

## JOSÉ ALBERTO DOS REIS: OS PRIMEIROS ANOS DE REACÇÃO CONTRA O PROCESSO CIVIL DE INSPIRAÇÃO INDIVIDUALISTA E LIBERAL (\*)

Por Dr. Luís Correia de Mendonça

Apesar de ter sido durante 45 anos um dos “mais preclaros ornamentos” (Beleza da Santos) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, durante 12 anos Presidente da Assembleia Nacional e vogal vitalício do Conselho de Estado desde 1933, de ter contribuído, como nenhum outro autor, para a formação do nosso direito processual civil, de a sua extensa obra <sup>(1)</sup> continuar a ser de consulta quase obrigatória na prática forense, a verdade é que a figura de José Alberto dos Reis (1.11.1875-2.9.1955) não foi ainda objecto de um estudo adequado. <sup>(2)</sup>

---

(\*) Agradeço ao Sr. Prof. Dr. Miguel Teixeira de Sousa a atenção que dispensou ao presente trabalho, não sendo, naturalmente, da sua responsabilidade as conclusões a que se chega neste artigo.

<sup>(1)</sup> A bibliografia de Alberto dos Reis encontra-se organizada por Mário dos Reis Faria no Suplemento ao Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XV (1961), — CXXXIII.

<sup>(2)</sup> Beleza dos Santos, seu aluno, colega e amigo, debruça-se por duas vezes sobre a personalidade de Alberto dos Reis, evidenciando a faceta de ensinante (“Discurso”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXI (1945): 587-591; “Aspectos da personalidade do Doutor José Alberto dos Reis”, *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XV, (1961) — VI-XI). Adelino de Palma Carlos dedica-lhe duas páginas de homenagem (“José Alberto dos Reis”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XI (1957): 8), não sendo mais significativa a do Sr. Desembargador Campos Carvalho em discurso proferido no dia

Não é meu propósito integrar esta lacuna da historiografia jurídica nacional.

Pretendo apenas reconstituir o itinerário intelectual do Prof. Alberto dos Reis num período que abrange os seus anos de formação numa escola onde prevalecia o método exegético e se estudava o processo segundo um modelo duelístico e que se estende até ao final da monarquia parlamentar.

Alberto dos Reis, nos seus primeiros anos de magistério, alia uma visão publicista do processo ao *naturalismo jurídico*, corrente de pensamento em que se integrava.

Os esquemas conceptuais, que começa a construir nesse período e que transmitiu a distintos alunos como Oliveira Salazar e Manuel Rodrigues, antecipavam já, em não poucos pontos, o ideário do Estado Novo.

Quando este, pela mão precisamente de Manuel Rodrigues, o chamou a reformar o processo civil, mais não fez do que pedir-lhe

---

1.11.1955 ("José Alberto dos Reis", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXII (1956): 410).

Barbosa de Magalhães ("Discurso de homenagem ao Prof. José Alberto dos Reis", 231-236), António César Abranches ("Discurso de homenagem ao Prof. José Alberto dos Reis", 237-240), Campos Carvalho ("Discurso de homenagem ao Prof. José Alberto dos Reis", 241-242) e António Batoque ("O magistério de José Alberto dos Reis", 243-252), associaram-se na revista *Jornal do Fôro*, ano 19.º, 1955, em preito ao Mestre falecido.

A. Varela evocou "a frágil mas veneranda figura do professor que fez do ensino um sacerdócio" na cerimónia, que teve lugar em 17-12-1961, a propósito da inauguração do Palácio da Justiça de Celorico da Beira e consistiu no descerramento de um busto na Praça fronteira ao novo tribunal ("Homenagem à memória do Doutor José Alberto dos Reis", *BFDUC*, XXXVII, 1961, 205-213).

Com maior utilidade pode conferir-se o discurso feito por Manuel Andrade, seu sucessor na titularidade da cadeira de processo (A. Varela, "Manuel Andrade e o Ensino do Processo Civil", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *BFDUC*, vol. XXXV, 1959, 41-60), por ocasião da sua jubilação como professor, em que é traçado um panorama da actividade do homenageado como processualista, "na tripla veste de ensinante, de escritor ou tratadista e de legislador" (*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *BFDUC*, vol. XXI (1945): 592-601), ulteriormente retomado no prefácio ao 2.º volume (póstumo) dos *Processos Especiais*, de modo a abranger os últimos 10 anos de produção do mestre. Guilherme Braga da Cruz dedica àquele que, depois de Chaves e Castro, foi "o redactor da *Revista* que mais tempo de colaboração efectiva lhe prestou", expressivas páginas no seu estudo *A Revista de Legislação e de Jurisprudência, Esboço da sua História*, 2 vol., Coimbra, 1975 e 1979, maxime, vol. I, 474-488.

que preparasse a realização prática das ideias que defendera nas aulas, agora no quadro de uma ordem autoritária e corporativa que não lhe desagradava e que, de certa forma, como ensinante e escritor, contribuía para fundar.

## I) — OS ANOS DE FORMAÇÃO (1892-1898)

Quando Alberto dos Reis se matriculou na Faculdade de Direito, em 1892, estava em vigor o plano de estudos de 1865, que perdurou até 1902.

Este plano compreendia 15 cadeiras divididas por cinco anos lectivos<sup>(3)</sup>. Havia duas cadeiras de processo, a 12.<sup>a</sup> cadeira, do 4.<sup>o</sup> ano, que versava sobre “Organização Judicial, teoria das acções, processo civil ordinário, compreendendo a execução das sentenças”, e a 15.<sup>a</sup> cadeira, do 5.<sup>o</sup> ano, sobre “Processos civis especiais, sumários, sumaríssimos e executivos: Processo comercial e criminal e prática judicial e extrajudicial”<sup>(4)</sup>.

Durante todo o curso de Alberto dos Reis, o *método exegético*<sup>(5)</sup> foi o dominante na explanação do direito (positivo).

A publicação do Código Civil de 1867, jóia, embora tardia, da codificação, trouxera consigo a predilecção por este método, que se traduzia numa submissão quase absoluta ao “império da lei”. Tal preferência implicava a adopção do texto dos Códigos como manual.

Chaves e Castro dá bem conta desta orientação ao escrever num parecer de 1884: “Estuda-se o direito civil pelo Código Civil; a organização e competência dos tribunais e o processo propriamente dito, pela Nov. Ref. Jud. e pelo Código de Processo Civil; o direito e o processo comercial pelo Código do Comércio; o processo criminal pela Nov. Ref. Jud.; o direito público interno pela

<sup>(3)</sup> Paulo Merêa, “Esboço de uma história da Faculdade de Direito”, *BFDUC*, vol. XXIX (1953): 23 ss.

<sup>(4)</sup> Por influência do plano de estudos anterior, era uso chamar-se à cadeira do 4.<sup>o</sup> ano Teoria (do processo)” e “Prática (do processo)” à do 5.<sup>o</sup>.

<sup>(5)</sup> Sobre a escola da exegese, António M. Hespanha, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Lisboa, Europa América, 1997, 176-180; para uma visão de conjunto do ensino nesse período, Paulo Merêa, *BFDUC*, vol. XXIX, 61 ss.

Carta constitucional, pelo Acto Adicional e pelas leis complementares; o direito administrativo pelo Código Administrativo, leis, decretos e portarias que o esclarecem e completam; o direito financeiro pelas próprias leis da fazenda; o direito penal pelo respectivo Código” (6).

Em verdade, nas cadeiras cuja matéria se achava codificada, como a referida 12.<sup>a</sup>, era o próprio código que o professor directamente comentava.

Alberto dos Reis foi aluno de Manuel de Oliveira Chaves e Castro em teoria do processo. No balanço da produção científica deste seu mestre, feito por ocasião da sua morte, deixou registados os seguintes traços: “uma notável clareza a par de uma sóbria concisão, um equilíbrio admirável conjugado com um tino e um senso jurídico verdadeiramente privilegiados. Junte-se a isto uma palavra castiça, servida por uma rica e sólida educação humanista, uma disciplina mental irrepreensível, uma capacidade didáctica invejável e teremos as qualidades que fazem do Dr. Chaves, se não um professor cintilante, que deslumbrasse pelo brilho, decerto um mestre útil, seguro e consciencioso, cuja lição doutrinava e enriquecia o espírito. Em pedagogia, como no mundo mineral, o esplendor está na razão inversa da utilidade” (7).

Chaves e Castro ingressara no corpo docente da Faculdade em 1871, mas só em 1881 lhe foi atribuída a regência da 12.<sup>a</sup> cadeira que exerceu até 1897, data da sua aposentação (8).

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1876 obrigara a um trabalho de harmonização do título oficial da cadeira com o novo regime processual ( arts. 1.º a 405.º). Chaves e Castro elaborou, em 1885, para este efeito, um programa, fixando-lhe o seguinte objecto: “organização e competência dos tribunais portu-

---

(6) Citado por Paulo Merêa, BFDUC, XXIX, 61, nota 5.

(7) José Alberto dos Reis, “Dr. Manuel de Oliveira Chaves e Castro”, BFDUC, ano V (1918-1920): 150. Alberto dos Reis destaca, de entre as obras do professor falecido, o livro *Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portugueses*, que considera monumental, põe ênfase na sua actividade de advogado (“o mais alto representante da escola dos advogados que fazem do ofício um culto e da profissão um sacerdócio”) e regista que Chaves e Castro fundou “quase sozinho “a Revista de Legislação e de Jurisprudência, na verdade fundada, em 1868, com Luís Jardim e Lucas Falcão.

(8) Paulo Merêa, “Esboço ...”, BFDUC, XXXI (1955): 80.

gueses; teoria das acções; princípios gerais do processo; processo civil ordinário na primeira instância; incidentes e preparatórios das causas” (9).

Na organização judiciária, Chaves e Castro seguia as ideias e os processos da escola francesa (Bordeaux, Garsonnet, Boncenne, etc.). “Era ainda o espírito dogmático e especulativo predominando sobre a observação histórica e sobre o estudo do dynamismo social” (10).

Por sua vez, o estudo do Processo Civil era feito através do comentário, artigo por artigo, do código de 1876, por meio de deduções silogísticas características do *mos docendi* tradicional, começando nos 12 artigos da Carta de Lei de 8 de Novembro, passando pelas disposições transitórias que se encontravam no fim do código, “por serem como que o elo entre o processo civil antigo e moderno, e representarem como que a transição de um para outro” e prosseguindo depois na análise, uma por uma, das disposições do Código até ao artigo 362.º (11).

Recorre-se às “razões de ordem” no encadeamento dos assuntos e substitui-se mesmo em alguns pontos o sistema do código por outro mais adequado à explanação das matérias. Ilustra-se a exposição com hipóteses e complementa-se a prelecção com exercícios práticos.

Nas lições de processo, o Dr. Chaves e Castro apoia-se sobretudo no *Comentário ao Código de Processo Civil* de Alves de Sá, nos trabalhos do anterior regente da cadeira Bernardo de Serpa e também no *Manual de Processo Civil* de Correia Teles, no *Pro-*

(9) O Código de Processo Civil de 1876, aprovado pela Carta de Lei de 8 de Novembro, cujo art. 4.º revogou as Ordenações Filipinas e a Novíssima Reforma Judiciária (leis gerais), está dividido em 4 livros (I — Do Processo em Geral; II — Do Processo nos Tribunais de Primeira Instância; III — Do Processo nas Relações; IV — Do Processo no Supremo Tribunal de Justiça), estes em títulos, estes em capítulos, os capítulos em secções, algumas destas em sub-secções e ainda algumas destas em divisões, abrangendo 1.178 artigos.

(10) Marnoco e Sousa e Alberto dos Reis, *A Faculdade de Direito e o seu Ensino*, Coimbra, F. França Amado, 1907: 78.

(11) No ensino do direito de então vigorava o regime do compêndio ou, mais frequentemente, o regime da *sebenta litografada*. A Pereira e Celestino, um dos alunos “sebenteiros” devemos o registo das lições do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano jurídico de 1889-1890, que aqui sigo de perto.

*cesso Civil* de Nazareth, para além dos trabalhos preparatórios do código e de algumas monografias ou artigos de autores de menor relevo.

Repete-se a célebre definição de Celso (*Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeat, iudicio persequendi*, D. 44.7.51), retoma-se a questão de Hottman sobre a oportunidade de completar o *quod sibi debeat* com a menção dos direitos reais e toma-se partido pelo entendimento da acção como direito que sanciona outro direito.

As obras estrangeiras citadas são quase exclusivamente as francesas, nomeadamente as dos comentadores do Código do Processo Civil de 1806 (Bonnier, Garsonnet, Jacotot) <sup>(12)</sup>.

Sem se subestimar a influência que possa ter tido em Alberto dos Reis o grupo daqueles mestres já então sensíveis ao culto da filosofia positiva e da sociologia — a “onda positivista” (Moncada) deixará, como veremos, profundas marcas na sua obra —, é inegável que na sua formação universitária em *processo* prevaleceu a tendência maioritária daqueles outros que “continuavam representando o antigo estado das coisas” <sup>(13)</sup>, ainda que de forma temperada, como era o caso do Dr. Chaves e Castro.

Para compreender o itinerário intelectual de Alberto dos Reis, tanto ou mais importante do que a cultura jurídica em que se formou, é a *estrutura do processo* que constituía o quadro de referência na época.

Ora, Alberto dos Reis aprendeu, e durante anos ensinará aos seus alunos, *um processo de estilo hierárquico virado para a resolução dos conflitos*.

Por influência da lei francesa de 20 de Abril de 1810, implantara-se em muitos países da Europa Continental — e também assim aconteceu em Portugal — um modelo de organização judicial caracterizado por um corpo profissional de funcionários, ordenado

---

<sup>(12)</sup> É também citado o espanhol Gómez de la Serna, comentador das Leis de 5 de Outubro de 1855 e de 3 de Fevereiro de 1881 (*comentários de la Ley de Ejuiciamiento Civil de 1855*). Não é feita qualquer referência à doutrina alemã ou italiana. Será necessário aguardar por Afonso Costa, que regeu a 12.ª cadeira de 1897-98 até 1902-1903, para se verem adoptadas as ideias da escola italiana, sobretudo as de Mortara.

<sup>(13)</sup> Paulo Merêa, “Esboço...”: op. cit. 66.

de forma rigidamente hierárquica e tomando decisões segundo critérios técnicos.

A este modelo correspondia um processo de estilo também hierárquico<sup>(14)</sup>. A acção atravessava quatro fases principais : os articulados, a instrução, a discussão e o julgamento; as decisões dos juízes eram susceptíveis de ser reformadas através de várias espécies de recursos (embargos, apelação, agravo, cartas testemunháveis e revista). Os autos escritos, integrando os vários níveis de decisão, constituíam o centro nevrálgico de todo o processo e o meio para o juiz chegar à sentença (*vehiculum iudicis ad sententiam*). A prova por documentos era considerada a melhor. O processo tramitava-se através de peças e audiências separadas, mediante as quais a matéria era recolhida gradualmente e de modo fragmentado<sup>(15)</sup>. Os magistrados e os funcionários detinham o monopólio da função judiciária. O processo estava ordenado por uma rede internamente coerente de regras rígidas e detalhadas. As decisões, por fim, eram proferidas sem margem para a discricionariedade, segundo um legalismo lógico.

Este estilo não era empregue para fazer actuar escolhas políticas ou para introduzir no processo interesses e valores alheios aos das partes.

O Estado liberal oitocentista não tinha qualquer particular inclinação para organizar a vida dos cidadãos e guiar a sociedade. O que é próprio dele é sustentar a dinâmica social, manter o equilíbrio e fornecer uma moldura para a auto-organização da socie-

---

(14) Por contraposição ao estilo *paritário*, tal como o caracteriza Mirjan R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere, Analisi comparistica del processo*, Il mulino, Bologna, 1991: 97-132.

(15) O processo contencioso começava pela petição inicial; elaborada esta apresentava-se em audiência para ser distribuída; distribuída a acção, o réu era citado para vir acusar a sua citação; à citação do réu seguia-se a acusação da citação, a realizar na 2.ª audiência depois da citação e destinada a certificar solenemente que a acção estava instaurada; na audiência de acusação da citação, marcava-se ao réu prazo de três audiências para contestar, sob pena de a acção correr à revelia; à contestação seguia-se a réplica e tréplica, oferecidas com intervalo de duas audiências; terminados os articulados seguia-se a instrução do processo (prova por documentos, por testemunhas, juramento ou confissão, por arbitramento); vinha depois a discussão da causa por alegações, geralmente escritas, pois não era em regra requerida a intervenção do júri; discutida a causa, tinha então lugar o julgamento pela emissão da sentença.

dade e a auto-determinação dos indivíduos. Podemos a seu respeito falar, com Damáska, num *Estado reactivo* <sup>(16)</sup>, cujo único dever, na sua versão minimalista, consiste “em fornecer uma estrutura de suporte no âmbito da qual os cidadãos perseguem os objectivos que escolheram” e a que cabe, afinal, fazer uma só coisa — resolver conflitos.

A este tipo de Estado corresponde um processo organizado em volta da imagem — chave do conflito, um *processo como resolução de conflitos* <sup>(17)</sup>.

No coração do processo contencioso está sempre um litígio, uma questão a resolver, e é forçoso haver três pessoas: um autor que pede; um réu contra quem se pede; um juiz que decide (*actus trium personarum*). <sup>(18)</sup>

O fim deste processo é a realização de pretensões privatísticas, chamando o juiz perante quem o processo é intentado a dirimir quaisquer contendas e discórdias entre duas partes litigantes, em face das provas que uma e outra aduzir para fundamentar o seu direito. <sup>(19)</sup>

Como o Estado reactivo não diz aos cidadãos, que são os únicos árbitros dos seus interesses, o que devem fazer e aprovar no plano substantivo, antes lhes indica uma via para procurarem acordos e se vincularem e como se podem comportar em caso de conflito, o juiz só deve intervir quando uma força estranha o impelir. Esta força é a *acção*.

A uma concepção jusprivatista da finalidade do processo, Chaves e Castro alia uma ideia de acção teleologicamente dependente do direito subjectivo: “A todo e qualquer direito está como que inherente um outro direito que lhe serve de garantia; e esse direito é o de recorrer aos tribunais de justiça para ser assegurado, reintegrado na fruição desse direito, ou indemnizado dos prejuízos resultantes da lesão. Não basta que a lei reconheça e especifique

---

<sup>(16)</sup> Em contraposição, o *Estado activo* “assume ou persegue uma teoria global das condições de vida óptimas e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente omnicomprensivos do melhoramento moral e material dos cidadãos”: Damáska, op. cit.: 133-172.

<sup>(17)</sup> Damáska, op. cit.: 173-248.

<sup>(18)</sup> Licções do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano Jurídico de 1889-1890, vol. 2: 722.

<sup>(19)</sup> Licções do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano Jurídico de 1889-1890, vol. 2: 725.

todos os direitos civis; é preciso que se mantenha e assegure o seu exercício”. (20)

E acrescenta: “a acção direito é uma mera faculdade que existe como pura abstracção, e, quando toma um carácter prático chama-se demanda — causa e também acção. Deixa de ser direito para ser *meio*.” (21)

Segundo o Visconde de Seabra, que se inspirara em Blondeau, Chaves e Castro distingue o direito de garantia (direito sancionador) dos direitos (geradores) que garante “está ao lado delles como servindo de sentinella para afastar qualquer turbação, ameaça ou lesão do direito, ou melhor para dar actividade ao direito perante os tribunais de justiça”. (22)

A óptica jusprivatista do processo civil prevalecente nesta concepção da acção era depois desenvolvida na teoria do processo cujos traços caracterizadores se podem captar, mesmo na ausência de qualquer inclinação para as construções de “sistema”.

No processo de 1876, concebido como uma disputa entre dois adversários perante um terceiro judicante (sistema *adversarial*), o respeito pela forma que regulamenta e disciplina a discussão assumia particular relevo (a forma prevalecia sobre o fundo), pois o juiz estava vinculado à legitimação processual das decisões, que eram menos descrições do verdadeiro estado das coisas do que “um tratado de paz que põe termo aos combates”. As regras da contenda deveriam ser não só efectivas, mas também formalmente equitativas (igualdade de armas). A parte era dona da lide (*dominus litis*) estando legitimada a comportar-se como preferir (23), não cabendo ao magistrado intervir para corrigir uma gestão deficiente dos interesses dos particulares, porquanto tal podia conduzir a um “paternalismo opressivo”. O processo estava exclusivamente sujeito ao impulso das partes (*ne procedat iudex ex officio*), tanto o inicial como o sucessivo, podendo estas pôr-lhe termo através de

(20) Licções do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano Jurídico de 1889-1890, vol. 2: 729.

(21) Licções do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano Jurídico de 1889-1890, vol. 2: 731.

(22) Licções do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano Jurídico de 1889-1890, vol. 2: 730.

(23) «Quanto à forma de pedir ou de defender-se não precisam as partes de nenhum outro regulador, senão o seu próprio interesse. Se não pedem bem ou não se defendem lá têm o castigo no resultado da demanda»: *Motivos do Projecto do Código de Processo Civil*, apresentado ao Ministro e Secretario d’Estado dos Negócios Ecclesiásticos e de Justiça, pelo bacharel Alexandre de Seabra, Lisboa, Imprensa Nacional, 1869:4.

confissão, desistência do pedido e de transacção, pois, na ausência de conflito, a causa perde a sua razão de ser. Às partes cabia definir o objecto da controvérsia a resolver, incumbindo àquela que alegava os factos a obrigação de os provar, salvo tendo a seu favor alguma presunção de direito, o que vedava a atendibilidade de factos não alegados, mesmo os notórios (*secundum allegata et probata iudex judicare debet*). O direito alegado presumia-se, sendo necessário prová-lo, por excepção, quando fundado em costume ou em estatuto ou postura municipal do país ou em qualquer lei estrangeira cuja existência fosse contestada. O juiz não podia condenar além ou em coisa diversa do que se pedisse (*ne eat iudex extra petita*) — art. 281.º O procedimento probatório era dominado pelas partes, não podendo o juiz promover *ex officio* a produção de outras provas que as partes não tivessem submetido à sua apreciação, presidindo à assunção e produção de provas um estilo competitivo que se traduzia, entre outras manifestações, em não haver sanções específicas contra a parte que se recusasse, a requerimento da outra, a juntar documentos que dissessem respeito à causa e que confessasse existirem em seu poder (art. 211.º), em o depoimento de parte ser tirado pelo juiz e nenhuma pergunta lhe poder fazer a parte contrária (art. 266.º), em os peritos serem nomeados pelas partes (art. 236.º) e em serem os advogados das partes a interrogarem as testemunhas que tivessem produzido ou dado no rol (arts. 273.º e 274.º). Os ónus e preclusões processuais funcionavam como meio técnico de estimular a actividade das partes.

Compreende-se que um Estado reactivo, cuja função primordial era fornecer um foro neutro para a resolução das controvérsias, evitasse atribuir a um seu órgão responsabilidades, para além das burocráticas, no ritmo e impulso do processo; que este órgão — o juiz — se abstinhasse de uma procura activa dos factos e se limitasse a fazer de árbitro na competição entre as partes, resolvendo os incidentes interlocutórios que surgissem entre elas, verificando a observância das regras fundamentais de conduta processual e proferindo a decisão final sobre o mérito da causa. <sup>(24)</sup>

---

<sup>(24)</sup> Só em casos excepcionais o Código de 76 permitia que o juiz tomasse providências e resoluções officiosas (v.g. art. 3.º § 2, 131 § único, 235. § 1.º, 281, etc.).

E como esse Estado não tinha qualquer intenção que estas decisões fossem um espelho da realidade, antes se preocupava sobretudo que fossem o culminar de uma discussão processualmente correcta, entende-se que a ênfase posta na imagem de um juiz desinteressado e essencialmente passivo apareça como consequência da preferência por um órgão judicante que mais do que *justo* deveria ser *imparcial*.

Neste quadro, a intervenção dos advogados era indispensável. E deles se esperava que fossem não *amici curiae*, mas defensores, activos e zelosos, dos interesses dos seus clientes, nos termos por estes definidos, no confronto com o adversário, sem se deixarem diminuir com as regras estatuidas tendo em vista coarctar as suas “demasias”.

O Dr. Chaves e Castro, ao comentar o art. 98.º que cominava penas aos advogados que em juízo nos seus discursos ou escritos ofendessem ou injuriassem alguém, depois de dar conta que os tribunais superiores estavam sempre propensos a julgar estas questões a favor dos advogados, recomendava: “não devem os advogados levar os seus escrúpulos ao ponto de omitirem nas suas petições, allegações e discursos forenses as expressões necessárias para a dedução lógica das ideias, ainda que faça referências offensivas à parte, quando sejam justificadas. Assim numa acção de reivindicação de uma propriedade não pode deixar de se chamar espoliador, etc., aquelle que a possui indevidamente e de má fé”. (25)

Alberto dos Reis deixará os bancos de Faculdade decana com uma bagagem teórica onde só cabia, por conseguinte, a concepção individualista, liberal e duelística do processo que lhe transmitira o Prof. Chaves e Castro.

Completado o 5.º ano, em 1897, teve lugar o acto de formatura e Alberto dos Reis recebeu, sem mais formalidade, a carta de curso.

O Decreto de 15 de Junho de 1870 extinguiu o 6.º ano, chamado de “repetição”, determinando que os bacharéis formados que tivessem obtido a qualificação de bom ou de muito bom pudessem

---

(25) Licções do Dr. Chaves e Castro ao 4.º ano Jurídico de 1889-1890, vol. 2: 995.

requerer a admissão às provas públicas para os graus de licenciado e doutor (actos grandes).

Alberto dos Reis fará o seu acto de licenciatura em 1898, tendo-lhe sido dado para dissertação o argumento *Impedimentos e Suspeições no Processo Civil, Comercial e Criminal português*. (26)

## II) — OS PRIMEIROS PASSOS NA REACÇÃO CONTRA O PROCESSO CIVIL DE OITOCENTOS (1899-1909)

Em 16 e 17 de Março de 1899, Alberto dos Reis apresentou, perante um júri presidido pelo director da Faculdade de Direito, José Joaquim Fernandes Vaz, a sua “Dissertação inaugural para o acto de Conclusões Magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, intitulada *Dos Títulos ao Portador* (27) e defendeu teses (28).

Nesta obra, dividida em 3 capítulos (génese e evolução do título ao portador; teoria económica e jurídica do título ao portador; a vida jurídica do título ao portador), a importância atribuída à história e ao direito comparado, o acolhimento dado às concepções económicas, a influência de autores italianos e alemães, mos-

---

(26) O acto de licenciatura constava de seis argumentos: “o primeiro era sobre uma dissertação manuscrita cujo objecto era designado pela Faculdade com a antecipação de 30 dias; os restantes cinco argumentos versavam sobre outros tantos pontos, tirados à sorte dentre vinte e cinco pontos divididos em cinco grupos distintos e extraídos das matérias mais importantes do curso geral”: Paulo Merêa, “Esboço...” BFDUC, XXIX: 48”

(27) Coimbra, França Amado, 1899.

(28) O acto de conclusões magnas constava de uma dissertação inaugural (de livre eleição do candidato) e de defesa de teses. As teses, a partir de 1868, eram redigidas em latim e português. Sobre “Organização dos tribunais, do processo judicial e do contencioso administrativo”, Alberto dos Reis defendeu as seguintes 5 teses: 1.ª: A magistratura do ministério público deve integrar-se no poder judiciário; 2.ª: As atribuições que, em matéria de tutela competem ao conselho de família, devem ser transferidas para as magistraturas judiciais; 3.ª: Deve introduzir-se na legislação portuguesa um processo semelhante ao processo francez de liquidação judiciária; 4.ª: A impugnação de créditos pelo administrador da massa falida tem o mesmo valor jurídico que a impugnação deduzida pelos credores; 5.ª: A auditoria administrativa, instituída pelo decreto de 2 de Março de 1895, representa uma anomalia e um retrocesso na legislação portuguesa.

tram que Alberto dos Reis se situava já para além do método exe-  
gético.

Mais tarde, dirá que a sua dissertação se inspirou “na moderna  
orientação científica de estudar systematicamente o direito  
comercial segundo os novos critérios económicos; ao lado da teo-  
ria jurídica e dos respectivos institutos, colloca-se sempre a theo-  
ria económica, que vivifica e inspira aquela” (29).

Obtido o grau de doutor e ainda em 1899, Alberto dos Reis  
concorrerá ao lugar de lente substituto, apresentando a dissertação  
*Das Sucessões no Direito Internacional Privado* (30), tendo sido  
nomeado em Dezembro desse ano.

Era prática corrente que os lentes substitutos fossem encarre-  
gados da regência de várias cadeiras, “sem pesar considerações de  
especialização ou de predilecção intelectual”.

Alberto dos Reis irá leccionar sucessivamente a 7.ª cadeira,  
*Princípios Gerais e Legislação Portuguesa sobre Administração  
Pública, sua Organização e Contencioso Administrativo*, de Janeiro  
de 1900 até ao fim do ano lectivo; a 8.ª cadeira, *Sciencia e Legisla-  
ção Financeira* no ano lectivo 1900-01; a 10.ª cadeira, *Direito  
Ecclesiastico Comum e Privativo da Igreja Portuguesa* no ano lec-  
tivo de 1901-02; a 2.ª cadeira da nova reforma, *História Geral do  
Direito Romano Peninsular e Portugez*, no ano lectivo de 1902-03.  
Só no ano de 1904-05 será promovido a lente catedrático, fixando-  
se, a partir de 1910, ao cabo de “uma situação universitária assaz  
instável e ingrata”, nas cadeiras de processo (31).

(29) Marnoco e Sousa e Alberto dos Reis, *A Faculdade...*, op. cit: 76.

(30) Coimbra, 1899.

(31) Já depois de promovido a professor catedrático Alberto dos Reis leccionará ao  
2.º ano jurídico *Sciencia Política e Direito Constitucional* encontrando-se publicadas as  
lições feitas aos anos lectivos de 1906-1907, 1907-1908 e 1908-1909. “Nestas lições, além  
das theorias fundamentais da sciencia política, estuda-se largamente a organização do  
poder legislativo, fazendo-se copiosas referências aos melhores tratadistas e a critérios  
positivos da nossa legislação sobre semelhante assumpto. Há até em tais lições uma certa  
predilecção pelas theorias radicais defendendo-se o jurisdiccionalismo sobre as relações  
entre a Igreja e o Estado, combatendo-se a existência de um poder moderador autónomo,  
a propósito da divisão de poderes, e sustentando-se o systema unicameral como o mais  
scientifico de organizar o poder legislativo, apesar de ser verdade, como observa Rossi,  
que nos tempos modernos se tem recorrido em geral ao systema duma só câmara, quando  
se tem procurado levar a cabo uma revolução” Marnoco e Sousa e Alberto dos Reis,  
*A Faculdade...* op. cit: 30:31.

Tinha sido publicado, entretanto, o Decreto n.º 4 de 24 de Dezembro de 1901 (DG n.º 294 de 28-12), que reformou os estudos de Direito. <sup>(32)</sup>

O preâmbulo deste diploma é um tributo ao *naturalismo jurídico* <sup>(33)</sup>. Começa-se por referir que “o ensino do direito não se pode limitar hoje à simples interpretação dos textos, mas encontra o seu complemento lógico e natural em todos os estudos que se referem às relações do homem na sociedade, tanto na época actual como no passado”; “enquanto o ensino do direito se limitar à exegese dos textos, sem investigar a origem histórica da lei, o seu valor filosófico, político, social e económico, e a sua razão de ser sob estes diferentes pontos de vista, como aconteceu durante muito tempo, é verdadeiramente impossível qualificá-lo de científico, visto a ciência ser sempre um conjunto de princípios apresentados debaixo de uma coordenação methodica e systematica, permitindo determinar o seu valor respectivo e deduzir as suas consequências lógicas”.

A reforma parte do entendimento de que o direito é um processo orgânico e natural, concepção que fundamenta nas doutrinas positivistas de Augusto Comte, nas teorias transformistas de Darwin e no evolucionismo crítico de Herbert Spencer, pelo que os fenómenos jurídicos, possuindo embora uma independência relativa, “não podem deixar de reflectir as particularidades sociológicas do meio em que evoluem, e de adaptar-se às tradições, aos usos e às condições especiais de cada país”.

Por força dessa reforma, a Faculdade de Direito passou a estar comprometida na tarefa de promover “o estudo e o progresso das sciências sociaes e juridicas”, para além de preparar para as funções públicas e profissões que de tais ciências fossem dependentes (art. 98.º), e com um programa que aliava a teoria à prác-

---

<sup>(32)</sup> Sobre a reforma dos estudos jurídicos, introduzida por este decreto preparado por Abel Andrade, lente substituto da Faculdade de Direito, Mário Júlio de Almeida Costa, “O ensino do Direito em Portugal no Séc. XX ( notas sobre reformas de 1901 e 1911)”, BFDUC, Vol. XXXIX, 1964, 31-63.

<sup>(33)</sup> Sobre o naturalismo jurídico, António M. Hespanha, *Panorama Histórico...* op. cit.: 196-213; Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980: 650-660.

tica, pois “o ensino das faculdades de direito não pode deixar de ser theorico e prático ao mesmo tempo, porquanto só a prática pode esclarecer, dar corpo e vida aos principios scientificos; e só a theoria pode tornar consciente, racional e verdadeiramente proficua a prática”.

Não surpreende, pois, que, de entre as 19 cadeiras, divididas por cinco anos, que passaram a constituir o curso geral da Faculdade de Direito, ao lado da 15.<sup>a</sup> cadeira (Organização Judiciária. Teoria das Acções. Processo Ordinário e Comercial. Prática Judicial) e da 16.<sup>a</sup> cadeira (Processos Especiais, civis e comerciais. Processo Criminal. Prática Judicial), que formavam curso bienal, se tivesse criado uma 17.<sup>a</sup> cadeira de prática extrajudicial.

A Alberto dos Reis caberá a titularidade da 16.<sup>a</sup> cadeira em 1910, passando a reger por acumulação também a 15.<sup>a</sup> cadeira, vaga pelo afastamento de Afonso Costa, situação que se prolongou por largos anos <sup>(34)</sup>.

Da sua cátedra, Alberto dos Reis irá reagir, desde cedo, contra a concepção individualista e liberal subjacente ao processo de 1876 e que foi, como vimos, a da sua formação.

Os tempos há muito que não eram os da exaltação do individuo e da sua liberdade feitas pelo jusnaturalismo do séc. XVII e pelo juracionalismo do séc. XVIII, nem se vinculava a criação da finalidade do direito à vontade livre dos homens <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Alberto dos Reis sucede a Manuel Dias da Silva, falecido em 5 de Setembro de 1910, de cujo ensino nunca se afastará profundamente.

<sup>(35)</sup> Criador da finalidade do direito humano poderia ser Deus, um “insondável sentido global da existência” ou até “o grande arquitecto do Universo”. Alberto dos Reis adere em 1899, ano do seu doutoramento, à Maçonaria, em cujo ideário se faziam sentir fortemente os princípios do positivismo. Foi iniciado, nesse ano, no triângulo de Tavarède e um dos fundadores, em 1900, da loja Fernandes Tomás, n.º 212, da Figueira da Foz. Pedeu o atestado de quite a esta loja em 1913 e, sob a sua Presidência, foi aprovada pela Assembleia Nacional a Lei n.º 1901, de 21.5.1935 que suspendeu as chamadas “sociedades secretas”: A. H. Oliveira Marques, *Dicionário da Maçonaria Portuguesa* II, Lisboa, Ed. Delta, 1986, entrada 1218. Alberto dos Reis adoptou o nome simbólico de Descartes, dando razão, também nesta faceta da sua vida, a Manuel de Andrade quando afirma que o conceito de *racionalidade* é “um traço vincado e dominante não só da estrutura intelectual de José Alberto dos Reis, como também ( seja dito por incidente ) da sua individualidade”: Alberto dos Reis, *Processos Especiais*, Vol. II, Coimbra Editora, 1956, Prefácio XII.

A *mainstream* da época era o positivismo, tornado uma verdadeira “religião laica”, crítica do individualismo, do voluntarismo e do contratualismo.

Alberto dos Reis adere, também ele, à escola positivista, perfilhando uma doutrina orgânica do poder político, legalista e estadualista.

A um Estado liberal e reactivo contrapõe um *Estado-organismo* intervencionista. A ênfase que imprimirá à função reguladora do Estado, expressão política de um todo orgânico que prevalece sobre as partes, conduzirá, no seu caso, a uma teoria juspublicista e autoritária do processo civil.

O caso português confirma, como veremos, a demonstração feita por Pekelis<sup>(36)</sup> de que existe uma estreita conexão entre a solução que se dá ao problema da acção e aquela que se dá ao problema do Estado. Mas ilustra também a ambivalência do naturalismo jurídico que, podendo desenvolver-se num sentido liberal, se orientou, no exemplo de Alberto dos Reis, numa direcção rasgadamente conservadora.

São duas as obras de Alberto dos Reis que mais relevam neste período: *Organização Judicial*, com duas edições de 1905 e 1909<sup>(37)</sup>, e *Processo Ordinário Civil e Comercial*, também com duas edições, em 1906 e 1907<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Alessandro Pekelis, “Azione (Teoria Moderna)”, *Novissimo Digesto Italiano*, diretto de António Azara e Ernesto Eule, II, Torino, Editrice Torinese, 1958: 29-46; sobre a historicidade do conceito de acção, também Ricardo Orestano, “Azione in Generale”, *Enciclopedia del Diritto*, IV — Dot. A. Giuffrè, 1959: 785-822 e Piero Calamandrei, “La relatività del concetto di azione”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XVI, Parte I, 1939: 22-46

<sup>(37)</sup> Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1904 e 1905, Coimbra, Imprensa Académica, 1905, e Lições feitas ao 4.º ano jurídico de 1908 e 1909, Coimbra, Imprensa Académica, 1909. Ambas as lições estão divididas em 4 capítulos (Capítulo I — A Função Judiciária; Capítulo II — Génese e evolução dos órgãos judiciários; Capítulo III — Organização e Funcionamento dos Tribunais; Capítulo IV — Organização das magistraturas e dos officios de justiça).

<sup>(38)</sup> Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1905-1906, Coimbra, 1906 e Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1906-1907, Coimbra, 1907. Para além de Noções Preliminares, as lições dividem-se em Teoria da Acção, Teoria da Competência e Teoria do Processo. As lições de 1907 contêm ainda um Apêndice sobre o processo sumário para as acções de pequeno valor.

Através da primeira captam-se as ideias do autor no que respeita à Lei e ao Estado. Da segunda flui uma teoria da acção e do processo em complemento daquelas.

Não podemos deixar de as relacionar a ambas com o já citado estudo, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*.

Ainda que com o propósito de responder às críticas que então se dirigiam à Faculdade de Direito de ministrar um ensino arcaico, bafiento, dogmático, reaccionário até — donde o radicalismo que é posto em alguns momentos no culto aí prestado ao “espírito do tempo” —, tal trabalho constitui como que um pano de fundo metodológico daquelas duas obras. <sup>(39)</sup>

Nele se defende a necessidade de “integrar os fenómenos jurídicos no conjunto das relações sociais” com o abandono dos “métodos da lógica pura, tendentes a determinar a vontade do legislador, de que a lei se considerava a simples expressão” — “agora trata-se de acomodar as normas jurídicas às necessidades ocorrentes, de isolar os textos da pretendida vontade que os dictou, para as considerar como produtos independentes que evoluem sob a acção do condicionalismo social, animadas dum espírito progressivo e ponderador, que a equidade e a utilidade lhe imprimem” — uma doutrina intervencionista sobre a acção do Estado, a meio termo entre o individualismo e o socialismo, de modo que “o Estado, sem exercer uma ingerência absorvente, promova o desenvolvimento económico, intelectual e moral da sociedade” e, consequentemente, a superação do “individualismo desenfreado e abstracto que serviu de base às codificações modernas” de quem se diz serem “compromissos entre os privilégios da aristocracia e os privilégios do terceiro estado, não tutelando eficazmente os verdadeiros interesses da sociedade, e precisando assim de ser completamente transformadas, a fim de não continuarem a constituir simplesmente o palladio dos fortes e dos ricos”. <sup>(40)</sup>

---

<sup>(39)</sup> Críticas que surgiram no ambiente criado pela greve académica de 1907 desencadeada na Universidade de Coimbra em 28/02 desse ano e que durou até Agosto. A origem imediata dos protestos foi a reprovação, por unanimidade, do bacharel José Eugénio Ferreira no acto de “Conclusões Magnas “para a obtenção do grau de Doutor, mas as suas causas tinham raízes mais profundas, analisadas por Alberto Xavier, *Historia da Greve Académica de 1907*, Coimbra, 1962.

<sup>(40)</sup> Marnoco e Sousa e Alberto dos Reis, *A Faculdade de Direito e o seu Ensino*, op. cit. 67 e 105.

Não creio, por outro lado, ser possível compreender a produção intelectual de Alberto dos Reis como se tivesse sido um homem só de duas dimensões, como pretendem Beleza dos Santos e Manuel Andrade.

Alberto dos Reis foi não só um professor e um técnico, mas também um cidadão com o seu empenhamento moral e político.

Quando profere as referidas Lições a monarquia constitucional estava no seu crepúsculo. Os partidos tradicionais — o Partido Regenerador e o Partido Progressista — debatiam-se com incómodas dissidências e João Franco fundara, em 1903, o Partido Regenerador Liberal <sup>(41)</sup>.

João Franco era um leitor dos positivistas. A sua máxima preferida era a de que “a lei tem de se adaptar aos factos históricos”. Convictamente católico, era também monárquico, mas apenas porque pensava que a República era inviável. Afastado, em 1901, do Partido Regenerador, sobe ao poder, em 1906, no culminar de uma campanha que oferecia uma política de autoridade, que se propunha afastar os vícios dos “partidos rotativos”. Estes só lhe suscitavam desprezo; não eram partidos, mas “clientelas de dois homens”; o Parlamento não era um instrumento do Governo, destinado a cuidar dos interesses públicos, mas uma “assembleia partidária, em que cada um se preocupa apenas de prejudicar politicamente o seu adversário”. O franquismo queria significar a entrada de “ideias novas” numa administração até aí corroída pela “feroz política partidária”. Como todos os conservadores da época, Franco pretendia fazer a Revolução do poder para prevenir a da rua. Logo que teve condições, dissolveu o Parlamento para governar com quem sempre quis, com a Nação.

A ditadura franquista terminou com o assassinato do rei D. Carlos, em Lisboa, em 1 de Fevereiro de 1908. Franco entrara na história como o “ditador de 1895”. Dela saiu como o “ditador de 1907”.

---

<sup>(41)</sup> Para todo o período de 1890-1926, Rui Ramos, *História de Portugal*, direcção de José Mattoso, sexto volume, A Segunda Fundação (1890-1926), Lisboa, Círculo Leitores, 1994; sobre João Franco, maxime, 133, 135, 217, 219 e 267-297 e José Miguel Sardica, *A dupla face do franquismo na crise da monarquia portuguesa*, Lisboa, Cosmos, 1994.

Ora, Alberto dos Reis, que não tinha paixão, nem temperamento político — “eu que não tenho paixão nem temperamento político, eu que não sou pessoa de entusiasmos fáceis nem de impulsos descomedidos” — lançou-se “de alma e coração” na *aventura franquista*.<sup>(42)</sup> E porquê? “Porque João Franco pregava uma política nova — uma política de verdade nos processos e de pureza nos intuitos, uma política rasgadamente nacional. Por isto, e porque tinha todas as qualidades necessárias para realizar essa política: coragem, energia, inteligência e probidade”<sup>(43)</sup>.

Para o lente de Coimbra, João Franco foi mesmo um precursor de Salazar — “Estou do lado de Salazar pela mesma razão fundamental que estive do lado de João Franco — porque um e outro investiram contra a desgraçada política de partido e procuraram edificar uma política nova e fecunda de reabilitação nacional; porque um me dava, e outro me dá igualmente, garantia perfeita de capacidade, isenção e patriotismo para levar a cabo essa bela e gloriosa empresa”<sup>(44)</sup>.

O aluno tinha, porém, opinião diferente da do professor. Em 1928, Salazar avaliava o franquismo como uma bem “tímida coisa”.

Não se veja em Alberto dos Reis, nem mesmo quando se opõe ao poder moderador, o que ele verdadeiramente nunca foi, ou seja, um intelectual orgânico do franquismo.

Na *Organização Judicial*, Alberto dos Reis defende até, à luz da Carta Constitucional, a ilegitimidade da *ditadura comum*, no

---

<sup>(42)</sup> A Faculdade de Direito tinha sido “um baluarte do partido progressista, que só abriu brecha na última década do Séc.XIX, com a entrada de alguns prestigiosos lentes da nova geração, que se ligaram ao partido regenerador ou professavam já ideias republicanas.” António José Teixeira de Abreu, José Maria Joaquim Tavares, José Alberto dos Reis, Alvaro da Costa Machado Vilela e Abel Pereira de Andrade eram adeptos, de uma forma mais ou menos empenhada, do partido regenerador. Guilherme Alves Moreira e Afonso Augusto da Costa apoiavam os republicanos, embora só o segundo fosse militante. Aqueles três primeiros professores aderiram ao partido regenerador liberal Guilherme Braga da Cruz, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência*, op. cit., vol. I — 155, nota 382.

<sup>(43)</sup> José Alberto dos Reis. *Política de Partido. Política Nacional*, edições SPN, Lisboa, 1935: 9.

<sup>(44)</sup> José Alberto dos Reis, *Política de Partido...*, op. cit.: 14.

continente e ilhas adjacentes, enfileirando, aparentemente, com as teses dos progressistas. <sup>(45)</sup>

Nesta obra, o autor propugna a teoria do *Estado — Organismo*, em que os três poderes se relacionam pelos princípios da *autonomia e cooperação* ou *solidariedade*.

Para ele, o Estado é um organismo “ em que todas as partes são conexas, todas as funções se acham coordenadas a ponto de se fundirem numa grande unidade”, razão pela qual rejeita a teoria mecânica de separação dos poderes de Montesquieu, preferindo o conceito de *diferenciação orgânica*: “os poderes do Estado devem ser distintos, mas manter entre si relações estritas, de forma a coordenarem-se numa síntese orgânica e harmónica”. <sup>(46)</sup>

Um “conceito virtuoso de organismo” leva-o a afastar as teorias que acrescentam o *poder moderador* aos clássicos três poderes: “Nos organismos vivos nada há que se compare ao que pretende ser o poder moderador nos organismos sociais; nenhum órgão se eleva acima dos outros para corrigir os desvios em que possam incorrer; a unidade orgânica resulta da acção e reacção dos vários órgãos uns sobre os outros; toda a vez que um aparelho se afasta da sua função, as perturbações que o próprio desvio lhes causa e a reacção dos outros aparelhos com ele relacionados asseguram a restauração do equilíbrio orgânico. O mesmo deve suceder com os organismos políticos”. <sup>(47)</sup>

---

<sup>(45)</sup> *Organização Judicial*, 1909, op. cit.: 36 — 54. Os governos, invocando circunstâncias de urgência, assumiram, não raras vezes, o exercício da função legislativa à margem dos parlamentos. Chamava-se a tal usurpação *ditadura* e *decretos ditatoriais* os decretos promulgados nessas circunstâncias. Perante uma conjuntura grave e imperiosa, o governo só tinha, na opinião de Alberto dos Reis, uma saída legal: “obter do poder a convocação extraordinária das cortes, para que elas legissem ou autorizem o governo a legislar” (42). Porém, do ponto de vista teórico, Alberto dos Reis defendia que a constituição deveria permitir a suspensão pelo governo da via legislativa ordinária como forma de acudir a “conjunturas perigosas”. Então os juizes só poderiam sindicar “se o governo teve já tempo ou não para obter, ou pelo menos pedir, a ratificação parlamentar”: *Organização Judicial*: op. cit.: 39-40.

<sup>(46)</sup> *Organização Judicial*, op. cit. 1909: 8.

<sup>(47)</sup> *Organização Judicial*, op. cit. 1909: 10. Em pelo menos dois outros lugares se manifesta, com evidência, o naturalismo de Alberto dos Reis. Em primeiro lugar, quando, ao tratar de evolução da justiça, a explica, numa versão vitalista, como fenómeno essencialmente biológico, radicado no movimento reflexo de defesa, na contracção nervosa destinada a afastar e repelir as impressões incómodas do exterior, que repetida mil vezes e

Para Alberto dos Reis, a contenção dos poderes no seu desempenho funcional obtém-se, em caso de necessidade, através da reacção duns órgãos sobre os outros e “ da consciência colectiva do país sobre todos elles”.

A ingerência de um órgão no funcionamento de outro só é, por conseguinte, legítima quando qualquer deles se afastar da índole da sua função própria ou em caso de assim o recomendarem “as necessidades de equilíbrio orgânico do Estado”.

Defensor da autonomia dos três poderes, Alberto dos Reis resolve o problema da constituição autónoma do poder judicial mediante a consagração do princípio do provimento por concurso, desde que a entidade nomeante se deva cingir rigorosamente à selecção feita pelo júri respectivo. <sup>(48)</sup>

Reconhecendo plena liberdade aos juízes na “ discriminação e adaptação da norma legal ao caso concreto (interpretação)”, mas nem tanto na “execução da vontade do legislador assim especializada e concretizada (aplicação)” <sup>(49)</sup>, veda-lhes, porém, a criação de direito novo, pois “importa evitar que a casos perfeitamente iguais sejam dadas decisões judiciais diversas” <sup>(50)</sup>. E, caso a judicatura abuse das suas funções, então cumpre aos tribunais de revista impedir “ que os magistrados inferiores façam valer a sua própria vontade sobre a soberania da vontade legislativa”. E, se mesmo assim, o tribunal de revista preserverasse na usurpação legislativa, cabia ao poder legislativo intervir interpretando autenticamente as leis ( Carta Constitucional, art. 15.º § 6). <sup>(51)</sup>

É o respeito pelos dictames e declarações positivadas do legislador, pelo centro orgânico que tudo coordena e harmoniza,

---

transmitida de geração em geração, acaba por integrar e estratificar nas células nervosas, tornando-se património da humanidade <sup>(59)</sup>. Em segundo lugar, quando toma partido pela especialização das jurisdições estribado na ideia de que “o ideal e a tendência de organização social consiste na adaptação cada vez mais perfeita do órgão à função respectiva. *Desintegração de funções, especialização dos órgãos* tais são as duas grandes leis da *dynamica social*” (115).

<sup>(48)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 15 e 86.

<sup>(49)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 18.

<sup>(50)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 21.

<sup>(51)</sup> “A unidade da legislação sem a unidade da jurisprudência é um processo fictício e ilusório”. *Organização Judicial*: op. cit.: 20-22 e 188-89.

que leva Alberto dos Reis a defender o controlo judiciário sobre a constitucionalidade das leis e sobre a legalidade formal das normas legislativas. <sup>(52)</sup>

Alberto dos Reis, para além de defensor de um organicismo anti-individualista, legalista e estadualista, como atrás se referiu, insiste no dever de obediência dos juízes à lei, fonte de direito por excelência e expressão da vontade disciplinadora do Estado e reage contra a “jurisdição de equidade”.

Proibindo ao intérprete que integre eventuais lacunas do sistema sem ser “em harmonia com a regra que o legislador teria presumptivamente formulado se houvesse previsto o caso em questão” <sup>(53)</sup>, por adesão ao dogma da plenitude do ordenamento jurídico, barra o caminho a teorias e a orientações jurisprudenciais inspiradas em ideologias diferentes das do grupo dominante.

Por outro lado, Alberto dos Reis pugna pela “unidade da jurisdição” defendendo a eliminação da tentativa conciliatória obrigatória e do juízo arbitral que considera uma “panaceia inteiramente desacreditada”. <sup>(54)</sup>

Quanto a este juízo refere: “Se a justiça oficial tem defeitos, eliminem-se, mas não se proponha a sobreposição dum julgamento feito por indivíduos estranhos ao exercício da função judiciária, ao julgamento proferido por magistrados que têm educação profissional e devem ter dado provas de aptidão e moralidade”. <sup>(55)</sup>

A isto alia posições que vão no sentido do reforço das orientações das reformas judiciárias anteriores — redução das magistraturas inferiores e transformação das magistratura populares de electivas em nomeadas <sup>(56)</sup> — da diminuição do número de comarcas, da especialização das jurisdições e da diminuição da intervenção do júri nas causas civis.

Numa palavra, uma concepção rigorosamente objectiva da função judiciária numa organização judicial hierarquizada, de

---

<sup>(52)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 25.

<sup>(53)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 19.

<sup>(54)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 111.

<sup>(55)</sup> *Organização Judicial*, op. cit.: 111.

<sup>(56)</sup> O sistema judiciário português, no continente, era constituído pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelas Relações (Lisboa, Porto e Ponta Delgada), por Juízes de direito, Juízes municipais e por Juízes de paz.

cujo modelo tradicional apenas se afasta ao defender a dispensa da apelação. <sup>(57)</sup>

Um processo de estilo hierárquico não implicava, como vimos, o afastamento dos princípios inspiradores do processo civil de oitocentos.

Era, porém, pouco crível que o organicismo de Alberto dos Reis se adaptasse a uma ideologia do processo liberal e individualista.

A doutrina processualista nacional havia dobrado o século imune às influências dos autores alemães que, na segunda metade do século XIX, tinham subvertido a problemática da *actio* do direito romano, em volta do antigo termo *Klage* e do novo termo *Anspruch* (Windscheid, Oskar Bülow, H. Degenkolb, Wach, Plosz, Kohler, Hellwig).

Tomando por base o Código de 1876, a doutrina nacional de oitocentos dividia-se, por influência francesa, entre os conceitos tradicionais de *acção-direito* e *acção-meio*. <sup>(58)</sup>

Para os defensores da primeira corrente, a acção era um elemento do direito subjectivo, um poder imanente ao direito de reagir contra a violação, o “direito em pé de guerra” como dizia expressivamente Puchta, opondo-se àqueles para quem a acção era um simples meio de fazer valer em juízo os direitos ameaçados ou violados. A acção não era um direito autónomo, nem um direito novo que acrescia a um direito principal, “mas sim a parte dinâmica, a energia íntima do próprio direito subjectivo, a qual se conserva num estado latente ou potencial”. <sup>(59)</sup>

Tinha sido esta a posição do jovem Savigny, fundador, com Hugo, da Escola Histórica <sup>(60)</sup>, para quem a acção era “o aspecto

<sup>(57)</sup> “Consagrada definitivamente a autonomia do poder judiciário, e estabelecido um sistema de recrutamento que assegure, melhor que o actual a idoneidade dos candidatos, a apelação poderia então dispensar-se. E as garantias que hoje a consciência pública reclama da apelação, encontrá-las-ia depois na organização colectiva do juízo”: *Organização Judicial*, op. cit.: 169.

<sup>(58)</sup> A controvérsia sobre a acção a propósito do Código Civil de Seabra e do Código de Processo de 76 é analisada por João Castro Mendes, *O Direito de Acção Judicial*, Estudo de processo civil, Lisboa, 1956: 163-170.

<sup>(59)</sup> Luís Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, em comentário ao Código Civil Português, vol. I, Coimbra, 1929:311.

<sup>(60)</sup> Sobre a Escola Histórica do direito, F. Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, op. cit.: 397-475.

particular que todo o direito assume quando se verifica a sua lesão”, o direito “no estado de defesa”, que é considerado como “um momento no processo da vida do direito, não como direito em si mesmo”. (61)

Pertencendo a uma classe que desconfiava da “dissolução da antiga sociedade feudal — corporativa pela igualdade burguesa que o iluminismo como revolução (feita a partir de cima ou feita a partir de baixo) tinha posto em marcha”, Savigny “ encarava os grandes movimentos europeus posteriores a 1789 como um homem que sentia o chão fugir-lhe debaixo dos pés”. (62)

Quando se preocupa em demonstrar que nenhuma necessidade racional anima as instituições positivas tais como as constituições dos Estados, os códigos, a propriedade, o casamento, etc., quando contrapõe o direito popular, o dos juízes e dos letrados, a esses Estados e aos seus códigos, a Escola Histórica parte na defesa da cultura aristocrática contra a política democrática, do tradicionalismo europeu contra o novo sentimento nacional, como ficou nítido no duelo entre Thibaut e Savigny.

Considerar esta escola, como fez Marx, a teoria alemã do *Ancien Regime* francês, da mesma forma que se pode considerar a filosofia de Kant como a teoria alemã da Revolução Francesa, não é de todo um mero efeito de um estilo radical e vigoroso. (63)

Não surpreende, pois, que o direito objectivo e os respectivos direitos subjectivos privados sejam entendidos por Savigny como totalmente independentes, não só da actividade jurisdicional e legislativa do Estado, mas da própria existência do Estado.

Como refere Pekelis, “o carácter meramente acessório e subordinado do direito de acção não é mais, pois, do que um corolário episódico daquela visão ampla, na qual ao próprio poder legislativo estadual é reservada a mesma função acessória e subordinada em relação ao direito positivo, obra do povo”. (64)

---

(61) Pekelis, Azione, *Novissimo Digesto*, op. cit.: 37.

(62) Franz Wieacker, *História do Direito...*, op. cit.: 447 e 451.

(63) Karl Marx, “Le Manifeste Philosophique de L’École Historique du Droit”, *Oeuvres, III*, Philosophie, Gallimard, 1982: 224.

(64) Pekelis, “Azione”, *Novissimo Digesto*, op. cit.: 37.

Os processualistas da segunda metade do séc. XIX puseram de parte o monismo savignyano e criaram o dualismo dos direitos subjectivos independentes, o material e o processual, que encontramos reflectido, por exemplo, em Chaves e Castro, fruto da tensão entre a afirmação do poder do Estado e “as exigências da sociedade civil no sentido da autonomia económica e política”.

Fosse a acção, *acção — direito* ou *acção — meio*, simples elemento do direito subjectivo ou direito autónomo e independente do direito material, sempre, porém, a doutrina se tinha recusado a desvinculá-la da relação substantiva.

Isso mesmo é reconhecido por Alberto dos Reis no *Processo Ordinário* de 1907: “em qualquer destas modalidades (acção-meio e acção – direito) a acção fica indissolúvelmente ligada, como um elemento ou como uma consequência, ao direito subjectivo cuja violação se pretende fazer reparar”.<sup>(65)</sup>

Nesta obra, que tem essencialmente por objecto o estudo da marcha do processo<sup>(66)</sup>, ao abordar a natureza jurídica da acção e depois de criticar, apoiando-se em Chiovenda, os conceitos tradicionais nas teorias modernas da acção que reputa principais — *teoria do direito à tutela jurídica*, *teoria do direito potestativo* e *teoria do direito abstracto de accionar* —, dá preferência a esta última que é, seguramente, a que, das três, mais mobiliza as energias do Estado, conduzindo a uma declarada preponderância do interesse público.

A *teoria do direito à tutela jurídica* (Rechtsschutzanspruch) é a de Adolf Wach (1843-1926). Nesta teoria, a acção é concebida como um direito autónomo pertencente ao titular de um direito material que se exerce contra o Estado, fundado em pressupostos de direito privado, tendente a obter um determinado resultado favorável.

<sup>(65)</sup> J. Alberto dos Reis, *Processo Ordinário...*, op. cit.: 62.

<sup>(66)</sup> Sob a invocação surpreendente de que “não há elementos seguros para dar uma amplitude maior a este assunto (teoria das acções) nem há vantagem manifesta em o fazer, com preterição do estudo da marcha do processo ordinário”. Surpreendente porque rasura cinquenta anos de trabalho da doutrina germânica em volta do problema da acção, o que o desconhecimento da língua alemã só por si não pode justificar.

Wach não se colocou à margem da doutrina jurídica alemã da sua época que atribuía particular relevo ao *Estado* na configuração dos institutos jurídicos. No domínio dos estudos sobre o processo, esta tendência manifestava-se na atracção da relação processual e da acção para a esfera do direito público, à luz de cujos esquemas conceptuais e finalidades passaram a ser explicados.

Assistiu-se mesmo, no último terço do séc. XIX, a uma espécie de “imperialismo da nova doutrina processualista” em relação à civilista, o que também radicava, como destaca Tarello, na exigência de “atrair o maior número de institutos, ao menos em parte, sob a única disciplina que, na Alemanha, no que respeita às relações com os privados, estava codificada e era moderna e única para todas as pessoas do Império”.<sup>(67)</sup>

Wach imbuído, moderadamente embora, deste espírito, atribui ao processo uma finalidade objectiva — “a finalidade do processo é única e sempre a mesma, salvaguardar a justiça mediante o exercício da jurisdição, finalidade que se satisfaz tanto com a improcedência da acção como com a condenação” —<sup>(68)</sup> e situa a acção no campo do direito público ao acentuar as relações entre os cidadãos e o Estado.

Sugerindo a distinção no processo de duas relações — a que se estabelece entre as partes e entre estas e o juiz —, é nesta última que centra a pretensão à tutela jurídica ou pretensão a uma decisão favorável.

Tendo posto em destaque a autonomia da acção — “aquele aspecto da acção em que se procura conseguir no processo um bem que só o processo pode dar” (Chiovenda) — e chamando para pri-

---

<sup>(67)</sup> Giovanni Tarello, “L’opera di Giuseppe Chiovenda nell’Crepuscolo dello Stato Liberali”, *Materiali Per una Storia Della Cultura Giuridica*, vol. III — 1, Il Mulino, 1973: 727 e notas 124 e 38. Quando o BGB entrou em vigor em 1.1.1900, já vigorava há mais de vinte anos, como diploma unitário para o processo, o Código Imperial do Processo Civil (aprovado pela Lei de 30.1.1877 que entrou em vigor em 1.01.1879): Franz Wieacker, *Historia...*, op. cit.: 531-535; E. Glasson, E. Lederlin, F.R. Dareste, *Code de Procédure Civile pour l’Empire d’Allemagne*, traduit et annoté, Paris, Imprimerie Nationale, MDCCCLXXXVII, maxime, XLI-LXXXVI.

<sup>(68)</sup> Adolf Wach, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977: 24. Wach acrescenta que “a ciência processual deverá levantar o seu edifício sobre a determinação objectiva da finalidade, e não sobre a subjectiva”.

meiro plano a figura do tribunal no papel de terceiro julgante, Wach conservou “a necessária ligação entre o processo e o direito substantivo, na harmónica unidade do ordenamento jurídico” (69) e nunca deixou de reconhecer ao interesse individual a sua anterioridade e primazia sobre o interesse público.

Em verdade, a acção continuou a ser considerada como instrumento e garantia dos direitos individuais, como meio para satisfazer o interesse legítimo dos particulares a uma tutela jurídica justa. Mas é sobretudo na configuração da relação processual segundo o esquema civilístico da relação jurídica que se manifestam as referidas prioridade e prevalência.

A pretensão é deduzida contra o Estado, que fica obrigado ao cumprimento de uma prestação devida à parte, a qual consiste em satisfazer contra o demandado o interesse de tutela jurídica na forma estabelecida pelo ordenamento processual. A pretensão da tutela é satisfeita através do acto tutelar, especialmente pela sentença favorável, e, depois de satisfeita, extingue-se, enquanto o direito material adquire com essa decisão novas forças e é confirmado.

Julgar-se *liberal* a teoria da acção de Wach é, pois, inteiramente adequado. Avaliação partilhada tácitamente por alguns dos seus contemporâneos, como Bülow, que o criticou por nela o processo se lhe afigurar demasiado sujeito ao direito privado. Mais perto de nós, Calamandrei considera-a mesmo “a formulação tecnicamente mais perfeita e mais enérgica daquela concepção essencialmente liberal segundo a qual o processo civil não é senão um instrumento de actuação dos direitos subjectivos privados”. (70)

A *teoria da acção como direito potestativo* pertence a Giuseppe Chiovenda (1872-1937) (71).

---

(69) Chiovenda, “Adolfo Wach”, *Saggi di Diritto Processuale Civile*. (1894-1937), vol. I, Milano, Dott. A. Giuffrè:1993: 266.

(70) Piero Calamandrei, “La Relatività...”, op. cit.: 31.

(71) Também a Jakob Weissmann, que na Alemanha publicou, nos fins de 1903, o primeiro volume do seu *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechtes*, no qual chegara, independentemente de Chiovenda, a análoga construção à deste. Alberto dos Reis, mostra conhecer directamente a lição inaugural “L’azione nel sistema dei diritti” proferida por Chiovenda em Bolonha, em 3.2.1903, que constitui o núcleo em volta do qual foram construídos os *Principii* de 1906, ambas incluídas na bibliografia do *Processo Ordinário*. Não parece, pelo contrário, ter compulsado Wach ou Weissmann.

Para este autor, a acção é um direito potestativo — “o direito potestativo por excelência” (72) — que nasce da lesão de um determinado direito subjectivo e se exerce *diante* de um adversário, mais do que *contra* um adversário — “L’azione è un potere di *fronte* all’avversario piu che *contro* l’avversario” (73), pretendendo com esta distinção sublinhar a ideia de que a acção não supõe qualquer obrigação, nem a ela corresponde qualquer dever processual do réu, mas pura e simplesmente a sujeição deste aos efeitos jurídicos da actuação da lei.

Esta “descoberta” trazia consigo importantes implicações quanto ao carácter da acção e às relações entre acção, jurisdição e direito substantivo.

Ao acentuar a posição da acção enquanto dirigida ao adversário, Chioventa pôs em foco o único ponto de contacto existente, na sua óptica, entre o Estado e os cidadãos: a actuação do direito objectivo.

Na sua prelecção de Bolonha, Chioventa começa por conceber um organismo social “tão nervosamente zeloso da observância da lei, que põe em movimento, sem pedido da parte, mas, só (tomando o caso mais comum da necessidade de um processo) quando qualquer direito individual se encontre não satisfeito, a actividade dos órgãos de Estado pré-ordenados à actuação da lei no processo civil”. (74)

O Estado pode, todavia, por “considerações de utilidade social” — e não por razões necessárias e absolutas —, subordinar o seu direito à manutenção da ordem jurídica à vontade dos privados, ou, dito de outra forma, atribuir aos particulares uma função de tutela da norma em cuja observância está em jogo a própria autoridade do Estado. (75)

Reconhecendo a estes a iniciativa de recorrerem a tribunal para a defesa dos seus direitos, Chioventa vê na demanda um acto — condição que desencadeia uma situação jurídica objectiva. Com este acto de pedir o direito que o Estado tem de tutelar a

---

(72) Giuseppe Chioventa, “L’azione nel sistema del diritto”, *Saggi*, vol. I, op. cit.: 23.

(73) Chioventa, “L’azione...”, op. cit.: 15.

(74) Chioventa, “L’azione...”, op. cit.: 5.

(75) Chioventa, “L’azione...”, op. cit.: 18.

ordem jurídica passa de um estado de latência à eficácia plena. Assiste então aos particulares “o poder jurídico de converter em incondicionada a vontade da lei a respeito da sua actuação” ou, por outras palavras, “o poder jurídico de realizar a condição para a actuação da vontade da lei. Esta realidade e não outra entendemos que é a acção”. (76)

Chiovenda afasta a teoria da acção do esquema civilístico da relação jurídica entre um credor e um devedor, já que, na sua construção, não há qualquer *obrigado* a uma prestação.

Não está obrigado o Estado pois intervém por interesse próprio e não como “devedor de justiça”; também o réu não está obrigado a coisa alguma perante o poder da acção, antes se sujeita, tão somente, aos efeitos jurídicos a que a acção se dirige.

As relações entre a acção e a jurisdição resolvem-se, em Chiovenda, numa relação orgânica entre os cidadãos que têm a lei pelo seu lado e a função de tornar concreta a vontade colectiva manifestada nessa lei. (77)

Nesta concepção, o interesse público e o privado não se podem mais considerar como duas forças contrastantes; o equilíbrio entre estes interesses rompe-se a favor do primeiro, na prossecução da finalidade para que ambas as vontades, a dos privados e a colectiva, convergem: a aludida actuação da vontade da lei.

A teoria de Chiovenda orienta-se, assim, no sentido do reforço do princípio da autoridade do Estado no processo, situando-se no início de um ponto de referência ideal para além do qual o interesse individual se submete ao interesse público e os cidadãos se subordinam sempre mais ao Estado. (78)

Anos mais tarde, o Governo fascista poderá sem problemas apoderar-se desta teoria na preparação do Código de Processo Civil de 1942 e considerar a obra de Chiovenda e da sua escola “o comentário antecipado” desse Código.

(76) Chiovenda, “L’azione...”, op. cit.: 6.

(77) Giovanni Tarello, “L’opera di Giuseppe Chiovenda...”, op. cit.: 734.

(78) Para Calamandrei, Chiovenda “construiu um sistema claramente orientado por princípios publicistas e de certo modo autoritários, tomando como base o Código de 1865 que pretendia ser no seu tempo expressão de tendências claramente individualistas e liberais”: “La Relatività...”, op. cit.: 24 e 32-35.

A teoria do direito abstracto de accionar foi desenvolvida na Itália por Alfredo Rocco (1875-1935) <sup>(79)</sup> na monografia *La Sentenza Civile*, editada em 1906.

Para Rocco, “o direito de acção é (...) um direito subjectivo público do cidadão *perante o Estado*, e só *perante Estado*, que tem por *conteúdo substancial* o interesse secundário e abstracto à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos, que a incerteza ou a inobservância da norma válida no caso concreto podem opor à realização dos interesses tutelados”. <sup>(80)</sup>

Desta concepção, o autor deduz que: — “o direito de acção é um direito subjectivo existente por si mesmo, distinto dos vários direitos subjectivos principais e materiais aos quais pode referir-se <sup>(81)</sup>; — “o direito de acção é um direito subjectivo que pertence a qualquer cidadão como tal (...), ou seja, a todo aquele que no Estado seja reconhecido como titular dos direitos subjectivos, ou pessoa”. <sup>(82)</sup>

Para Rocco, o direito de agir é um direito abstracto e geral, pertencente à categoria dos chamados *direitos cívicos* <sup>(83)</sup>, que existe à demanda judicial e é independente da lesão de um direito material ou de qualquer condição especial subjectiva que se refira à existência de um direito subjectivo material (opinião, crença no direito, boa fé).

Desde que um cidadão tenha um interesse (material ou processual, primário ou secundário) tutelado em abstracto pelo direito objectivo, pode provocar a intervenção do Estado para a realização dos interesses tutelados pelo direito, sendo indiferente que, *in casu*, o direito objectivo não tutele o interesse invocado.

Neste quadro também se reconhece ao réu o direito de agir, no seu caso para obter uma declaração negativa da relação, pois tam-

---

<sup>(79)</sup> E na Alemanha por Degenkolb. Não é crível que Alberto dos Reis tenha lido a obra deste autor *Einlassungswang und Urtheilsnorm*, Leipzig, 1877, e no *Processo Ordinarío* limita-se a citar e a seguir o estudo de Rocco, sem cuidar, de resto, de destacar o que o separava daquele autor alemão, designadamente a recusa em aceitar que a acção se dirigesse também contra o demandado e estivesse dependente de “um certo estado de espírito no titular do direito de acção (boa fé)”.

<sup>(80)</sup> Alfredo Rocco, *La Sentenza Civile*, Studi, Dott. A. Giuffré; Milano, 1962: 89/90.

<sup>(81)</sup> Rocco, “La Sentenza... op. cit.: 73.

<sup>(82)</sup> Rocco, “La Sentenza... op. cit.: 74.

<sup>(83)</sup> Rocco, “La Sentenza... op. cit.: 21 e 79.

bém ele tem interesse “na delimitação exacta do alcance concreto do seu *direito de liberdade*”.<sup>(84)</sup>

Adolf Wach, que sempre pretendeu resistir aos impulsos para uma cada vez maior integração da relação processual na esfera pública do Estado, ao apreciar esta teoria, na versão de Degenkolb, aconselhava que, pura e simplesmente, fosse posta de parte, porque “induz em erro e é estéril do ponto de vista científico”.<sup>(85)</sup>

Para este autor, o direito publicístico de accionar é *res merae facultatis*, “não faz parte do ordenamento jurídico concreto, materializado em factos-tipo determinados, é unicamente uma formulação subjectiva da norma jurídica abstracta”<sup>(86)</sup>.

Por sua vez, Chiovenda interrogava-se se cabia reconhecer este direito supostamente pertencente a qualquer cidadão, precisamente àquela das partes a quem a sentença justa não dê razão, para logo responder: “nós devemos conceber o direito como qualquer coisa que actuando-se seja vantajoso para o seu sujeito: e não entendemos o *direito* de não ter direito, como não entenderemos o direito do culpado a ser condenado, e o direito do condenado à execução da condenação”.<sup>(87)</sup>

Uma teoria que abstrai do direito privado subjectivo, da necessidade de que este ou a posição jurídica a ele correspondente sejam tutelados, fazendo depender o direito de acção da simples manifestação da opinião, ainda que não sincera, de ser titular de um direito, dissolve afinal o interesse privado no interesse público.

Em verdade, o interesse que move a acção não é senão o interesse “desinteressado” de qualquer cidadão no funcionamento da justiça ou, dito de outro modo, o próprio interesse do Estado na actuação do direito objectivo.

Assim sendo, como refere Calamandrei, “todas as pontes entre a acção e o direito subjectivo ficam quebradas: à força de se insistir sobre a independência do direito processual relativamente ao direito substantivo, acaba-se por erguer, entre eles, uma muralha sem janela”.<sup>(88)</sup>

<sup>(84)</sup> Rocco, “La Sentenza... op. cit.: 94.

<sup>(85)</sup> Adolf Wach, Manual..., op. cit.: 47-48.

<sup>(86)</sup> Adolf Wach, Manual..., op. cit.: 46.

<sup>(87)</sup> Chiovenda, L'azione..., op. cit.: 12/13.

<sup>(88)</sup> P. Calamandei, “La relatività...”, op. cit.: 37.

O que Wach concebia como garantia e instrumento de uma situação concreta de direito substantivo e Chiovenda como colaboração orgânica entre os privados e o Estado é visto por Rocco como algo semelhante ao exercício privado de uma função pública, como depois sustentará Carnelutti.

Com esta teoria “já percorremos plenamente a curva descendente da parábola que, como tantas vezes documentou Piero Calamandrei na sua polémica científica, no troço mais próximo de nós declina fatalmente em direcção à nacional-socialista — Kampf wider subjektiven Rechte”.<sup>(89)</sup>

Ora, Alberto dos Reis, após elencar aquelas três teorias e depois de criticar as duas primeiras, com as próprias palavras de Rocco, que traduz (omitindo porém as aspas)<sup>(90)</sup>, adere às ideias

---

(89) Paolo Ungari, *Alfredo Rocco e L'Ideologia Giuridica del Fascismo*, Morcelliana-Brescia, 1974: 62.

(90) Não creio que se possa concluir outra coisa do confronto entre *La Sentenza Civile* e o *Processo Ordinário*. Um exemplo, dos muitos que poderia dar: Rocco escreve: “La bontá della nostra concezione trova una conferma anche nelle difficoltà inestricabili, in cui si avviluppano tutte le altre concezioni, che le si sono opposte, in Germania e in Italia. Ed anzitutto, quella che ha il maggior numero di fautori, e fra i più autorevoli: cioè la teoria del *Rechtsschutzanspruch*. La quale, battuta in breccia dal Bülow e dal Kohler, continua a difendersi vigorosamente, senza però che le riesca di sfuggire a questo dilemma: o di identificare il diritto *concreto* alla tutela giuridica col diritto *astratto* di agire: o di confonderlo col diritto subiettivo materiale. Si prenda infatti il processo di accertamento, in cui la cosa appare evidente: qui un diritto alla sentenza *favorevole* non solo non surge colla domanda giudiziale, ma neppure colla chiusura della trattazione della causa, bensì soltanto quando il giudice si è formata una *determinata* convinzione sul materiale di causa. Solo in questo momento, cioè quando il processo è finito, surge il diritto o per l'attore di vedere accolta la domanda, o per il convenuto di vederla respinta (...) E allora che resta del diritto alla tutela giuridica? Quale diritto si fa valere durante il processo? Posto che non si fa valere il diritto ad una *data* sentenza, sia parte dell'attore, sia da parte del convenuto, quello che si fa valere non può essere evidentemente che o il diritto astratto di agire, spettante ad entrambi, o il diritto subiettivo materiale (il diritto affermato per l'attore: il diritto di libertà pel convenuto) spettante a colui che ha ragione” *La Sentenza Civile*, op. cit.: 81. Por sua vez, Alberto dos Reis diz: “Esta doutrina, vigorosamente combatida por Bülow e por Kohler, não consegue fugir a este dilemma: ou identifica o direito concreto à tutela jurídica com o direito abstracto de accionar, ou confunde a acção com o direito subjectivo material. Com efeito, o direito à tutela jurídica particular, à sentença favoravel, sómente surge no fim do processo, quando o juiz forma a sua convicção sobre os elementos dos autos; e sendo assim, pergunta-se: que direito é que se fez valer durante o decurso do processo? A não se admittir o direito abstracto e geral de accionar, só pode invocar-se o direito subjectivo, que se pretende tornar effectivo; e então a teoria cai no dominio do conceito que fica atraz rejeitado” *Processo Ordinário*, op. cit.: 65. Para a crítica feita a Chiovenda e Weissman, cfr. *La Sentenza Civile*, 85-89 e *Processo Ordinário*; 66.

deste autor sob a afirmação de que “ a doutrina de Rocco avanta-se sensivelmente às concepções de Chioventa e Wach: e parecem-nos que explica satisfatoriamente a relação jurídica processual” (91)

É do mesmo modo, a concepção de Rocco sobre o *fim* do processo (92) que A. dos Reis perfilha (93), partindo dela para começar a acalentar a ideia de um processo dirigido pela autoridade de um juiz que declara o direito pré existente através de um procedimento célere e pouco aberto à manipulação da pericia dos advogados: “O Estado tem o dever de assegurar a effectividade da justiça; incumbelhe, pois, torná-la tão rápida e completa quanto possível e para isso precisa de intervir activamente, por intermédio dos seus órgãos, na instrucção e na marcha do processo” (94)

Compreende-se, pelo exposto, que só por infinita benevolência ou com o propósito de legitimação científica se pode considerar o Prof. José Alberto dos Reis de 1907 em polémica com Chioventa e esta data como a da renovação da ciência do processo em Portugal (95).

Por esta altura Alberto dos Reis era um mero discípulo de Rocco — e este sim polemizava com Chioventa — não tendo uma só ideia original sobre o problema da acção. (96)

(91) *Processo Ordinário*, op. cit.: 67.

(92) “Para nós, como a actividade jurisdiccional é, essencialmente, a actividade do Estado, e a intervenção das partes no processo não é mais do que condição ou pressuposto e delimitação dos limites de tal actividade, deve considerar-se como preponderante e absorvente no processo o fim do Estado”, *La Sentenza Civile*, op. cit.: 24.

(93) “O Estado tem no processo um interesse próprio, que absorve até o interesse dos litigantes - a realização do direito objectivo. *Processo ordinário*, op. cit.: 70.

(94) *Processo Ordinário*, op. cit.: 70

(95) João de Castro Mendes, *O Direito de Acção Judicial*, op. cit.: 79, nota 174 e 175.

(96) O próprio Alberto dos Reis desmente a tese de, por esses anos, ser seguidor do professor de direito processual civil de Roma, para ele mais claro e profundo nas suas aulas do que nas suas obras. No relatório da “missão científica”, que conjuntamente com Marinoco e Sousa levou a cabo com o propósito de “dar conta da organização dos estudos e dos methodos de ensino nas Universidades de Paris, Turim e Roma”, concluindo a apreciação das duas lições que ouviu a Chioventa, Alberto dos Reis escreve: “Estas duas lições foram das melhores que na Itália ouvimos. Chioventa, apesar de novo, é já distincto professor de *processo*; mostra-se conhecedor da litteratura alemã que imprimiu uma nova feição aos estudos do processo, elevando esta disciplina à categoria de uma verdadeira sciencia.

Ao contrário do que sucede em geral com os professores italianos, Chioventa acusa, como professor, méritos superiores aos que revela como escriptor.

As duas lições que lhe ouvimos, estão, na verdade, tanto em clareza e nitidez, como na profundidade e no rigor lógico, acima dos seus trabalhos escriptos — *Saggi de diritto pro*

O que levou A. dos Reis a adoptar a teoria daquele que virá a ser o “legislador do fascismo”, o “ministro mais mussoliniano do regime ?” <sup>(97)</sup>

Sem dúvida que também ele participou da intenção que caracterizou a intervenção dos homens públicos da sua época e que António Sardinha resumiu na expressão “A Segunda Fundação”: “fazer dos Portugueses não apenas cidadãos de um Estado livre, como haviam tentado os liberais, mas membros de um organismo cultural do qual o Estado devia ser a expressão política”. <sup>(98)</sup>

E ainda no seu caso é a resposta à “questão nacional” que condiciona o seu empenhamento político e a sua produção intelectual.

Foi a mão forte de um homem a empunhar a “bandeira da ordem, da autoridade, da disciplina social” que o fez sair da tranquilidade da sua vida profissional para exercer actividade no campo político.

A dialéctica de partido, a concorrência de mercado, a Carta Constitucional e os códigos, receitas clássicas do liberalismo, não se mostravam já prestáveis para acudir aos males da vida nacional, à desorganização e à indisciplina colectivas.

A concepção biológica e orgânica da sociedade, desenvolvida na *Organização Judicial*, onde se sente a presença forte de um centro propulsor e agregador — o Estado da Nação —, configura, na medida em que oferece, fora da atmosfera da sociedade liberal, um modelo de como a “comunidade nacional” era ou poderia ser, uma resposta a esses males.

Ora, em Rocco, Alberto dos Reis encontrava uma teoria da acção que permitia, para além da sua consistência científica, asse-

---

*cessuale, Principii di diritto processuale civile*. Chioyenda segue o methodo systematico na exposição das matérias: estabelece os princípios e tira as conclusões, preocupando-se mediocremente com o aspecto formulário”: *O Ensino Jurídico na França e na Itália* (trabalho de colaboração com Marnoco e Sousa), Coimbra, 1910: 174/175.

<sup>(97)</sup> Sobre Alfredo Rocco, para além do trabalho de P. Ungari já citado, pode ver-se Tullio Ascarelli “Alfredo Rocco”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVII, 1935: 378-381, F. Carnelutti, “Alfredo Rocco (Necrologia)” *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XIII, parte I, 1935: 292 e sobre o projecto de sua autoria de código de processo civil, Mariano D’Amelio, “Progetto del Ministro Guardasigilli Alfredo Rocco”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XIV, parte I, 1937: 3-7.

<sup>(98)</sup> Rui Ramos, *História de Portugal*, vol. VI: op. cit.: 9.

gurar, como nenhuma das outras duas assegurava, a supremacia do Estado, a subordinação dos interesses individuais aos colectivos, desde que projectada no ordenamento jurídico. Era, pois, natural a sua preferência.

Preferência de um homem que nas suas lições de *Direito Constitucional*, defendendo embora o sistema representativo simples, <sup>(99)</sup> a teoria unicameral <sup>(100)</sup> e até, em abstracto, a superioridade da república em relação à monarquia <sup>(101)</sup>, reputava pura e simplesmente inadmissível a teoria da soberania popular de Rousseau <sup>(102)</sup> e se rendia à teoria da soberania da nação assente sobre a doutrina da consciência colectiva <sup>(103)</sup>.

Para o lente de Coimbra que se incomodava com o facto de se confiar a soberania a “uma multidão inorgânica”, que receava não se poder impor a obediência política a uma minoria dissidente, só uma teoria de soberania de animal de rebanho (Nietzsche) satisfazia as exigências de disciplina e autoridade: “os indivíduos não constituem na sociedade mais do que partes integrantes de funções organizadas”; “só a sociedade que tem os caracteres de uma nação tem o direito de se constituir e de organizar politicamente”; “o voto é um direito historicamente conexo com uma forma especial de governo e conferido pelo Estado, segundo os seus interesses”. <sup>(104)</sup>

Partindo das ideias da escola “histórico-evolucionista” para a determinação da capacidade eleitoral activa, que reconhece ao Estado o poder de negar o sufrágio às “classes perigosas”, Alberto dos Reis configura uma representação política que, “para ser genuína e verídica, devia reconhecer no eleitor a qualidade de

<sup>(99)</sup> Alberto dos Reis, *Direito Constitucional*, op. cit.: 190-191

<sup>(100)</sup> “Teoricamente o sistema bicameral é inadmissível; praticamente representa entre nós uma complicação inútil”: *Direito Constitucional*, op. cit.: 160

<sup>(101)</sup> As condições e circunstâncias do povo podiam, no entanto, exigir de preferência a adopção da forma monárquica “e neste caso a implantação do regime republicano, por um simples dilletantismo político ou por uma exigência exclusivamente doutrinária, é um erro e um perigo”: *Direito Constitucional*, op. cit.: 121

<sup>(102)</sup> Alberto dos Reis, *Direito Constitucional*, op. cit.: 66-67.

<sup>(103)</sup> Alberto dos Reis, *Direito Constitucional*, op. cit.: 71-73.

<sup>(104)</sup> Alberto dos Reis, *Direito Constitucional*, op. cit.: 191,75 e 190.

membro duma determinada função social, e não uma quantidade numérica, exposta a combinações artificiaes. A representação política deve ser a imagem fiel da sociedade e por isso deve reflectir todos os aspectos e modalidades da actividade social. Desta maneira, votando o eleitor dentro da sua classe ou dentro da sua função, desapareceria a inconsciência absoluta que o torna instrumento cego de ambições e interesses alheios e desapareceria também a fraqueza que o torna incapaz de resistir às solicitações e ordens daquelle de quem depende” (105).

Era já um passo firme na direcção do corporativismo.

---

(105) Alberto dos Reis, *Direito Constitucional*, op. Cit.: 190-191.