

ARBITRAMENTO

Relatório apresentado à Comissão Revisora sobre a Secção V
do Capítulo III do Título II do Livro III da Parte I do Projecto
— art.º 513.º e segs. (1)

Pelo Dr. ULISSES CORTEZ

TRATA esta secção da prova por meio de arbitramento e a sua matéria acha-se regulada no Código de Processo Civil vigente, nos arts. 235.º a 260.º, que constituíam a secção III do capítulo das provas.

Tendo examinado atentamente as disposições do projecto, cheguei à conclusão de que a matéria se encontra bem regulamentada, inclusivamente na parte de pormenor, que é perfeita, não carecendo de ser melhorada, pois tudo foi cuidadosamente previsto e devidamente acautelado, salvo num ou noutro caso, que não é de molde a modificar a opinião geral, que já emiti.

A revisão desta secção constitui, pois, tarefa relativamente fácil.

Ao contrário, pois, do que fui forçado a fazer noutros trabalhos, não suscitarei questões de detalhe.

Apenas levantarei questões de princípios, pois sob alguns as-

(1) Estes artigos correspondem aos arts. 581.º e segs., do Código (N. da R.).

pectos me parece que não é a mais defensável a orientação do projecto.

E mesmo essas questões são em reduzido número, como se verificará pelo ulterior desenvolvimento deste relatório.



De harmonia com o critério anteriormente exposto e que mereceu a concordância da Comissão, devem trasladar-se para o futuro Código de Processo todas as disposições reguladoras da prova.

E, sendo assim, indispensável se torna que esta secção abra com uma disposição similar à do art. 2.416 do Código Civil, que diz textualmente :

«A prova por vistoria, ou exame, é aplicável à averiguação de factos que tenham deixado vestígios, ou possam ser sujeitos a inspecção ou exame ocular».

Assim definido o arbitramento, entendo que a restante matéria deverá ser regulada pela seguinte ordem : momento até ao qual a diligência pode ser requerida ; nomeação dos peritos ; pessoas que não podem servir como peritos e que de tal podem escusar-se ; fundamentos de recusa ; juramento aos peritos ; realização da diligência ou melhor da inspecção pericial ; respostas aos quesitos ; valor do arbitramento como meio de prova.

Esta é também a ordem seguida no projecto e, se por vezes as disposições parecem deslocadas do seu lugar próprio, é porque não era fácil dar-lhes outra arrumação.



Nos termos do projecto — art. 513.º — o arbitramento por meio de exame ou vistoria, deverá ser requerido nos oito dias posteriores ao termo do prazo estabelecido no art. 452.º para as partes oferecerem os documentos respeitantes à causa e apresentarem o rol de testemunhas.

Não vejo nenhum inconveniente em que assim seja, se bem que, em homenagem à celeridade processual, me parece poder

ser adoptado o princípio de que nos oito dias posteriores à notificação da organização definitiva do questionário, as partes deverão, não só juntar documentos e oferecer testemunhas, mas também requerer os exames e vistorias, a que deva haver lugar.

Na verdade é o questionário que fixa os pontos de facto a decidir (art. 451.º); por outro lado os quesitos aos peritos só podem versar sobre factos compreendidos no questionário (art. 514.º). Portanto, estabelecida definitivamente a matéria de facto, deveriam logo as partes organizar os seus meios de prova destrinchando no questionário quais os factos a provar por documentos, quais os que deveriam ser objecto de prova testemunhal e quais aqueles sobre que devia incidir exame ou vistoria.

Parece, pois, êsse o momento mais oportuno para se requerer o arbitramento.

A ser aceite esta sugestão, deveria a primeira parte do art. 513.º ser assim redigida :

«O arbitramento por meio de exame ou vistoria e a exibição dos livros de escrituração comercial podem ser requeridos dentro do prazo a que se refere o art. 452.º».

*

Parece-me também que, uma vez requerida a diligência, se deverão seguir officiosamente os ultteriores termos, não devendo ser por isso necessário que a parte requeira a nomeação dos peritos, como o exige o art. 514.º

Proponho que no primeiro período deste artigo se eliminem as palavras *e requererá que se proceda à nomeação destes*.

*

Somos agora chegados à nomeação dos peritos.

O projecto adopta a este respeito doutrina semelhante à consignada no Código de Processo Civil e que, nas suas linhas fundamentais, pode enunciar-se assim: salvo no caso de arbitramento ordenado officiosamente pelo juiz, a nomeação dos peritos compete às partes e o juiz só intervem quando as partes não che-

guem a acôrdo, ou quando havendo pluralidade de autores ou réus todos eles hajam deixado de comparecer ou não cheguem a formar a maioria indispensável para a nomeação do perito.

Este sistema, que aliás é tradicional entre nós, tem sido muito impugnado (*Fabrega y Cortes, Lecciones de Prática Forense*, pág. 83) e devemos reconhecer que em justa razão, pois que os ensinamentos da prática correspondem em absoluto às observações da doutrina.

Desde que a nomeação compete às partes, a escolha destas recai em regra sobre pessoas da sua confiança, que, uma vez investidas na função de peritos, esquecem os deveres de objectividade que o cargo lhes impõe, erigindo-se em advogados da parte que os nomeou, confundindo em vez de esclarecerem os factos que têm de averiguar, e dificultando ao julgador a descoberta da verdade.

A minha experiência forense, que neste aspecto não pode deixar de coincidir com a experiência de todos os que conhecem as realidades dos tribunais, mostra-me que, em regra, se não chega nos arbitramentos a um laudo unânime dos peritos.

Os nomeados pelas partes sustentam quase sempre a opinião diametralmente oposta, ainda mesmo quando o objecto da diligência se limita à simples verificação de factos materiais e o perito de desempate, não sendo obrigado a conformar-se com nenhum dos laudos, realiza também trabalho individual, abstraindo dos outros laudos emitidos.

De maneira que o Tribunal ao ter que decidir, encontra-se perante teses divergentes, tendo por sua vez de apurar o que nos três laudos há de aceitável, num critério puramente subjectivo, falível como todos os critérios desta ordem.

E como, na economia do projecto, as respostas aos quesitos são dadas verbalmente na audiência de discussão e julgamento, o tribunal no caso de divergência pode deixar-se impressionar pelos peritos mais hábeis ou mais imaginosos, com prejuízo dos mais probos e menos verbalistas, o que pode traduzir-se até numa injusta preterição da verdade dos factos.

É evidente, pois, que o sistema é defeituoso.

Mas, como substituí-lo ?

A primeira solução parece porventura ser a de obrigar as par-

tes a nomear os seus peritos dentro do quadro dos arbitradores judiciais.

Dado, porém, o sistema de recrutamento destes e a ausência de garantias de idoneidade e competência que lhes são exigidas, esta solução encontra-se condenada.

Poderia talvez adoptar-se um regimen semelhante ao existente em Itália, onde os peritos são escolhidos dentre um quadro de pessoas, com aptidão especial para o exercício da função.

Este sistema aproxima-se do existente no nosso Código de Falências, relativamente aos administradores da massa falida fora de Lisboa e Porto (art. 66.º), mas não me parece viável entre nós.

Julgo difícil constituir em cada comarca um quadro de peritos que pelo seu número, competência e idoneidade moral, corresponda às necessidades de administração da justiça, tanto mais quanto é certo que a inscrição no quadro deveria ser requerida e a função de perito é pouco desejada, porque impõe incómodos e responsabilidade, sem ter em contrapartida quaisquer vantagens de ordem material.

A única solução julgo ser a de a nomeação pertencer sempre ao juiz, embora com ampla faculdade concedida aos litigantes de oporem as suas recusas.

Julgo este sistema o mais satisfatório.

Por um lado, obvia a todos os inconvenientes que já apontei ao sistema do projecto, por outro lado estou certo que da sua adopção resultará serem os exames e vistorias realizados por pessoas imparciais, sem as deformações de espírito que se verificam nos peritos nomeados pelas partes e sem que, por isso, o vício original da sua nomeação possa levá-los ao desvirtuamento da sua verdadeira missão, com as consequentes dificuldades e embaraços para quem tem de julgar.

Por outro lado — e finalmente — respeitam-se os legítimos direitos das partes, a quem se retira é certo a prerrogativa de indicarem peritos, que aliás devem ser da causa e não seus, mas a quem fica salva, em toda a plenitude, a possibilidade de invalidarem a nomeação, quando contra os nomeados se verifique alguns dos fundamentos de recusa, enunciados no art. 519.º

Outro problema.

O art. 520.º do projecto estabelece que das decisões proferidas sobre escusas e recusas não há recurso.

Em boa doutrina não devem ser submetidas ao mesmo regimen as decisões que atendem as escusas ou julgam procedentes as recusas e as que desatendem as primeiras e julgam improcedentes as últimas.

A razão é simples: da procedência das escusas e recusas não resulta nunca prejuizo, salvo no sistema de nomeação dos peritos pelas partes, o destas serem privadas do perito que escolheram, enquanto que da decisão que julgar improcedente, designadamente uma recusa, pode resultar funcionar como perito na causa uma pessoa hostil, parcial ou destituída de idoneidade moral, o que pode oferecer manifesta gravidade.

Com base nestas razões, a dualidade do regimen de recursos das decisões de que vimos tratando é sustentada por Ricci, Mortara e Lessona.

Essa é também a solução consagrada no Código de Processo Civil Italiano.

De facto, o art. 257.º preceitua que a sentença que atende a recusa não é apelável, ao contrário do que dispõe o art. 258.º no qual se estatui que da sentença que a desatende cabe recurso.

Seguem o sistema italiano as legislações alemã e austríaca.

Outras legislações, como a espanhola, não contêm a êste respeito disposições especiais, de maneira que as decisões sobre escusas e recusas, estão sujeitas às regras gerais dos recursos.

Outras legislações, finalmente, preceituam dum modo expresso que de tais decisões não há recurso, adoptando assim a doutrina do projecto.

Se bem que, as razões aduzidas por Lessona (Tratato delle Prove, vol. X, pág. 705) colham e sejam de ponderar, parece-me que o art. 520.º do Projecto deve manter-se, não só pelas demoras e dificuldades de toda a ordem que adviriam de outra solução, mas ainda porque contra os perigos da intervenção num exame ou vistoria de peritos sem idoneidade, há o recurso do segundo arbitramento e bem assim o controle da inspecção judicial.

*

Outro problema importa agora abordar.

Segundo o projecto — art. 529.º — as respostas aos quesitos são dadas oralmente na audiência de discussão e julgamento.

Compreende-se a razão determinante desta disposição.

As provas, num bom regimen de oralidade, devem ser produzidas, tanto quanto possível, perante o Tribunal que há de julgar a matéria de facto, a fim de permitir a este apreciar todas as circunstâncias que podem influir no valor das provas, esclarecer devidamente quaisquer dúvidas que se lhe suscitem e fazer, portanto, uma exacta e perfeita averiguação da verdade.

A comparência dos peritos na audiência de discussão e julgamento tem, pois, a vantagem de colocar o tribunal, não ante um auto inerte e fastidioso, mas perante uma prova viva, mais fácil de apreender; e, além disso, tem ainda o mérito de permitir ao juiz que forme a sua convicção, mais fundamentadamente, pois assiste à exposição do perito, à forma como a faz, à emissão do seu juízo técnico e das razões em que o baseia, podendo no próprio acto e para melhor elucidação fazer-se aos peritos todas as instâncias necessárias para esclarecer o espírito dos julgadores e para completar as respostas aos quesitos.

São manifestas estas vantagens mas a solução do projecto apresenta também inconvenientes, que se me afiguram graves.

Como as respostas aos quesitos são dadas na audiência de discussão e julgamento, não pode haver segundo arbitramento, pois a admitir-se este, só poderia ele ser realizado posteriormente ao julgamento da matéria de facto.

Esta consequência do sistema ainda poderia aceitar-se sem reparos de monta.

Mas, o projecto comporta uma desigualdade, que pode traduzir-se por vezes numa clamorosa injustiça.

Se a discussão é oral apenas pode haver um arbitramento.

Mas, se o resultado do arbitramento tiver sido reduzido a escrito (arbitramento por carta ou ad perpetuam rei memoriam), o projecto admite 2.º arbitramento, tanto a requerimento das partes, como por iniciativa officiosa do juiz (art. 542.º).

Ora, isto não é justo, não chegando sequer a ser lógico.

A meu ver, as respostas aos quesitos devem ser sempre reduzidas a auto, finda que seja a inspecção dos factos.

Deve também admitir-se sempre 2.º arbitramento, salvo no caso de unanimidade dos laudos ou quando o juiz repute a diligência dilatória.

Do 2.º arbitramento lavrar-se-á também auto.

Os peritos, tanto os que intervieram no 1.º como no 2.º arbitramento, comparecerão sempre na audiência de discussão e julgamento e aí exporão verbalmente as respostas aos quesitos, podendo ser-lhes feitas as instâncias necessárias ao apuramento da verdade.

Proponho, pois, que no projecto sejam feitas as necessárias alterações neste sentido.

*

Com relação pròpriamente ao arbitramento vou pôr um último problema.

Qual o valor probatório do arbitramento ?

Os resultados dêle devem vincular o juiz ?

A doutrina jurídica e o próprio direito positivo divergem na solução a dar a este problema.

O projecto consigna o princípio de que o laudo dos peritos não vincula a autoridade judiciária, que assim poderá pronunciar-se segundo a sua própria convicção.

É esta a doutrina consagrada no art. 544.º do projecto, em que se estabelece que, no caso de segundo arbitramento, este não invalida o primeiro, devendo o juiz apreciar um e outro, segundo as circunstâncias e demais provas que se produzirem.

Idêntico princípio se consigna no art. 539.º, ao preceituar-se que a determinação definitiva do valor pertence ao juiz que atenderá a todos os elementos constantes do processo.

Já no Código Civil, art. 2.419.º, se estabelecia também que a prova resultante da vistoria ou do exame será avaliada pelo julgador, conforme as circunstâncias e demais provas da causa.

Das disposições citadas resulta a conclusão de que o juiz pode pronunciar-se contra o laudo dos peritos ainda que este seja unânime, e que por maioria de razão pode preferir a opinião da

minoria dos peritos, e isto, tanto no caso de as partes os terem nomeado, como no caso de a nomeação ter sido feita pelo juiz.

Além disso, não pode também sofrer dúvida que o juiz pode aceitar em parte e repelir na restante o parecer dos peritos.

Embora esta doutrina, a uma análise superficial, pareça ser de fácil aplicação, ela não é contudo isenta de dificuldades.

No projecto não se faz qualquer distinção e, por isso, parece que os princípios expostos sobre a livre apreciação do valor probatório do arbitramento abrangem, tanto a verificação de factos materiais como as conclusões que deles extraem os peritos.

Não existe a este respeito unanimidade, nem na doutrina jurídica, nem nas legislações positivas, tornando-se, por isso, necessário, ventilar esta questão a fim de a esclarecer.

Em França distingue-se entre o parecer — *avis* — dos peritos, o qual não vincula o juiz, e a verificação material dos factos (*faits qu'ils enoncent dans son rapport*) que só podem ser impugnados sob a arguição de falsidade, doutrina esta lógica porque parte do postulado de que os peritos são oficiais devidamente ajuramentados e investidos em tal qualidade pela autoridade judiciária.

A mesma doutrina é sustentada por Lessona, em face da legislação italiana (liv. cit., pág. 595), sendo porem a sua opinião impugnada por outros juristas, como Cuzzi e Mattiolo.

É esta última, de resto, a opinião prevalectente em Itália.

A questão não me parece de pôr entre nós.

Nenhuma disposição de lei atribui aos peritos a qualidade de oficiais públicos. O juramento por eles prestado é idêntico ao exigido às testemunhas. Por outro lado, as constatações de facto feitas pelos peritos podem estar em opposição a outros elementos de prova constantes do processo e não parece conveniente restringir os poderes do juiz no tocante à livre apreciação da prova, pois do prudente e esclarecido exercício deles pode resultar um mais perfeito apuramento da verdade, e em consequência, uma mais justa decisão da causa.

De resto, a letra dos arts. 539.º e 544.º é tão expressa, que não legitima dúvidas, e isto tanto no que se refere a exames e vistas, como à própria avaliação.

Parece-me, pois, poder, em face do projecto, assentar-se a

doutrina de que o juiz não é obrigado a seguir o laudo dos peritos, podendo discordar deles, incluindo as próprias averiguações de facto, as quais ficam sujeitas ao mesmo regimen de livre apreciação judicial.

No projecto regula-se também a inspecção judicial, diligência essa introduzida na nossa legislação pelo decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932, que instituiu a oralidade na discussão e julgamento dos feitos cíveis e comerciais, qualquer que fosse o seu valor e a forma de processo aplicável.

O projecto não só mantém a inspecção judicial, mas regula-a de uma forma mais pormenorizada.

Um único reparo formularei a este respeito.

O art. 547.º do projecto permite ao juiz fazer-se acompanhar de pessoa que tenha competência técnica para o elucidar sobre o exame e interpretação dos factos que se propõe observar.

Não combato a inovação, que me parece ser sob todos os pontos de vista vantajosa.

Entendo, porém, que ao técnico deverá poder ser oposto qualquer dos factos por que podem ser recusados os peritos, estabelecendo-se embora um processo rápido para o incidente da recusa.

De contrário, poderá intervir como técnico uma pessoa que não ofereça nenhuma garantia de imparcialidade e que dolosamente induza o julgador em erro, mormente no que respeita à interpretação dos factos, e a parte prejudicada não terá meio de o evitar.

Esta situação ou a sua possibilidade deve ser encarada, estabelecendo-se para ela a devida solução — a que proponho ou outra que pareça mais adequada.

*

Algumas considerações desejava ainda fazer à-cêrca da remuneração dos peritos, mas dispenso-me de as produzir, reservando-as para quando se discutir a Tabela.

Ulisses Cortez