necessárias para a apreensão e deve impôr ao notificado uma multa; — se alegar justo motivo para não fazer a entrega, será obrigação, sob aquelas sanções, a facultar o documento para ser fotografado, examinado judicialmente, ou se extrairem dele as cópias necessárias (art. 554 e §§).

Pode o Tribunal, por sua iniciativa ou mediante sugestão de qualquer das partes, requisitar de quaisquer estações oficiais, das partes ou de terceiros, informações, pareceres técnicos, documentos, plantas, fotografias, desenhos ou objectos que considere necessários para o esclarecimento da verdade (art. 555).

As estações oficiais são obrigadas a satisfazer a requisição, salvo se disser respeito a matéria confidencial ou reservada ou a processo que esteja em segredo de justiça (§ 1.º).

As partes e terceiros que deixarem de satisfazer ao que lhes fôr requisitado incorrerão em multa, salvo se justificarem o seu procedimento, sem prejuízo do emprêgo dos meios coercitivos que sejam possíveis para se conseguir a requisição (§ 2.º).

Quando a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica, cuja solução dependa de conhecimentos especiais, que o tribunal não possua, pode o juiz requisitar das estações oficiais a presença de um funcionário especializado, ou, a falta dêste, designar pessoa competente que na audiência de discussão e julgamento preste os esclarecimentos que forem reclamados (art. 650).

Pode o tribunal, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, se assim o achar conveniente, ordenar que as testemunhas sejam inquiridas no local da questão (art. 529); e pode o juiz ou o tribunal colectivo dirigir-se a êsse local, a-fim-de o inspecionar e de se esclarecer sôbre qualquer facto que interesse à discussão da causa, fazendo-se acompanhar, se assim o entender, por pessoa que tenha competência técnica para o elucidar sôbre o exame e interpretação dos factos, que se propõe observar (artt. 616 e 618) e pode também, o juiz, segundo se tem entendido na prática, ordenar que a audiência de discussão e julgamento se realize nesse local, pois que tem todos os poderes de que se faça mister para tornar breve e útil a discussão e justa a decisão da causa (art. 651).

Requerida alguma providência cautelar das facultadas no art. 405, pode o juiz, antes de ordenar a que lhe parecer mais adequada, colher as informações e mandar proceder sumariamente às diligências que julgar indispensáveis (art. 406).

E no exercício da chamada jurisdição voluntária, pode livremente investigar os factos, recolher informações, coligir as provas e admitir apenas as que reputar necessárias (art. 1.448).

Até aqui — poderes quanto à instrução do processo.

Passemos à apreciação da prova.

O Cód. adoptou o princípio, já últimamente consignado na nossa legislação — da apreciação livre, com uma única limitação: — quando a lei exigir, para a existência ou prova do acto ou facto jurídico qualquer formalidade especial, não poderá esta ser dispensada (art. 655).

Além disto, não carecem de prova nem de alegação quer os factos notórios, devendo considerar-se tais os que são do conhecimento geral, quer os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; e pode o tribunal utilizar os conhecimentos especiais que possua quando a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica (art. 650).

Nestes *conhecimentos especiais* poderão compreender-se as chamadas *máximas de experiência*, que alguns processualistas têm equiparado aos *factos notórios* para o efeito de poderem os

tribunais, inclusivé o de revista, basear-se nelas, independentemente de alegação e prova?

Crêmos que sim, mas é pena que o Cód. não seja mais explícito e não caracterize melhor tanto os factos notórios, como aqueles conhecimentos especiais.

Esta doutrina dos *factos notórios* e das *maximas de experiência* teve há pouco o seu éco entre nós, antes da vigência do novo Cód., numa interessante sentença do Juiz de Direito da Beira (1) e também num douto acórdão da Relação de Lisboa (2), que alterou a decisão do Tribunal Colectivo fundando-se «no documentário da vida social, patente aos olhos de todos e, portanto, dos juizes».

Mas êsse éco soou mal aos ouvidos dos Venerandos Conselheiros do Sup. Trib. de Just., que revogaram o ousado acórdão, decidindo que «a Relação não pode alterar as respostas do Tribunal Colectivo fundada no que geralmente costuma acontecer» (3).

Outras normas interessantes e úteis sôbre prova contém ainda o Cód.

O tribunal deve tomar em consideração tôdas as provas produzidas, emanem ou não da parte que devia produzi-las, sem prejuízo, porém, das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto que não seja feito por certo interessado (§ ún. do art. 519).

A dúvida sôbre a verdade de um facto e sôbre a repartição do ónus da prova resolver-se-á contra a parte a quem o facto aproveita (art. 520).

Deve o juiz officiosamente servir-se de todos os meios ao seu alcance para obter o conhecimento do direito consuetudinário, local ou estrangeiro que fôr invocado por qualquer das partes (art. 521).

Quando a parte pretenda servir-se, como meio de prova, de um objecto móvel que possa, sem inconveniente, ser posto à disposição do tribunal, entregá-lo-á na secretaria, onde a parte con-

---

(1) De 23 de Junho de 1939, na *Gaz. da Rel. de Lisboa*, t. 53, pág. 149.

(2) De 19 de Maio de 1937, na cit. *Gaz.*, t. 51, pág. 149.

(3) Ac. de 5 de Abril de 1938, na cit. *Gaz.*, t. 53, pág. 92.

trária o poderá examinar e colher a respectiva fotografia; e, se pretender servir-se de imóveis, ou de móveis que não possam ser depositados na secretaria, fará notificar a parte contrária para exercer aqueles direitos (art. 523).

Aquele a quem fôr oposto qualquer escrito, ostensivamente feito ou assinado por êle, será obrigado, se o apresentante o exigir a declarar se o escrito ou a assinatura efectivamente lhe pertence (art. 546).

A reprodução fotográfica de um documento vale como princípio de prova (art. 547).

Os depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra essa mesma parte, salvo se aquêlê tiver sido anulado, pelo menos na parte relativa à produção da prova, que se pretende invocar. Mas se o regime de produção da prova do 1.º processo oferecer às partes garantias inferiores às do 2.º, os depoimentos e arbitramentos produzidos no 1.º só valem no 2.º como princípio de prova. E as confissões feitas nos articulados podem ser opostas noutro processo (art. 526 e §§).

Pode dissentir-se, na essência ou na forma, de algumas normas, que ao juiz dão tão largos poderes na instrução do processo e na apreciação da prova, e também se poderá duvidar de que elas, no seu conjunto, sejam as mais próprias, ou sejam suficientes para conseguir aquêlê objectivo; o que se não pode negar é que elas representam um apreciável esforço para atingir a fugidia verdade.

Mas ainda não disse tudo.

Como melhor forma de chegar à arisca e volúvel verdade, o Cód. resolveu manter em tôda a sua plenitude o discutido princípio da *oralidade*, que o Dec. 21.694 estendera entre nós ao processo civil e que traz consigo, como acólitos, o princípio da *concentração* e aquêlê outro que os italianos designam por *immediatezza* e os brasileiros por *imediatez* e que nós temos de designar por *contacto* do juiz com as partes e as provas.

Estou em crer que o ilustre auditório pensa, talvez com certa satisfação, que eu vou agora disreter, a favor ou contra a *oralidade*.

Se assim é, sinto ter de lhe causar uma desilusão.

A oralidade seria assunto para uma palestra inteira ou mesmo para mais do que uma.

E, por agora, é inoportuna a sua discussão; os seus partidários não precisam de pugnar por ela, visto que ela já está victoriosa; aos seus adversários não vale a pena agora combatê-la, porque, de momento, nada podem conseguir senão ser apodados de *saudosistas*, como no Brasil, de *nudistas*, como na Itália, ou de *botas de elástico*, em calão português.

A uns e outros convém que mais algum tempo de experiência possa mostrar melhor as suas vantagens ou os seus inconvenientes.

E aos seus adversários direi ainda — a oralidade está na moda, e a moda é um *facto* e contra *factos* não há argumentos.

Todos gostam de ter *factos* à moda...

O processo é um *fato* que deve andar à moda...

As minhas considerações irão recair, mas um pouco mais tarde, sobre um outro princípio também à moda, que domina todo o processo.

Entretanto, vejamos se o Cód. procurou sempre facultar a averiguação da verdade, ou se, pelo contrário, muitas e muitas vezes, em larga escala, a ela obstou.

A verdade — e verdade verdadeira — é que, em contrapartida dessas disposições, que apontámos, o Cód. contém numerosos preceitos em que aquêlê escôpo é contrariado.

Parece-me ser intuitivo que, para se conseguir a verdade no processo, se devem proporcionar os meios indispensáveis, não apenas aos juizes, mas também às partes.

Estas são as mais directamente interessadas na obtenção dêsse *desideratum*.

Elas são as que melhor podem conhecer — e conhecem — quais dêsses meios devem ser empregados em cada caso concreto e são até quem, de alguns deles, exclusivamente podem dispor.

Ora o Cód. não coarctou, duma maneira geral, os meios de prova de que as partes podem lançar mão; se aboliu o juramento, tanto o decisório como o supletório, no que tem o meu

aplauso, foi porque a experiência mostrou que nenhum préstimo tinha tido; mas manteve todos os outros meios de prova regulados no Cód. Civil, e até, como já vimos, proporcionou alguns mais às partes e ao tribunal.

Mas depois, quanto à produção desses meios de prova, que quantidade enorme de limitações, algumas delas importantíssimas, gravíssimas!

Os documentos destinados a demonstrar os fundamentos da acção ou da defesa devem ser juntos com os articulados em que se aleguem os factos respectivos. Mas podem ser juntos depois até ao encerramento da discussão em 1.<sup>a</sup> instância, isto é, até ao fim dos debates, sendo, porém, a parte, que usar desta faculdade, condenada em multa, entre 50 a 1.000\$00, a não ser que prove que os não pôde oferecer com o articulado (art. 550).

Oferecendo-se documentos com o último articulado ou posteriormente, a junção será notificada à parte contrária, salvo se esta estiver presente ou se os documentos forem juntos com alegações que admitam resposta (art. 551).

Daqui resulta que, se uma das partes, nas alegações orais em julgamento, juntar documentos, a parte contrária, se estiver presente, como naturalmente está, representada pelo seu advogado, tem de examinar os documentos nessa ocasião e ali mesmo; e, se forem juntos pelo réu, se o autor já não puder responder-lhe, fica privado de os apreciar, de sôbre eles fazer quaisquer considerações sôbre a sua força probatória e a influência que possam ter para a questão *sub-judice*.

Pelo antigo Cód., sempre que uma das partes juntasse algum documento com qualquer articulado, a que a parte contrária tivesse de responder, esta teria logo vista do processo; se, depois, o réu juntasse documentos com a alegação escrita, o autor teria vista por 5 dias para responder; e se, no acto da discussão oral, ou antes dela, alguma das partes oferecesse documentos, a parte contrária podia pedir vista, que lhe seria concedida por 5 dias (art. 210 e 212).

Estas garantias desapareceram no novo Cód.

Mais: — se uma das partes tiver contraditado o depoimento de uma testemunha e esta não confessar a matéria da contra-

dita, pode a parte, que deduziu esta, juntar documentos para comprovar essa matéria até ao momento em que deva ser proferida decisão sôbre os factos da causa (art. 643 § 1.º), e, portanto, já depois dos debates e quando a parte, que ofereceu a testemunha contraditada, já nada pode dizer sôbre êsses documentos.

Pelo Cód. de 76, assim como pelos Decs. 12.353 e 21.287, a parte podia *a todo o tempo* deduzir a falsidade e quem tivesse reconhecido como verdadeiro o documento só poderia arguir a falsidade superveniente, mas também *a todo o tempo*.

O novo Cód., em tôdas as circunstâncias, só permite deduzir a falsidade dentro de certos prazos.

E não só com a fixação dêstes prazos, bem curtos aliás, que dificulta a averiguação da falsidade e, conseqüentemente, da verdade.

Dispondo que, salvo o caso de manifesta boa fé, a parte que desistir do incidente de falsidade, ou decair nele, ou não promover o seu andamento durante mais de 20 dias, será condenada em multa, que pode ir de 500 a 50 mil escudos e até ao dôbro se conscientemente fizer uso do documento falso, obstará muitas vezes a que a falsidade, mal definida no seu art. 534, que é mera reprodução do art. 2.496 do Cód. Civ., seja arguida, com prejuízo da verdade.

Apontemos agora, quanto à prova testemunhal as mais salientes restrições que o Cód. faz à sua produção.

No processo ordinário não podem os autores oferecer mais de 20 testemunhas e igual limite se aplica aos réus que apresentarem a mesma contestação (art. 635).

Grave limitação e inadmissível desigualdade.

A essa restrição outra se junta : — sôbre cada um dos factos especificados no questionário não podem ser inquiridas mais de 5 testemunhas, não se contando neste n.º as que tenham declarado nada saber (art. 636).

Não é só outra limitação ; é também outra desigualdade.

Se os réus, embora deduzam a mesma matéria de defesa, apresentarem contestações diversas, já cada um poderá fazer inquirir 20 testemunhas ; e, portanto, poderão ser inquiridas, por

parte da defesa, 40, 60, 80 testemunhas ; o autor é que só poderá inquirir 20.

Neste limite, de ordem geral, contam-se as testemunhas que declarem nada saber ; não se contam para o limite especial relativo ao n.º de factos. Porquê?!

Nos incidentes e actos preventivos, estas limitações são agravadas : — não podem ser inquiridas mais de 3 testemunhas a cada facto e o n.º total delas, por cada parte, não pode ser superior a 8 (art. 309 e 386).

No processo sumário ainda mais agravadas são e aparecem-nos outras mais — e gravíssimas, e que respeitam também a outros meios de prova : — não podem ser inquiridas mais de 3 testemunhas a cada facto e o n.º total delas, por cada parte, não pode ser superior a 10 na causa principal e a 5 em cada um dos incidentes e actos preparatórios (art. 789) ; — não podem ser expedidas cartas para arbitramento ou depoimento a realizar fora do continente ou da ilha onde a causa correr, e nas que forem expedidas o prazo não poderá ser superior a 20 dias (art. 788).

No processo sumaríssimo todos os documentos têm de ser logo oferecidos com a petição inicial e contestação ; as testemunhas não podem exceder 6 por cada parte ; — não podem ser expedidas cartas ; — e não são admissíveis o depoimento de parte e o arbitramento a requerimento de qualquer das partes (artt. 797 a 800).

Antes de começar o depoimento da testemunha, e o mesmo é de observar se se tratar do depoimento de parte, o Tribunal fará sentir ao depoente, a importância moral do juramento que vai prestar e o dever que lhe incumbe de ser escrupulosamente fiel à verdade, advertindo-o ao mesmo tempo das sanções a que o expõem as falsas declarações ; em seguida, exigirá que o depoente preste o seguinte juramento : — «Juro perante Deus que hei-de dizer tôda a verdade e só a verdade» ; mas se o depoente declarar que prefere prestar compromisso de honra, a fórmula do juramento será esta : — «Juro pela minha honra e pela minha consciência que hei-de dizer tôda a verdade e só a verdade.» (artt. 576 e 639).

Dou de barato que a exortação do Juiz produza algum resultado na generalidade dos depoentes ; só quero salientar que a

escolha das 2 fórmulas de juramento será um meio para que os espertalhões, que queiram mentir, o possam fazer sem ofenderem a sua religião, se a tiverem, ou a sua honra e consciência, se possuírem estas riquezas...

Um indivíduo que não tenha religião nada declarará e prestará o juramento religioso, podendo mentir à vontade.

Um outro, que seja religioso, mas não tenha nem honra nem consciência — há tantos! — declarará, antes de jurar, e portanto enquanto pode faltar à verdade, que não é religioso e prestará compromisso de honra, podendo depois mentir livremente sem ofender o seu Deus!

O juramento — sob qualquer das formas — *é uma aparência!*

Conservar-se, no entanto, porque sempre poderá ter a sua utilidade, mas adopte-se uma única fórmula.

Não hesito em preferir a 2.<sup>a</sup> — por poder servir para toda a gente; ao passo que a 1.<sup>a</sup> só serve aos que tenham religião e possivelmente também aos que tenham acanhamento ou medo de declarar que são irreligiosos.

Nem todos os que têm consciência e são honrados têm religião e também nem todos que têm religião são honrados e têm consciência; mas há uma diferença: — ao passo que ninguém é obrigado a ter religião, todos devem ter consciência e honra.

Um adepto de qualquer religião pode mentir.

Um homem com honra e consciência não mente.

Se o juramento é uma *aparência*, que pode conduzir à *realidade*, a adopção das 2 fórmulas só dificulta a obtenção desse objectivo.

Numa outra disposição relativa à prova testemunhal se vê um obstáculo à averiguação da verdade e a garra adunca e implacável do fisco.

O Cód. novo não se contentou, como o anterior, em atribuir às testemunhas o direito a uma indemnização arbitrada pelo juiz dentro de certos limites; o juiz deve fixar logo essa indemnização, que é ilimitada e a que acrescem as despesas de deslocação, e a respectiva quantia deve ser logo paga pela parte que ofereceu a testemunha.

Se esta, como será o mais corrente, por motivos de todos bem conhecidos, não quiser receber, reverterá a quantia para o cofre do tribunal — cá está a *garra!*

Só a triste idéia de fazer da justiça uma fonte de receita, pode explicar um tal preceito, que, sobrecarregando bastante as partes, contribuirá fortemente para que se evite tanto quanto possível o oferecimento de testemunhas.

Talvez o Cód. esteja imbuído das idéias, que últimamente se têm acentuado contra a prova testemunhal, partindo-se do princípio de que, em regra, as testemunhas mentem.

Vem a propósito contar aqui um episódio da minha vida forense: — certo dia, depois de eu ter interrogado uma testemunha oferecida num processo que corria por uma comarca das cercanias de Lisboa, o colega que patrocinava a parte contrária, depois de ter infrutiferamente feito umas instâncias à testemunha, increpou-a por ela estar, dizia êle, faltando à verdade; observei-lhe que não podia dirigir-se assim à testemunha, e acusá-la sem quaisquer elementos de prova, de ela estar mentindo; o meu adversário caiu em si e respondeu-me: — desculpe colega, mas eu conheço esta genta da freguesia de tal — mentem todos; — mais uma razão, retorqui-lhe eu, para o colega se não amofinar; se tôdas as testemunhas dessa freguesia mentem, as que o seu cliente ofereceu e que são dessa freguesia mentiram; deixe, pois, agora que as do meu cliente mintam também.

A verdade é que nem tôdas as testemunhas faltam a ela; o pior é que muitas vezes mentem as testemunhas que aparentam dizer a verdade e dizem a verdade as que aparentam mentir.

E pior ainda é que daqui por diante mentem e ainda recebem indemnisação... a não ser que, para mais aparentar que dizem a verdade, recusem recebê-la...

Serão uns beneméritos, porque concorrerão para que se encha o cofre do juizo!

Outra limitação importante e grave, contra que em vão lutámos na Comissão revisora, é a que restringe o interrogatório das testemunhas e a propositura de quesitos aos factos constantes do questionário, em que só devem figurar os que, dentre os articula-

dos, sejam controvertidos, pertinentes à causa e indispensáveis para a resolver (art. 515 § 1.º).

Ora, frequentemente, as partes alegam factos que, se não são indispensáveis para resolver a causa, são necessários para levar o julgador à convicção de que os constantes do questionário se verificaram.

Sem tempo para ilustrar esta afirmação com alguns exemplos, afirmamos que, se esta restrição à produção da prova fôr rigorosamente observada na prática, muito prejudicará a averiguação da verdade.

E não menos a prejudicará o preceito, cuja moralidade aliás é evidente, segundo a qual, verificada a sua má fé na causa, respondem pelas custas, pela multa e pela indemnização os representantes dos incapazes e das pessoas colectivas (art. 467.º).

Se o tempo me permitisse percorrer ainda a parte do Cód. relativa aos processos especiais, veríamos que nela há muitos outros impedimentos à descoberta da verdade.

Não vale a pena prosseguir, porque já tenho, material bastante para fundamentar adiante as minhas conclusões.

Antes de lá chegar — relevem-me V. Ex.ª — ainda tenho muito que dizer.

Em 1.º lugar, não quero deixar de expor uma opinião minha, que não logrou nenhuma atenção por parte da Comissão revisora do Projecto do Cód., certamente por ser contrária à tendência que modernamente se tem manifestado no nosso país, mas que evitaria a maior parte das restrições em matéria de prova, que acabámos de indicar.

Reduzindo os termos, formalidades e prazos ao mínimo compatível com a consecução dos objectivos processuais, eu estabeleceria uma única forma de processo comum. Mais concretamente, eu suprimiria o processo sumário e o sumaríssimo, mas reclamaria ao mesmo tempo que as custas das acções de valores correspondentes àqueles para que são applicadas essas formas de processo fôsem muito menores do que as estabelecidas para o processo ordinário.

A economia de termos e de prazos prejudica o apuramento da verdade.

A modicidade das custas facilita-o, pois facilita mesmo o recurso aos tribunais.

Geralmente não é porque o processo seja um pouco mais complicado e demorado, que os necessitados de justiça deixam de ir a juízo; é porque não têm dinheiro para ocorrer às grandes despesas que isso importa — situação que a assistência judiciária, tal como está regulada entre nós, está longe de remediar.

Demais eu sei que esta minha idéia não será bem acolhida, pelos menos, nas esferas oficiais, mas notarei que tais modalidades do processo comum, tanto declarativo como executivo, não existem na generalidade das legislações estrangeiras e designadamente no novo Cód. de Proc. Civ. brasileiro.

Sendo inegável que não pode deixar de haver restrições, em matéria de prova, ou que sôbre a prova influam, e sendo justa como é, a observação de Ugo Ferrone de que tôdas as limitações são obstáculos que podem impedir o juiz de atingir a verdade, o problema está em manter um justo equilíbrio entre a necessidade de simplificar e abreviar o processo e a de facilitar a prova dos factos, em que se fundamentam o pedido do autor e a defesa do réu.

Ora se uma das idéias-mestras do Cód. foi a *verdade verdadeira*, uma outra foi a — *justiça pronta*.

Ele próprio o proclama no seu art. 266.º

E a justiça pronta, se não é inimiga da verdade verdadeira, é, pelo menos, pouco compatível com ela, por fôrça do ditado — *depressa e bem há pouco quem*.

Embora se não tenha a opinião daquele juiz, personagem de Rabelais, que considerava o tempo como pai da verdade e que, porisso, só julgava as causas quando, depois de muito debatidas, joeiradas e pensadas, estivessem bem maduras e digeridas, não se deve sacrificar sempre a *verdade à rapidez*; tam pouco se deve desprezar sempre esta pela preocupação da *verdade*.

Idênticamente, mas com muito maior razão, se não deve sacrificar sempre a verdade à *aparência*, nem também se não deve desprezar sempre esta, pela preocupação da *verdade*.

E dizemos — com muito maior razão, — porque a *aparência* é muitas vezes *segurança* e é da própria essência do direito dar *segurança* às relações sociais, à vida social.

Esta idéia, aliás tão simples, da *segurança*, é fundamental. Como disse Demogue, «*ce ressort central du droit*» está na base de importantíssimos princípios relativos às fontes do direito, tanto público como privado.

Certamente não tem carácter absoluto, como quereriam os individualistas *enragés*; mas também a verdade se não pode impôr por modo absoluto com desprezo da *aparência*.

O próprio Cód. o reconheceu e freqüentemente agiu em conformidade.

É dando valor à *aparência* que dá ao juiz o poder de, mediante um julgamento provisório, baseado em alegações e provas produzidas sem audiência do requerido, decretar providências graves, violentas, vexatórias, que, se, por vezes, acautelam valiosos interesses, também outras vezes acarretam enormíssimos prejuízos.

É dando valor à *aparência* que faculta a chamada hipoteca judicial e dá força executiva à sentença mesmo antes de transitar em julgado, e a dá, não apenas à sentença, mas também a muitos outros documentos.

E quantas vezes a própria sentença, mesmo tornada *caso julgado*, é apenas *verdade legal* e não a verdade verdadeira!

É dando valor à *aparência*, e até contrariando o carácter público do processo, que o Cód. dispõe que a falta de contestação importa, no ordinário, a confissão dos factos alegados pelo autor, e, no sumário e no sumaríssimo, a confissão do pedido.

No domínio do Cód. de 1876, era exactamente nos processos, em que não havia contestação, que os juizes acompanhavam com maior cuidado a produção da prova oferecida pelo autor, quer para obstar a que vingasse a simulação do processo feita com a idéia de prejudicar terceiros, quer para, prevenindo a hipótese de o réu não ter contestado por qualquer motivo alheio à sua vontade, não deixar que prevalecessem as mentiras que o autor tivesse alegado na petição inicial.

Estas garantias desapareceram com os sistemas da cominação plena e semi-plena, que o Cód. seguiu.

E é pena, porque, se se dão tantos poderes ao juiz para apurar a verdade quando o réu, contestando, tem todo o interesse em que ela se apure e naturalmente para isso usa de todos os meios que a lei lhe faculta, com maior razão se lhe deviam conferir quando o réu não quis ou não pôde contestar.

Estabelecendo tais cominações, o Cód. contenta-se com uma verdade formal, com uma mera *aparência!*

E embora pareça que entramos no domínio do paradoxo, não nos furtamos a afirmar que — os próprios poderes dados ao juiz para o apuramento da verdade, são *aparentes!*

Ressalvando os casos de especial e adequado temperamento do juiz e de interesse especial e mais intenso que tenha por certa causa, êsses poderes serão usados com pouca freqüência.

Além de que, em geral, o juiz não tem vocação para investigador, falta-lhe pessoal adequado e escasseia-lhe o tempo, principalmente nas comarcas mais importantes e designadamente em Lisboa e Pôrto, para tirar informações, praticar ou mandar praticar diligências, para fazer averiguações.

Já aludimos a um interessante estudo de Calamandrei, sôbre o *juiz e o historiador* — cujas tarefas alguns cientistas têm querido identificar, uns referindo-se apenas à *quæstio facti*, ao apuramento da verdade dos factos passados e à sua apreciação, e outros indo mesmo até à *quæstio juris*, à aplicação do direito; — ora, repelindo em absoluto êste exagero de identificação pelo que respeita à *quæstio juris*, nós estabelecemos esta importante distinção — sempre o historiador foi — e deve ser — um investigador e as investigações, a que procede, não são solicitadas por ninguém; são exigidas pela sua própria missão; são para êle um imperativo categórico de ordem intelectual; ao passo que o juiz não tem sido — e não precisa de ser para exercer a sua função de julgar, — um investigador; — as investigações, a que procede, são-lhe impostas ou facultadas pela lei e podem ser-lhe solicitadas pelos interessados.

É certo que um e outro devem ter o mesmo desejo de apurar a verdade e devem ser imparciais.

Mas, ao passo que o historiador tem todo o tempo para fazer essas investigações, o juiz pode dispor de prazos curtos, e o his-

torizador, embora seja um particular, tem uma maior possibilidade e facilidade de usar dos meios investigatórios, que se tornem precisos e alguns dos quais seriam até impróprios da situação social do juiz, da sua autoridade e do seu prestígio.

O juiz não pode ser um investigador; e, por isso, os poderes, que com tal fim lhe são conferidos, serão por êle usados poucas vezes e sem grandes probabilidades de atingir a verdade real.

Pelo Cód. o julgamento das causas cíveis e comerciais na 1.<sup>a</sup> instância continua a ser feito ou pelo juiz singular, ou pelo *Tribunal Colectivo*.

Ora o *Tribunal Colectivo* é uma *aparência*.

Constituído por 3 pessoas distintas, só uma é verdadeira — o Juiz Presidente, o Juiz da comarca, em que a acção corre.

Se não sempre, pode dizer-se que a maior parte das vezes quem julga é êle: — ou porque os 2 adjuntos estão em divergência, ou porque, como juiz da comarca, naturalmente invoca o seu conhecimento do meio, das partes e de certas circunstâncias que podem ter relação com a causa, para fazer prevalecer a sua opinião.

Naturalmente também, os colegas concordam, sem que, por isso, a sua consciência fique abalada, porisso que, se dessas vezes se curvam a razões alheias, outras virão em que os colegas aceitarão as suas — quando nas suas comarcas presidirem ao *Tribunal Colectivo*. É humano.

O sacrifício, que hoje façam da sua opinião, é compensado com a satisfação de amanhã a fazerem prevalecer contra a dos colegas.

Não se pense que exageramos comparando o Trib. Col. ao mistério da Santíssima Trindade.

Já na Itália, um ardente defensor do *juiz único* e adversário do tribunal colegial, o Ministro da Justiça Solmi, entrando na discussão do problema, que tanto nesse país como na França esteve recentemente bastante acesa, disse: — «Ocorre ormai persuadersi che, nel giudizio di prima istanza la valutazione degli elementi di fatto e la penetrazione nel vivo della causa sono possibili soltanto al giudice che ha studiato la causa; mentre *gli altri elementi del collegio restano, nella maggior parte dei casi,*

*inconsapevoli o inerti. Anche oggi, nei giudizi di primo grado, il collegio, se pur funziona, è una pura apparenza».*

E um outro distinto processualista, Ricca-Barberis, êste, defensor do tribunal colectivo, reconhece também que «il collegio è quasi sempre una *mera apparenza*; mas acrescenta: — «diventa infatti una realtà quando il rendere giustizia sia, nel caso, penoso o pericoloso». E, por fim, aduz êste valioso argumento a favor do tribunal colectivo: — «O il collegio agisce, e grande ne è l'utilità; o non fa nulla, ma di danno non ne arreca punto» (1).

Estas considerações proferidas independentemente da organização que possa ter o Trib. Col., maior razão têm no nosso país, em que essa organização é muito má.

O Trib. Col. é, pois, uma *aparência*, que está na base da administração da justiça em Portugal e em que, portanto, assenta o novo Cód.

Não se veja nestas minhas palavras uma opposição ao julgamento da matéria de facto pelo Trib. Col. — há, sim, discordância da forma como êle é constituído entre nós.

Tanto o juiz singular como o Trib. Col. julgam segundo a sua convicção, formada sôbre a livre apreciação das provas, de modo a chegarem à decisão, que lhes parecer justa (arts. 655.º, 791.º e 472.º), e nem pode deixar de ser assim, desde que se segue o sistema da oralidade, não se escrevendo, em regra, os depoimentos.

Como consequência dêsse sistema, geralmente, a apelação só pode versar sôbre matéria de direito e as Relações funcionam normalmente como tribunais de revista — grave inconveniente êste do regime da oralidade.

Todavia, a Relação pode alterar a decisão do Trib. Col.: — 1.º se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base a essa decisão; — 2.º se os elementos fornecidos pelo processo impuserem uma decisão diversa que não possa ser contrariada por quaisquer outras provas; — 3.º se se apresentar documento novo de que a parte não dispusesse nem tivesse conhe-

---

(1) Colhi essas palavras de SOLMI e RICCA-BARBERIS, acima transcritas, no livro de LUIGI FERRARA, *Moderni problemi del Diritto*, págs. 211 e 214.

cimento e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a sentença se fundou (art. 712.º).

Ora, desde que, na audiência de discussão e julgamento, seja inquirida uma só testemunha, já se evita que se verifique aquele 1.º caso, que é exactamente o que com menos raridade se apresenta. Mas essa testemunha, ou 2, 3 ou mais que deponham nessa audiência, podem não ter dito nada sôbre o objecto da acção; e porque os seus depoimentos não foram escritos, é como se tivessem dito muito, valem por si, independentemente do seu conteúdo, que o tribunal superior não conhece.

Uma mera *aparência* vem assim obstar a que a decisão do Trib. Col. possa ser modificada, quando na *realidade* a Relação tem no processo todos os elementos que porventura, podem impor a alteração do que tenha sido decidido pelo Trib. Col.

E o que é senão uma *aparência de verdade e de justiça* a conciliação realizada no processo por iniciativa do juiz?

Segundo, aliás, aqui a moderna corrente doutrinal e legislativa, o nosso Cód. viu na conciliação como que um elixir maravilhoso, bem preferível à decisão do juiz; e é êste que, por suprema ironia, incumbe empregar esforços para que ela se realize!

Mas o que é a conciliação? É dar a cada um o que é seu? É reconhecer o direito a quem o tem? É respeitar a verdade e aplicar a lei? Nada disto.

É um meio-térmo entre a verdade e a mentira; é uma meia-justiça; é um julgamento à Salomão, modernizado, mesmo quando se chegue a uma solução de equidade, como o Cód. (art. 513.º), seguindo alguns autores, e entre êles Carnelutti, recomenda ao juiz.

A conciliação, como a transacção, só se realiza mediante concessões recíprocas; nela, cada um dos litigantes cede um tanto da sua pretensão; nenhum, se ambos estão em boa fé, pode ficar satisfeito com a solução, e como não podem, ambos, em regra, ter o direito ou não ter a obrigação, cuja existência se debate, certo é que a solução nem corresponde à verdade nem à justiça.

Assim será, pode retorquir-se, mas é a paz!

Sim — uma paz *aparente* e injusta como a de Munich...

E agora é a altura de discretearmos sôbre os poderes dados ao juiz na aplicação do direito para que possa fazer verdadeira justiça.

Tendo apurado quais, dos factos alegados por uma e outra parte, são os verdadeiros, cabe ao juiz aplicar-lhes a lei.

Desde os velhos tempos do pretor romano, em que havia acções e não havia direitos, sempre o juiz teve poderes mais ou menos extensos para decidir os conflitos de interesses que perante êle se debatiam.

Mas a evolução foi-se fazendo no sentido de se limitarem êsses poderes até se chegar ao ponto de ser o juiz um escravo da lei. Nunca, porém, essa escravidão foi completa.

Sempre, na interpretação das normas legais e na integração das suas lacunas, o arbítrio do juiz, que, por definição e até às vezes por disposição legal, é prudente, se pôde exercer.

E sempre houve normas, que, directa ou indirectamente, o obrigavam a usar dêsse arbítrio.

Mostra isto que o poder discricionário do juiz é inevitável; jámais pode ser inteiramente dispensado e muito menos em épocas em que as transformações sociais são mais freqüentes e rápidas, ainda que, como há anos vem acontecendo entre nós, o legislador seja duma fecundidade alarmante.

É que nem sempre o legislador tem os elementos bastantes que lhe permitam formular logo soluções precisas; e também acontece que, donde em onde, dorme, como Homero e tôda a gente e, por vezes também, como tôda a gente, se esquece, ou se distrai; e, como alguns, é impotente; e, embora seja prolífero, nem sempre se dá ao trabalho, freqüentemente difícil e melindroso, de procurar essas resoluções.

Todos sabem que não falta quem, partindo da idéia da inevitabilidade do arbítrio do juiz, o queira pôr ao lado da regra de direito para exercer a mesma função, mas atribuindo-lhe o objectivo especial de ir satisfazendo melhor, mais apropriada e justamente, as necessidades que as transformações sociais vão fazendo nascer, impedindo assim a cristalização do direito e antes contribuindo, pela jurisprudência, para a sua mais rápida evolução, independentemente da quási sempre tardia intervenção legislativa.

O insígne Carnelutti salientou o fenómeno e a necessidade

de, na falta de uma norma material, uma norma instrumental conferir ao juiz o poder de *compôr* o conflito de interesses; o processo, neste caso, tem um objectivo diverso e o juiz não se limita a declarar o direito; cria-o.

Chama Carnelutti a êste processo — dispositivo, e também lhe dá o nome de — juízo de equidade, porisso que o juiz aplica a justiça ao caso concreto.

Reconhece ser êste um processo excepcional — a regra é o processo declarativo — mas acha que o propósito de o eliminar, provendo à composição dos conflitos só com normas materiais ou com os princípios que delas resultam, seria absolutamente improficuo e até ingénuo.

«O complexo das normas materiais, diz, é um sistema rígido; o complexo das relações sociais é uma massa em movimento. Faz-se mister inserir no seu sistema elementos elásticos se se não quere que o direito comprima a sociedade ou que a sociedade infrinja o direito. O processo analógico, se é fielmente aplicado, não atenua aquela rigidez e a proibição de o aplicar às normas excepcionais agrava-o. É necessário que, ao menos, nos pontos em que a matéria social é mais rebelde à regra geral, intervenha o juízo de equidade» (1).

Se, quanto a mim, mesmo quando tem de aplicar o seu arbítrio ou, porque a lei expressamente lho indica, a equidade, o juiz não cria, mas apenas declara o direito, se não vejo razão para constituir uma categoria especial com êsse processo dispositivo. reconheço que é verdadeiro o fenómeno assinalado, que é real a necessidade de conferir ao juiz o poder de decidir, segundo o seu prudente arbítrio, ou aplicando a equidade, certos conflitos de interesses, e que é irrealizável o propósito de dispensar êsse processo técnico.

Alguns processualistas, porém, exageram a importância, ou melhor, a frequência do fenómeno e afirmam a tendência para alargar o âmbito da aplicação do arbítrio do juiz.

E daqui naturalmente se passa para ver no maior poder discricionário do juiz a panacea de todos ou quási todos os males de que o processo enferma.

---

(1) *Sistema del diritto processuale civile*, vol. 1.º, pág. 135.

Ora o poder discricionário, quási absoluto no órgão legislativo, é ainda próprio da função e dos órgãos administrativos, embora sujeito a importantes restrições; não o é da função e dos órgãos judiciários; nestes, o poder discricionário só pode ser exercido excepcionalmente e, quanto possível, com limitações.

Surgiu há tempos a doutrina do — *standard juridique* — que, defendendo a concessão de amplos poderes ao juiz, reconhece no entanto, a necessidade de lhe limitar o arbítrio, para o que procura determinar aproximativamente o seu campo de acção — a regra do direito, predominando, por exemplo, nas relações de família, o *standard* predominando nas relações económicas; mas, reconhecendo também a impossibilidade de traçar concretamente essas limitações, porque o não permite a complexidade dos fenómenos sociais, exige uma rigorosa selecção dos juizes, que devem ter, não apenas uma formação dialéctica, mas também uma formação sociológica para lhes dar uma mentalidade apropriada à sua delicada missão; o juiz, terá de aprender, recomenda Stati (1), a prescrutar as realidades sociais e económicas; deve inspirar-se das necessidades do meio social e deve, previamente, classificá-las, coordená-las e hierarquissá-las, para o que necessita dum ensino tirado da experiência dos homens e da categoria especial das relações, que deve julgar; e, quando os seus conhecimentos sociológicos e económicos não sejam suficientes, o mesmo escritor propugna a existência de juizes especializados em determinadas categorias de relações sociais.

A perfeita e completa formação dos juizes é uma garantia da boa aplicação do *standard* — dá-se a auto-limitação do arbítrio judicial; mas como não é suficiente, e como os *standards* devem sempre constituir uma questão de direito, há a garantia do *contrôle* pelo tribunal de revista.

As questões de facto são decididas definitivamente pelo juiz, «mais le *standard* est avant tout une directive large qui guide le juge et qui s'analyse dans une idée de rationalité. Il s'en suit alors que les constatations des faits doivent être suivies de leur qualification légale par le juge, qui en fera dépendre la nature

---

(1) *Le standard juridique*, pág. 168.

de la solution ; or cette qualification légale, de même que les conséquences juridiques qu'elle entraîne, est et doit être susceptible de la censure de la Cour de Cassation» (1).

A regra de direito, essencialmente rígida e duradoura, corresponde à necessidade de *segurança*; o livre arbítrio do juiz, maleável, *souple*, corresponde à necessidade de ir regulando novas relações sociais, quando seja impossível editar logo regras de direito.

São 2 processos técnicos necessários, mas, a meu ver, não se trata apenas de delimitar o raio de acção do arbítrio judicial, nem de lhe procurar limitações, além daquelas que a própria lei faça, como ansiosamente procura, esperando encontrar doutrina geral, que complete a da interpretação e a da integração das lacunas da lei, o distintíssimo advogado Dr. Mário Castro (2), é, antes de tudo, necessário que o próprio legislador, à medida que se vê forçado a deixar ao arbítrio judicial a solução de alguns casos, vá concretizando em regras de direito, actualmente menos duradouras do que eram outrora, as soluções em que, na aplicação dêsse arbítrio, a doutrina e a jurisprudência tiverem assentado, e procure sempre traçar-lhe logo as possíveis limitações, embora recorrendo, quando por outra forma o não possa fazer, a conceitos vagos e imprecisos, que, não o parecendo, à 1.<sup>a</sup> vista, sempre têm certa, e, por vezes, grande influência.

Assim procede, geralmente, o legislador, em maior ou menor escala; e assim procedeu o legislador do nosso Cód. de Proc. Civ.

Para o mostrar, vamos ver quais os poderes por êle concedidos ao juiz na aplicação do direito, dividindo em 3 grupos os respectivos preceitos: — o 1.<sup>o</sup> constituído pelos que permitem ao juiz exercer livremente, sem peias, o seu arbítrio; — o 2.<sup>o</sup> constituído pelos que estabelecem certas limitações, mais ou menos vagas, ou mais ou menos concretas, e, conseqüentemente, mais

(1) STATI, ob. cit., pág. 141.

(2) *Cadernos de cultura jurídica*. — I — *Ensaio de ensaio sobre a ética do arbítrio judicial como função adjuvante da lei na criação do direito*. — II — *Nova contribuição para o estudo da jurisprudência como fonte do direito*.

ou menos eficazes ; — e o 3.º constituído por aqueles em que o legislador acabou ou procurou acabar com o arbítrio do juiz, ou, pelo menos, o atenuou, definindo conceitos, concretizando fórmulas que pela legislação anterior davam margem a um arbítrio pleno.

Devo observar que incluo no 1.º grupo os preceitos em que se procuram pôr restrições por meio de fórmulas ou palavras tão vagas e imprecisas que, a meu ver, são inúteis, como *prudente arbítrio*, *solução justa*, *elementos necessários* e outras.

Uma outra observação ainda : — não vou entrar aqui na discussão sôbre se o juiz pode, em sua sentença, julgar por fundamentos de direito diversos dos invocados pelo autor, ou, por outras palavras, se pode alterar a causa de pedir, pelo que respeita aos fundamentos de direito.

Permite-a, não só o preceito pouco claro do art. 664.º e a explicação que dêle nos dá o ilustre Autor do Projecto (1), mas ainda a orientação geral do Cód., definida nas conhecidas e repetidas expressões — *justiça real* e *justiça verdadeira*.

Mas ela, essa discussão, levar-nos-ia longe, tanto mais que a propósito viria o discutir também se, mesmo contra a letra do próprio art. 664.º, o juiz pode servir-se, não só dos factos articulados pelas partes, dos que sejam notórios e dos que conheça por virtude do exercício das suas funções, mas também de quaisquer outros que considere indispensáveis para a boa decisão da causa.

Não é êste o lugar adequado a tal discussão e para o meu objectivo bastar-me-á salientar que, à face do novo Cód., não faltará quem sustente, embora, a meu ver, sem bons fundamentos, que o juiz pode decidir a causa como bem entenda, sem estar adstrito aos fundamentos tanto de facto como de direito invocados pelas partes (2).

O arbítrio mais completo ! A mais absoluta incerteza e inse-

---

(1) *Cód. de Proc. Civ. Explicado*, pág. 416.

(2) Num dos últimos números da *Rev. de Leg. e Jur.*, t. 72, pág. 401, o ilustre Autor do Projecto sustenta que os quesitos novos, que o Juiz, nos termos da alínea g) do art. 653.º, pode formular, encerrada a discussão da causa, hão-de recair sôbre factos articulados. Escusado é dizer que concordamos com a sua autorizada opinião.

gurança ! A pura ditadura do juiz, que levará à mais destrambelhada anarquia judicial !

Mas, prossigamos.

Pertencem àquele 1.º grupo : — a disposição que obriga o juiz a tentar, na audiência preparatória, a conciliação das partes, tendo em vista obter uma solução de *equidade* (art. 513.º); — a que lhe confere todos os poderes necessários para tornar *breve e útil* a discussão e *justa a decisão* da causa (art. 651.º); e os preceitos que lhe permitem : — não atender ao valor da acção, em que as partes tiverem acordado; se lhe parecer *manifesto* que é diverso, e fixá-lo se entender que o processo lhe fornece para isso os *elementos necessários* (art. 319.º; — optar, na condenação do litigante de má fé em indemnização, pela que julgar *mais adequada* à conduta da parte vencida, e, se não tiver *elementos* para fixar logo na sentença a importância dessa indemnização, *arbitrar, depois de ouvidas as partes e com prudente arbítrio, o que lhe parecer razoável*, podendo reduzir *aos justos limites* as verbas de despesas e de honorários apresentadas pela parte (art. 466.º); — atender, sem necessidade de alegação e prova, aos *factos notórios*, pois que a definição, que dêles dá — os que são do conhecimento geral — de nada serve (art. 518.º; — recusar a junção de documentos impertinentes ou desnecessários (art. 556.º); — indeferir o arbitramento se entender que é *impertinente* ou *dilatatório* (art. 585.º); — ordenar o despejo provisório de prédios rústicos quando tiver *fundadas razões* para crer que a contestação é meramente *dilatatória* (art. 978.º § 1.º); — julgar as contas que o autor tenha apresentado, por o não ter feito o réu no prazo legal, segundo *prudente arbítrio*, podendo, *se assim o entender e quizer*, obter informações, fazer as averiguações convenientes e até incumbir pessoa *idónea* de dar parecer sôbre essas contas (art. 1014.º); — prorogar, segundo *prudente arbítrio*, justificando-se a necessidade da prorrogação, o prazo para a apresentação das contas do tutor e do curador ou administrador do pródigo (art. 1020.º); — julgar procedentes os embargos de 3.º ao arresto ou penhora dos rendimentos dos bens dotais ou próprios da mulher *se entender que ela fica privada dos necessários alimentos* (art. 1042.º); — arbitrar ao falido um subsídio temporário e *módico*, se êle carecer absolutamente de meios de subsistência, e

mandar depois, officiosamente, ou solicitado, cessar êsse subsídio, se entender que para isso há *justo motivo* (art. 116.º e § único); — decidir, apenas com prévia audiência do síndico, as reclamações que forem apresentadas contra actos irregulares ou prejudiciais praticados na liquidação da massa falida (art. 1217.º); — mandar avaliar de novo os bens que já tiverem sido avaliados noutra inventário, se tiver *razões para crer* que o seu valor se alterou (art. 1432.º); — aplicar ao inventário, que tiver unicamente por fim a descrição e avaliação de bens, as disposições *que o puderem e deverem ser*, das relativas ao inventário, que tiver por fim a partilha (art. 437.º); — e, sem estar sujeito, nas providências a tomar, no exercício da chamada jurisdição voluntária, a critérios rigorosos de legalidade estrita, adoptar, em cada caso, a solução que julgar mais conveniente e oportuna (art. 1449.º).

Pertencem ao 2.º grupo: — os preceitos que lhe ordenam ou facultam: — no silêncio da lei ou do contrato, sendo a acção proposta por um só ou contra um só dos vários interessados, julgar ilegítimas as partes, se entender que a própria natureza da relação jurídica controvertida impõe a intervenção de todos os interessados para que a decisão produza o seu efeito útil normal (art. 28.º); — não admitir a coligação de autores contra um ou vários réus, se entender que a causa de pedir não é a mesma e única ou que os pedidos não estão entre si numa relação de dependência (art. 29.º); — admitir a coligação de vários autores ou a conjugação de vários réus, embora a causa de pedir seja diferente, se entender que a procedência dos pedidos principais depende essencialmente da apreciação dos mesmos factos ou da interpretação e aplicação das mesmas regras de direito ou de cláusulas de contratos perfeitamente análogos (art. 30.º); — julgar, no caso de cumulação de pedidos, se estes estão entre si numa relação de dependência, para o efeito da determinação do juízo territorialmente competente para a causa (art. 26.º § único); — só declarar nulos, no caso de êrro na forma do processo, os actos que não puderem ser aproveitados e ordenar que se pratiquem os estritamente necessários para que o processo se aproxime, quanto possível, da forma estabelecida na lei e que não sejam aproveitados os já praticados se daí resultar uma diminuição de garantias do réu (art. 199.º); — só declarar nulo o acto ilegal quando a irregula-

ridade cometida possa influir no exame ou decisão da causa (art. 201.<sup>o</sup>); — não admitir o cessionário, na falta de acôrdo das partes, se entender que a transmissão foi feita para tornar mais difícil, no processo, a posição da parte contrária (art. 271.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup>); — não admitir a alteração da causa de pedir, mesmo com o acôrdo das partes, se vir que ela perturba profundamente a instrução, discussão e julgamento do pleito, e sem êsse acôrdo quando entender que ela não é consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor (art. 277.<sup>o</sup> e 278.<sup>o</sup>); — não admitir ampliação do pedido se julgar que ela não é o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo (art. 278.<sup>o</sup>); — regeitar a reconvenção se entender: — que o pedido do réu não emerge do acto ou facto jurídico que serve de fundamento à acção ou à defesa; — que o réu não se propõe obter a compensação judiciária, nem tornar efectivo o direito a bemfeitorias ou despesas relativas à coisa cuja entrega lhe é pedida; — que o pedido do réu não tende a conseguir, em seu benefício, o mesmo efeito jurídico, que o autor se propõe obter; — e que o pedido do réu não tem por fim ampliar o objecto da acção de modo a apreciar-se a subsistência ou insubsistência do acto ou da relação jurídica fundamental (art. 279.<sup>o</sup>); — ordenar a suspensão da instância quando entender que a decisão da causa está dependente do julgamento de outra já proposta ou que ocorre outro motivo justificado (art. 284.<sup>o</sup>); — admitir como assistente quem tiver interêsse jurídico em que a decisão seja favorável ao autor ou ao réu (art. 340.<sup>o</sup>); — como oponente, quem pretenda fazer valer um interêsse próprio, incompatível com a pretensão do autor (art. 347.<sup>o</sup>); — como parte principal, o terceiro que, em relação ao objecto da causa, tiver um interêsse igual ao do autor ou do réu, nos termos do art. 28.<sup>o</sup>, e aquele que, nos termos dos arts. 29.<sup>o</sup> e 30.<sup>o</sup>, puder coligar-se com aquele ou ser demandado juntamente com êste (art. 356.<sup>o</sup>); — não dar seguimento ao incidente de falsidade se entender que o documento não pode ter influência na decisão da causa (art. 368.<sup>o</sup>); — não condenar em multa a parte que, tendo arguido a falsidade, desistir do incidente, decair nêlo ou não promover o seu andamento durante mais de 20 dias, desde que se convença que houve manifesta boa fé na arguição (art. 370.<sup>o</sup>); — fixar a prestação de alimentos provi-

sórios tendo em atenção o que fôr estritamente necessário para sustento, habitação e vestuário do autor e para despesas da demanda (art. 393.º); — deixar de suspender as deliberações sociais contrárias à lei ou aos estatutos, se entender, no seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que poderá derivar da execução (art. 404.º); — autorizar a continuação da obra embargada se reconhecer que o prejuízo resultante da paralização é muito superior ao que poderá advir da sua continuação (art. 427.º); — deixar de ouvir o possuidor ou detentor dos bens, antes de ordenar a imposição de selos e o arrolamento, se entender que essa audiência não compromete a finalidade das providências requeridas (art. 431.º § 3.º); — ter em conta, na apreciação da idoneidade da caução prestada por meio de hipoteca ou depósito de papéis de crédito, pedras ou metais preciosos, a depreciação que os bens poderão sofrer em consequência da venda forçada, bem como as despesas a que a venda pode dar lugar (art. 436.º § 1.º); — deixar de condenar em partes iguais os vários autores ou vários réus, que tenham ficado vencidos, se houver entre êles diferença sensível quanto ao grau da sua participação na causa, condenando-os, neste caso, segundo a medida da participação (art. 456.º); — isentar o vencido da responsabilidade das custas relativas a actos e incidentes supérfluos (art. 457.º); — indeferir *in limine* a petição inicial quando julgar evidente que a pretensão do autor não pode proceder (art. 481.º n.º 3.º); — conhecer, no despacho saneador, das excepções peremptórias e das questões de direito e de facto, ou só de facto, desde que entenda que o processo lhe fornece todos os elementos indispensáveis ou necessários para uma decisão conscienciosa (art. 514.º n.º 3.º); — deixar de resolver, na sentença, das questões que as partes tiverem submetido à sua apreciação, as que considerar prejudicadas pela solução dada a outras (art. 660.º); — tomar em consideração os factos constitutivos ou extintivos do direito que se produzirem posteriormente à propositura da acção, de modo que a decisão corresponda ao estado das coisas no momento do encerramento da discussão (art. 663.º); — se a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa lhe produzirem a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim

proibido por lei, obstar a êsse objectivo anormal (art. 665.<sup>o</sup>) (1); — anular ou revogar o caso julgado, se, no recurso extraordinário de opposição de 3.<sup>o</sup>, se convencer — se tiver a segurança (diz o illustre Autor do Projecto) — de que as partes se serviram do processo para praticar um acto simulado (art. 778.<sup>o</sup>); — apreciar a diligência e o zêlo do depositário, atendendo à diligência e zêlo que deve ter, ou naturalmente tem, um bom *pai de família* (art. 843.<sup>o</sup>); — arbitrar ao depositário, ouvidos o exequente e o executado, uma retribuição proporcional ao incômodo do depósito, a qual, todavia, não poderá exceder 5 % do rendimento líquido (art. 844.<sup>o</sup>); — e depositar a mulher casada em casa de família *honestas* (art. 1467.<sup>o</sup>).

Além de tudo isto, pode ainda o juiz considerar que certa defesa constitue excepção dilatatória ou peremptória, pois que são exemplificativas as respectivas enumerações (art. 499.<sup>o</sup> e 500.<sup>o</sup>).

Pertencem ao 3.<sup>o</sup> grupo: — o preceito do art. 82.<sup>o</sup>, que define *principal estabelecimento* — definição que não se encontrava nos artigos correspondentes do Cód. de Proc. Com.; — o do art. 88.<sup>o</sup>, que determina a comarca que deve considerar-se como mais próxima de outra — concretizando a indicação dada pela correspondente disposição do Cód. de Proc. Civ. de 1876; — o do art. 273.<sup>o</sup>, que define pedidos subsidiários — a que não se referia o Cód. de 1876, mas que a jurisprudência, de acôrdo com a doutrina, admitia; — o do art. 275.<sup>o</sup>, que determina, mais concretamente do que o fazia a disposição correspondente dêsse Cód.,

(1) Idêntico dispositivo se encontra no novo Cód. de Proc. Civ. brasileiro (art. 115.<sup>o</sup>), que contém ainda um outro mais amplo e mais duro — o do art. 3.<sup>o</sup>, segundo o qual responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espirito de emulação, mero capricho, ou êrro grosseiro, acrescentando o § único que « — o abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo ».

Considera-se assim abuso de direito o *êrro grosseiro*, que, em boa técnica, não o é; e, declarando-se, que também pode haver abuso de direito de defesa por parte do réu, o que é exacto, confunde-se, no entanto, o abuso de direito com *má fé*.

os casos em que podem fazer-se pedidos genéricos; — os dos arts. 310.º a 323.º, que determinam com maior precisão do que antigamente, como deve ser determinado o valor da acção e o de alguns processos preventivos; — o do art. 466.º, que, para o efeito da condenação do litigante de má fé, define o dolo substancial e o instrumental — o que o Cód. anterior não fazia, tendo apenas o Estatuto Judiciário definido o dolo instrumental; — os dos §§ 2.º e 3.º do art. 502.º, que dizem em que consistem a identidade do objecto e a identidade da causa de pedir, acrescentando qual esta é nas acções reais, constitutivas e de anulação — o que se não encontrava no art. 2.503.º do Cód. Civ.; — o § único do art. 539.º, que diz em que consiste o abuso no preenchimento de um documento entregue em branco; — o do art. 1.370.º, que fixa o valor das declarações do cabeça de casal — no que eram omissos tanto o Cód. Civ. como o antigo Cód. de Proc. Civ.; — e o do art. 1.439.º, que determina precisamente os casos em que o cabeça do casal pode ser removido — não dando margem a um certo arbítrio, que tanto pelo Cód. Civ., como pelo velho Cód. de Proc., podia ser exercido.

Deve acrescentar-se que ao conceito vago e incerto de legitimidade das partes, que o Cód. antigo apresentava, substituiu o novo Cód., contrariando, aliás, e que a doutrina e a jurisprudência tinham assentado na determinação do seu conteúdo, um conceito restrito; mas formou-o, em meu entender, por forma incorrecta e que não atingiu a devida precisão.

Bem poderia o Cód. ter ainda evitado ou restringido o arbítrio judicial concretizando conceitos indefinidos, que por êle enxameiam.

Um exemplo: — quando da revisão do Projecto propuz que se desse uma noção de *partes* e se determinasse quem no processo tem a situação de *parte principal e parte acessória*, a-fim-de evitar muitas dúvidas a que a imprecisão dêesses conceitos tem dado lugar; — não tendo sido aprovados os dispositivos que apresentei, mesmo depois de lhes ter feito uma modificação de harmonia com observações produzidas durante a discussão, entendeu-se preferível continuar a deixar ao arbítrio do juiz o saber quem se pode ou deve considerar parte em juízo e a quem cabe a situação de parte principal ou de parte acessória.

Desta enfadonha exposição — de que me penitencio — várias deduções há a fazer.

É a 1.<sup>a</sup> que o novo Cód. confere ao juiz extensíssimos e importantíssimos poderes para, com arbítrio pleno ou limitado, fazer verdadeira e real justiça.

É a 2.<sup>a</sup> que, por vezes, não tantas quantas lhe seria possível, evitou ou limitou o arbítrio do juiz.

É a 3.<sup>a</sup> que encontrou e consignou, por vezes, fórmulas interessantes e felizes para limitar êsse arbítrio.

E, finalmente, que êsses poderes, juntos aos que lhe são dados, *in procedendo* e *in judicando*, para o apuramento da verdadeira e real verdade, colocam o juiz numa altura olímpica, que, aliás, se não compadece com os ensinamentos e ordens que o Cód. lhe dá, nem com os prazos curtos, curtíssimos alguns, em que o obriga a proferir os despachos e sentenças.

Vistas as coisas por outro prisma, tenho a penosa impressão de que, além da quasi-deificação do juiz, que é a autoridade no processo, há no Cód. reflexos daquele desprêso pela personalidade humana, que está na base de muitas doutrinas modernas, de carreira, que *se aparenta* de gloriosa, mas cujo final é cada dia mais incerto.

Estas considerações, que temos feito e as que se vão seguir sôbre o poder discricionário dos juizes, não são destinadas nem a combatê-lo — quem se atreveria a tanto?! —, nem a defendê-lo — o que se torna, na hora actual, desnecessário —; têm apenas por fim apontar os perigos que podem resultar tanto da sua defesa entusiástica e da sua cada vez maior extensão, como dos exagêros e excessos que na sua aplicação podem ser cometidos.

Julgo esta tarefa não só útil, imprescindível mesmo.

E por 2 razões; a 1.<sup>a</sup> é que há quasi sempre tendência para abusar do poder e, portanto, dos poderes; — a 2.<sup>a</sup> é porque essa tendência pode ser impulsionada por ideias expendidas e postas em prática na Alemanha e na Rússia — *les beaux esprits* (e podemos acrescentar — *les bons amis*) *se rencontrent*...

Na Alemanha o princípio inquisitório, levado ao extremo, transformou-se no *Führerprinzip* — o juiz é o Führer do processo e representante soberano da vontade do Führer, que, por

sua vez, é o *Rechtsfinder* — o inspirador e creador do direito; e como à concepção do Estado como pessoa jurídica se substitue o conceito do povo como uma comunidade viva, sendo a função do direito o ordenar a vida dessa comunidade e a função especial do processo a manutenção da ordem na mesma comunidade, o juiz já não é um meio que o Estado põe à disposição das partes como órgão neutral; como membro activo dessa comunidade, deve actuar inspirando-se nos sentimentos dela.

Todo o direito, diz Hueber (1), é direito da comunidade popular e, portanto, todo o direito é público.

«O novo direito, que a ciência política ajuda a criar, deve ser um direito comum, que corresponda à estrutura vital, ao sangue e à visão do mundo do povo alemão. Em tudo e por tudo, deve ser um direito nacional-socialista».

Por outro lado, mas indo de exagêro em exagêro, um considerado professor alemão, Baumbach, em artigo publicado na mais autorizada revista jurídica do seu país (2), propõe abertamente a abolição do processo civil e a sua absorção pela chamada jurisdição voluntária, sem termos nem formalidades preestabelecidos e em todos os poderes do juiz são amplíssimos, ilimitados.

Seria exactamente como já é na Rússia, em que o processo não tem fórmulas nem rito preestabelecido, fica ao puro arbítrio do juiz, arvorado em ditador, estabelecer para cada caso o rito que melhor lhe parecer; e até o m.<sup>o</sup> p.<sup>o</sup> tem o poder de propor acções, substituindo o titular do direito e até contra vontade dêste.

Na Itália, na Espanha, nos Estados Unidos, não se vai tão longe, mas advoga-se vigorosamente o princípio, já adoptado nalgumas legislações e recentíssimamente no Cód. de Proc. Civ.

---

(1) A FRIEDRICH HUEBER, *Grundlegung der Politischen Rechtslehre*, 1939. Pode ver-se um resumo das idéias expostas por êste autor no artigo *La «Teoria politica del diritto e la metodologia giuridica*, de GUIDO CALOGERO, na *Riv. di dir. com.*, I. 1939, pág. 277.

(2) *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, na *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, pág. 583.

Pode ver-se um resumo e apreciação do artigo de BAUMBACH feitos por PIERO CALAMANDREI na *Riv. di dir. proc. civ.*, 1938. I, pág. 336.

do Brasil, da maior actividade do juiz, conferindo-lhe amplos poderes na instrução do processo e na apreciação da prova.

Daqui ao juiz Führer, ao juiz ditador, vai alguma distância, mas que é fácil de transpor, mesmo à margem da lei, principalmente nos países, como o nosso, em que geralmente de 8 se passa logo para 80.

Acrescente-se a esta tendência, que o processualista italiano Enrico Allorio veio impulsionar traçando a história *ideal* do processo no sentido da sua crescente publicisação, uma outra, que desde mais longe se tem vindo a manifestar, de ter também o juiz plena liberdade para interpretar e aplicar a lei — o chamado *diritto libre* — e veja-se o perigo a que estamos sujeitos.

Nos meus primeiros tempos de advogado, um juiz da Relação de Lisboa proferiu uma tenção, cuja cópia possuo, e na qual se baseava em factos que não constavam do processo, mas que lhe tinham sido contados por um primo da sua criada.

Era um juiz ultra-moderno, que teve a presciência dos novos rumos que o processo devia tomar no futuro; violou o princípio de que se não pode ser simultâneamente juiz e testemunha, mas teve a intuição de que tempo viria em que lhe seria feita justiça e em que um processualista dalém Reno, Ratz, havia de considerar êsse princípio como «um cúmulo de vergonha liberalista para o juiz alemão».

Ora a verdade é que, dando-lhe completa liberdade para apreciar a prova, permitindo-lhe utilizar os seus *conhecimentos especiais* e invocar *factos notórios*, o juiz de agora pode, sem o dizer — e nisto está a sua superioridade sôbre o antigo juiz da Relação de Lisboa — fundar a sua decisão sôbre o que lhe tenham dito as criadas e os primos delas, os amigos, os compadres e os companheiros do clube ou da farmácia, onde vai jogar o *bridge* ou o gamão, e colher os factos notórios...

O perigo é tanto maior quanto é certo que algumas questões são julgadas, não pelo que está no processo e pelo que está na lei, mas por considerações ou sentimentos assentes em factos — uns relativos à própria causa e outros às pessoas dos litigantes — que particularmente se fazem constar aos juizes no intuito de os habilitar a fazerem *justiça real, verdadeira justiça*.

Corroboremos a nossa afirmação com um exemplo.

Julgou-se há pouco um processo, em que o que havia a discutir era se o réu, demandado na qualidade de gerente de uma companhia estrangeira, para pagar grossa quantia ao autor, tinha ou não essa qualidade.

Pois bem; a decisão dêsse problema de facto e de direito faziam-na as partes depender, não dos elementos de facto que o processo fornecia e das disposições legais, mas de certas circunstâncias estranhas aos autos e com que, por fora dêstes, procuravam influenciar os juizes: — dizia o réu que, se fôsse condenado, ficaria arruinado, e que o autor era rico; o autor dizia que, se o réu fôsse condenado, quem pagaria a quantia pedida na acção, não seria êle, mas a companhia estrangeira...

Recordemos agora, em contraste, o que preconizava o genial Ihering, requerendo na pessoa do juiz 2 condições — uma de ordem intelectual — o conhecimento profundo da teoria e da prática do direito, e a 2.<sup>a</sup> de ordem moral — uma questão de carácter.

«Por esta palavra, dizia Ihering, devemos entender a firmeza de vontade e a coragem moral necessárias para fazer prevalecer o direito sem desvios por considerações de qualquer ordem, amizade ou ódio, respeito humano ou piedade; é a justiça no sentido subjectivo: *constans ac perpetua voluntas suum cuique tribuendi* (L. 10 pr. de J. et J. I. 1). O verdadeiro juiz não quer saber de considerações de pessoas: as partes que perante êle comparecem, não são para êle indivíduos determinados, são abstracções encarnadas no autor e no réu. Êle apenas avista dêles a forma exterior, desconhecendo o indivíduo que esta oculta. Repelir tudo o que concretamente seja estranho à questão, elevar o caso da hipótese até à questão abstracta prevista na lei, resolvê-lo como se fôra uma operação matemática, em que pouco importa o que os números representam — onças ou arráteis, tostões ou reais —, tal é a verdadeira missão do juiz» (1).

Quão longe estão estas palavras de Ihering da realidade!

Mesmo sem ter preocupações de pessoas, o juiz, freqüentes vezes, procede inversamente ao que a lógica lhe ordena.

---

(1) *A evolução do direito*, versão portuguesa, pág. 266.

Sendo a decisão a conclusão fundada em 2 premissas — a averiguação do facto e a aplicação do direito, o juiz formula para si, em regra precipitadamente, a conclusão, e só depois procura aplicar o direito, mas dominado então pela ideia de, por qualquer forma, a justificar.

Como diz Julien Vorplaetse, num estudo sôbre *La fraude à la loi en droit international privé*: — «Le juge sent la solution, ou plutôt une solution et se tourne alors vers le code pour y chercher des arguments à l'appui de son opinion» (1).

«C'est exactement l'opposé d'une deduction à partir de principes rigides», comenta o mesmo autor.

Uma outra tendência — de decidir as questões de facto e de direito atendendo à moralidade — real ou aparente — do caso, tem-se vindo a acentuar, pelo menos entre nós, depois da publicação de um livro, aliás muito bem feito, de um distinto Professor da Faculdade de Direito de Paris.

Esse livro, que, como já tive ensejo de dizer, veio abrir uma porta aberta, é — já V. Ex.<sup>as</sup> o adivinharam — *La règle morale dans les obligations civiles*, de Ripert.

A *règle morale*, invocada em contraposição à velha máxima — *dura lex, sed lex* — é bandeira que serve para encobrir contrabando jurídico.

Foi contra esta tendência, embora não a assinalasse com esta crueza, que há dias se insurgiu o novel mas já distintíssimo professor e advogado Dr. Paulo Cunha, dizendo: — «Os tribunais estão a enveredar pelo caminho perigoso de resolver as questões de direito ao sabor das impressões colhidas no caso concreto» (2).

Este mote foi logo aproveitado por uma revista jurídica (3) para umas glosas em que essa tendência é também condenada.

Nesta altura, permito-me esclarecer a minha atitude.

Já há poucos dias, nesta mesma sala, fui apontado como um estrénuo defensor da lei.

(1) Pág. 280.

(2) Em *O Direito*, t. 71, pág. 300.

(3) *A Vida Judiciária*, t. 2.<sup>o</sup>, pág. 113.

Sou-o na verdade.

Não sou, porém, partidário da velha escola da exegese, não porque ela seja velha, mas porque não corresponde ao meu pensar e ao meu sentir.

Sempre tenho defendido e continuo defendendo o método histórico-evolutivo na interpretação e aplicação da lei e, sendo um paladino da liberdade individual, sempre tenho combatido e continuo combatendo com ardor o chamado *direito livre* — os que confundindo a lei com a moral e com a justiça, invocam esta ou aquela, ou ambas, para fazerem da lei um farrapo, que se deita fora com tôda a sem-cerimónia.

Não sou juiz, embora acidentalmente já tenha exercido a função de julgar.

Sou advogado e é nesta qualidade que aqui venho expôr as minhas ideias com o desassombro com que os advogados costumam e devem falar.

E, como advogado, considero-me juiz, porque julgo eu próprio, antes de as tratar nos tribunais, as causas cujo patrocínio aceito.

Tenho, pois, pela função de julgar o maior respeito e a maior consideração, e tenho-a também por aquêles que profissionalmente a ela se dedicam.

Pronunciando-me contra os demasiados poderes, que já tem e contra os mais que possam ainda ser-lhe conferidos, eu sinceramente penso defender a magistratura judicial, à qual mais uma vez rendo as minhas homenagens, do perigo em que também se encontra — menor, se não usar dêesses poderes, e maior, se dêles abusar.

No 1.º caso, ficam êles sendo mais uma illusória *aparência*; no 2.º, serão uma *calamidade*.

Não digo isto por má vontade contra os juizes, como não é por amor dêles que os legisladores lhes aumentam desmedidamente os poderes.

Fazem-no uns, como o alemão, por motivos de ordem política; outros, como o nosso, por estarem convencidos, seguindo a corrente processualista moderna, que está aí o remédio salvador da crise da verdade e da justiça, que nos assoberba.

E estamos chegados à meta.

Só há uma verdade e só há uma justiça.

O que há é diferentes meios para descobrir uma e realizar a outra.

Os processos técnicos é que variam, e variam segundo as épocas, os países e as circunstâncias.

Em ocasião de crise, há que tentar novos métodos ou processos, ou retomar os antigos, renovando-os.

Que a verdade está em crise, dizem-no os filósofos — alguns pelo menos (1) — dizem-no todos os que falam em crise moral e crise de carácter e sentem-no os homens do fôro e os legisladores.

Que a justiça está em crise, não falta também quem o diga; — invocando a autoridade do grande processualista Carnelutti, que a afirmou, escreveu o processualista espanhol Mirau que — «Hoje o direito sofre uma crise violenta. Assistimos provavelmente à liquidação de todo um mundo espiritual, social e jurídico. Como, certamente, em nenhuma outra crise histórica, aparece evidentemente a insuficiência das instituições jurídicas, das leis positivas, das ideias tradicionais, perante o curso rápido e por vezes violento da vida e das cousas humanas» (2).

Ora esta crise do direito — é do direito escrito — da lei (3), e do direito não escrito, do direito justo, — da justiça.

E a crise da lei compreende a do contrato, que é lei entre as partes, e a do caso julgado, que o novo Cód. de Proc. Civ. brasileiro, seguindo o Cód. de Proc. Civ. italiano e adoptando a doutrina de Carnelutti diz também ser lei entre as partes.

A crise do contrato, na vida particular, no direito interno, todos a sentimos e assinalou-a, entre outros, André Toulemon (4); na vida internacional, nem é preciso falar — voam continuamente nos ares *chiffons de papier* dos tratados e convenções que alguns Estados outorgantes têm rasgado ostensiva e vaidosamente.

---

(1) JOHAN HJORT, *La crise de la vérité*, trad. fr., Paris, 1939.

(2) *La funzione giurisdizionale e la equità*, nos *Studi di diritto processuale in onore de Giuseppe Chiovenda*.

(3) Vide CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, na *Rev. di dir. proc. civ.*, 1939, I, pág. 22, *signanter*, pág. 46.

(4) *Le mépris des contrats et la crise*, Paris, 1938.

A crise do caso julgado é — coisa estranha! — provocada pelo próprio legislador, ofendendo-o em sucessivos diplomas e tirando-lhe fôrça e prestígio pela facilidade com que permite a sua anulação ou revogação.

No novo Cód. de Proc. Civ., além dos 2 recursos contra êle admitidos — revisão e opposição de 3.<sup>o</sup>, — há nada menos de 8 hipóteses em que o caso julgado pode ser anulado ou revogado.

Em suma — crise da justiça.

Mas há que subir ainda mais alto e reconhecer que a crise é de valores — e designadamente de valores absolutos.

Já no comêço do século passado Tropolong dizia :

«Nous ne sommes pas dans le siècle des idées absolues ; ce sont les termes moyens qui jouissent le plus de faveur et qui donnent la solution du plus grand nombre de questions» (1).

A luta, que vai travada no mundo, é entre os absolutistas e os relativistas.

Aos antigos dogmas têm aquêles substituído outros, que à fôrça querem impôr e fazer prevalecer.

Daqui o êrro, que provocou o mal estar, a opressão, a guerra.

Porque os relativistas também não se deixam vencer facilmente.

Continuamente aparecem, em todos os ramos da actividade social, — na política, na economia, na arte, nas ciências naturais, na filosofia e no direito — doutrinas intermédias, mixtas, ecléticas, que procuram aproveitar o que há de bom, mas por vezes também aproveitam o que há de mau, nas doutrinas absolutas, radicais.

Tais são, entre tantas outras, no campo da filosofia, o *pragmatismo* de William James ; no da filosofia de direito, a do *direito natural de conteúdo variável*, de Stammler, o *relativismo* de Radbruch e a de Del Vecchio com a dupla marca do individualismo e do universalismo ; e no campo do direito processual, exactamente sôbre os poderes do juiz, a do *standard juridique*, de que falámos.

---

(1) *Contrainte par corps*, 1832, pág. 1.

Não há valores absolutos.

O totalitarismo é um mal, porque é um êrro.

Reduzir a nada a personalidade humana para construir o Estado Molloch, ou reduzir o Estado a nada para estabelecer a anarquia são doutrinas que se equivalem — os extremos tocam-se.

A verdade não é absoluta e quem só se contentar com ela e desprezar a aparênciã comete o mesmo êrro do que aquêlê que só se sente bem com a mentira e a dissimulaçãõ.

A justiça não é absoluta ; reconhecem-no os próprios que ao mesmo tempo prêgam a justiça verdadeira e a justiça pronta.

E bem relativa a tornam aquêles que dela se pretendem servir para fazer vingar as suas ideias políticas e sociais e que querem fazer do juiz um fantoche, que, aparentando obedecer sòmente à sua vontade onnipotente, obedece, na realidade, à onnipotente vontade de qualquer Führer.

A crise da verdade e da justiça não se resolve com medidas opressivas e violentas e dando ao juiz poderes ditatoriais.

Um tal sistema só agrava a crise da lei — que, sendo ao mesmo tempo o dictame da autoridade e a guardiã da liberdade, garante a indispensável *segurança* nas relações sociais.

Se se faz mister editar normas repressivas e dar ao juiz mais largos poderes do que dantes tinha, há que manter um equilíbrio, um *meio-termo*, guardar uma certa medida, porque aqui o que é de mais não presta e prejudica.

O nosso novo Cód. de Proc. Civ., cuja iniciativa nunca é de mais louvar, e a cuja elaboração presidiu um verdadeiro espírito científico, não podia deixar de integrar-se nas modernas correntes processuais, e isso fez, mas, a meu ver, há nele excessos, que convém extirpar, antes que a prática os agrave e para que se não vá alentando uma mentalidade que possa levar a maiores extremismos legislativos.

Erguendo a minha voz neste sentido, eu não me considero um retrógrado, e certo é que acompanho outras vozes mais autorizadas e de pessoas mais novas que já têm assinalado os mesmos perigos, que apontei, e têm aconselhado comedimento nas novas leis processuais.

Aludi há pouco à doutrina, que considereï perigosa, de um dos mais modernos e distintos processualistas italianos.

Pois bem, êsse mesmo processualista — Allorio — num recentíssimo artigo — *Giustizia e processo nel momento presente* (1), escreveu estas palavras, que inteiramente perfilho :

«Estabelecida como premissa indiscutível a necessidade do alargamento dos poderes do juiz, resta ver como tal premissa deve ser actuada ; e põe-se uma alternativa : o legislador, cômso da alta importância política da escolha, tem de optar — se o mais amplo poder do juiz é um poder vinculado ou um *poder discricionário* ; mais precisamente, se o alargamento dos poderes do juiz significa que o juiz passe a ser *solutus partibus* ou também *solutus lege*.

«Se êste 2.º termo devesse ter o significado da tendência para a publicisação do processo, tal tendência não poderia deixar de suscitar bem justificadas desconfianças, porque o resultado por ela alcançado seria precisamente o oposto ao que se quereria conseguir. O cúmulo da publicisação coincidiria com o máximo da particularização ; ao individualismo *ex parte litigantium* substituir-se-ia o individualismo *ex parte judicum*, mais temível, porque menos controlado. Em vez do direito processual uniforme em todo o território do Estado, teríamos uma pleiade de *ritus magnæ curiæ*, e provavelmente *parvæ curiæ*, divergentes uns dos outros».

Teríamos, diz ainda Allorio, abolido o processo civil, transformando-o todo em processo de jurisdição voluntária, como já foi proposto na Alemanha ; — perder-se-ia o admirável mecanismo de experiência secular, que temos tido, e teríamos, em troca, um outro, feito à pressa, que não compensaria as vantagens perdidas.

Ao Congresso internacional de direito comparado, que se reuniu em Haia, em 1937, apresentaram os Professores Peritch e Blagoievitch, da Universidade de Belgrado, uns relatórios em que defendiam a limitação dos poderes do juiz tanto em processo civil como mesmo em processo penal ; e, em relação ao processo civil informam que, se a Iugoslávia adoptou, no seu Cód. de 1929, o sistema austro-alemão da livre apreciação da prova,

---

(1) Na *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, I, pág. 220.

em que a testemunhal com poucas excepções é admitida sem limites, até mesmo contra ou além de documentos autênticos, isso se deve a ter êsse Cód. sido publicado em ditadura; em regime de livre discussão, não teria sido adoptado, pelo menos para a Sérvia, porque aí já êle fôra aplicado e a experiência impôs o seu abandono e a sua substituição, em 1865, pelo sistema franco-italiano, que desde então até ao Cód. de 1929 dera resultados satisfatórios (1).

E ainda na Itália já últimamente processualistas ilustres se têm manifestado contra os excessos da chamada publicisação do processo (2).

Vemos assim começarem já a surgir as inevitáveis reacções contra os perigosos exagêros.

É contra estes, quer sejam de ordem legislativa, quer sejam de ordem jurisdicional, quere dizer, praticados pelos próprios juizes no exercício do poder discricionário, que lhes é dado, que eu sinceramente me insurjo.

Esse exercício deve ser prudente, sensato, comedido e sempre condicionado pelo respeito à lei, embora injusta, à qual o próprio Estado, enquanto a não substitua, se deve subordinar, no seu próprio interêsse.

Assim o exige a *segurança jurídica*, ideia de valor, que, sendo condição *sine qua non* da paz social, é um dos três aspectos da ideia do Direito.

Verdade, Lei, Justiça — três conceitos relativos, cuja hierarquia tem de ser pragmáticamente estabelecida.

(1) PÉRITCH J. M. e BLAGOIEVITCH V. O., *Sulla limitazione dei poteri del giudice*, na *Riv. di dir. privato*, 1939, I, pág. 230.

No já citado estudo de CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, lê-se: — «Si noti peraltro che già in qualche ordinamento sembrano delinearsi i primi curiosi sintomi di un ritorno del processo penale verso concezioni privatistiche»: cfr. GRODZINSKY, *Die Privatklage im Sovietrecht* (in *Zeitschrift für Ostrecht*, IV, Novembro 1930, pág. 105 e segs.).

(2) SALVATORE SATTI, *Gli orientamenti publicistici della scienza del processo*, na *Riv. di dir. proc. civ.*, 1937, I, pág. 32, e *Storia e pubblicizzazione del processo*, na *Riv. di dir. com.*, 1939, I, pág. 43; LUIGI FERRARA, *Moderni problemi del diritto*.

É pela imperatividade da Lei que se alcança a Verdade para fazer Justiça.

Vencida a crise da Lei, de que principalmente resulta o mal-estar actual, dar-se-á um grande passo para atenuar a crise da Verdade e da Justiça.

E digo — para atenuar, porque me parece que ela só terminaria se a Lei fôsse tão perfeita e completa que nos conduzisse necessariamente à *verdade verdadeira* e à *justiça real*.

Tornar-se-iam então três valores absolutos — o que é contrário à ideia de progresso, porque se não pode progredir quando se atinge o almejado fim.

*José Maria V. Barbosa de Magalhães*