

A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E O FACTO NA JURISPRUDÊNCIA

○ esfôrço realizado pelo homem para alcançar, através da doutrina e das instituições, a finalidade da Justiça, é a demonstração viva de constituir a humanidade a maravilha maior da Criação — como é a simultânea confirmação duma Fôrça criadora a contrapôr, com a noção do Idealismo, à irrefragável realidade da Matéria.

Figura, assim, entre os postulados da ciência universal, a distinção entre o Facto e o Direito — inevitável distinção enquanto o *facto* surge da Natureza como expressão concreta da Vida, e é pura abstracção o *direito*, emergindo dos factos com a aspiração humana de os dominar para evitar a sua repetição funesta nas duas formas, subjectiva e objectiva, do *êrro* e da *lesão*, real ou pessoal, acompanhadas, ambas, da noção de *responsabilidade*, no propósito de corrigir o *êrro* e reparar a *lesão*. Tais são certamente os fundamentos do *direito de punir*, evoluindo da *pena de Talião* para o debate contraditório no Fôro até à decisão judicial da controvérsia.

O afã com que nomes consagrados no fôro e na literatura portuguesa se empenham, segundo se colhe desta mesma *Revista*, em achar o conteúdo exacto das leis do Estado, ou das convenções particulares, revela que o debate contraditório não é, em tôda a História, limitado aos dissídios sentimentais ou económicos, mas se estende a tôdas as formas de actividade cerebral, no exame dos problemas filosóficos como nas investigações da ciência, ainda quando é manifesto que os postulantes sacrificam ao interêsse da cultura os méritos da iniciativa individual.

Largo tempo vigorou, na legislação pátria, como preceito informador da jurisdição comercial o texto do nosso Código de Processo Comercial, de 1905, que excluía da competência do júri a matéria regulada por confissão ou acôrdo das partes, ou *provada* por documento autêntico *não arguido de falso*.

Pela usual distinção entre tribunais de *provas* e o tribunal de *revista*, que revê e não julga, pareceria lógico subtrair à revisão o julgamento proferido sôbre o texto de documento autêntico, visto figurar êste, na lei vigente, entre os «meios de prova» facultados às partes: Código Civil Português, arts. 2.407.º e 2.421.º. Mais duma vez, porém, o nosso Supremo Tribunal de Justiça julgou que cabia na sua competência o exame do conteúdo em documento autêntico; e numa lição magistral, arquivada nas páginas desta *Revista*, do professor tão douto como jurisconsulto notável que é o doutor Manuel Rodrigues, citou-se, não há muito, julgados do mesmo Supremo Tribunal estabelecendo que a sua competência podia ir mesmo até ao exame da *prova testemunhal* para se verificar se a sua apreciação nos tribunais de instância fôra ou não conforme à lei!

Neste simples pormenor está o corolário pungente da doutrina de CARNELUTTI conferindo ao Juiz o poder soberano da *interpretação*, que difficilmente logrará a *uniformidade da jurisprudência* onde esta depender da desigual posição mental do julgador ante as particularidades da hipótese vertente, variável no tempo e no espaço.

É decerto desejável a subordinação do critério do Juiz ao da Lei, que, por ser uma regra de aplicação geral, não deve sofrer a influência das circunstâncias que revestem cada caso especial a resolver. Mas é de tôda a evidência o permanente conflito entre a *perpetuidade* da norma legal e a *instabilidade* dos sucessos que não podia ter previsto no momento da sua promulgação. E assim, com aquele poder de interpretação há-de, também necessariamente, acumular-se a integração das *lacunas da lei*; sendo igualmente difficil retrotraír ao pensamento gerador da lei, que não deixa, aliás, de ser uma regra do futuro, a espécie jurídica que se produzir à distância, no tempo ou no espaço.

Dêste modo, longe de simples auxiliar do legislador, o Juiz

será muitas vezes o seu aráuto; e parece que na História o Juiz terá precedido o legislador fixando na decisão do primeiro conflito surgido à face da terra a primeira norma reguladora do futuro. Tal é mesmo o valor da jurisprudência inglesa, onde é justamente a série dos *casos julgados* o repositório da doutrina onde se vai buscar a lição das *analogias* e *precedentes*.

No reconhecimento de se dever, na própria organização do processo judicial, elevar ao máximo os poderes do Juiz está a confissão de ser mais ampla que a da Lei a esfera do Direito (que não é só o direito legislado, impròpriamente chamado direito positivo, porque o não há *negativo*), e abre-se o caminho ao *frei-recht*, tanto ou mais perigoso, aliás, para os interêsses em debate, do que a sujeição do tribunal às normas rígidas da lei, cuja essencial função é, como se sabe, a limitação do arbítrio. E eis porque será também inevitável a distinção entre *direito privado* regulando as relações jurídicas individuais, e o *direito público* dispondo em quanto importa à ordem-pública na definição da competência judicial e da natureza e formas do processo, para considerar a Lei, igualmente, desdobrada em duas funções distintas: normativa no primeiro caso, preceptiva no segundo.

A tese do *frei-recht* é tendência acusada nas próprias legislações dos modernos Estados autoritários, onde a liberdade apenas se transfere do cidadão para a autoridade — em reacção do abuso que dela o cidadão teria feito zombando da lei por êle mesmo erguida, aliás, como um travão ou barreira aos seus desordenados apetites. Lentamente, assim, se resvalou do singelo *abuso da autoridade*, punível em direito público, para os cada vez mais frequentes e paradoxais *abusos do direito* individual invadindo as esferas da Moral pública e privada sob as formas mais afrontosas do bem-comum: a *concorrência desleal* e o *locupletamento à custa alheia*.

Se no sentido objectivo do vocábulo o direito é uma *regra de conduta*, subjectivamente considerado é uma irrefutável afirmação da *personalidade* e, como tal, um facto iniludível da Natureza: ao contrário da Lei, que perante ela se ergue como uma constrição destinada à defesa simultânea do indivíduo e da comunidade. Visando embora, dêste modo, à *igualdade* no tratamento dos abusos, a lei não terá todavia o poder de tornar uniforme aquela per-

sonalidade nas ocasiões e nos lugares em que ela houver de se revelar. Desde êsse momento, só como simpática e louvável *aspiração* merecerá aplaudir-se o pensamento de alcançar a *unidade* da jurisprudência pela adopção final do texto preferido entre os de duas ou mais decisões contraditórias. Êsse texto assumiria então força obrigatória em todos os tribunais — sem prejuízo (escusado seria dizê-lo) daquele poder de interpretação que em nenhum caso estaria privado de fazer, ao novo texto, as reservas impostas pelas circunstâncias !

A nova orgânica processual incumbiu êsse serviço da unificação da jurisprudência a um recurso facultado para as secções reunidas do tribunal de revista e unicamente fundado na opposição manifesta entre julgados saídos do mesmo tribunal. Não obstante tratar-se de recurso extraordinário e restrito, às partes — que o mesmo é dizer, aos advogados — luziu desde logo a possibilidade de o converter em recurso normal e ordinário, acrescentando-o à série dos já conhecidos até então e bastando também unicamente invocar a opposição, que não seria difícil encontrar-se em qualquer pormenor de decisões anteriores. E aqui começa — pela forçosa intervenção do factor psicológico da distância entre o julgador e o pleiteante — verdadeiro combate judiciário, jãmais querendo o pleiteante resignar-se à posição de vencido e negando-se por sua parte o tribunal a eternizar a pendência que aos interessados se afigura sempre irresolvida ! Nesta *justa* improvisada à roda do *caso julgado*, cuja sumária abrogação, conveniente em mais de um caso ao interêsse do pleiteante, poderia não o ser igualmente ao prestígio do tribunal e à ordem pública — a todos assistirá de algum modo a razão : os pleiteantes sempre fiando dos pareceres divergentes o êxito do recurso, e o tribunal zelando, com a autoridade do *caso julgado*, a estabilidade da doutrina e a paz social. De qualquer dos lados, não é impossível o equívoco : ao pleiteante interessando menos o valor da doutrina do que a solução do pleito ; o Juiz supondo firmar com o seu julgado a trégua no perpétuo dinamismo social. Em tôda a rija peleja sustentada ao longo da pendência forense, à sombra dos melhores textos legais ou conceitos doutrinários, só o *caso julgado* vale como a coroa do edificio e a definitiva conquista de todos que colaboraram na vasta e laboriosa empresa.

*

* *

De todos os esforços produzidos no decurso de semelhante empresa, não é por certo o menos valioso o que representa a acção militante do advogado, desdenhada algumas vezes por quem devia respeitá-la, traída doutras por casual ou voluntária abdição.

Acompanhando na História os primeiros movimentos da defesa contra a agressão pessoal ou os abusos do poder — a profissão assinala-se, de preferência, até etimologicamente, como uma vocação — de *vocatus*, chamado a interferir, pela *oratória* na Grécia, pelo *patrocínio* em Roma, na defesa das causas, públicas ou privadas, submetidas ao Imperante. Verdadeiramente mesmo nem é uma profissão, mas um sacerdócio; e, se no rodar dos tempos, podia ter degenerado em *indústria*, como tal qualificada até para a incidência fiscal, a reacção operava-se dentro da mesma corporação, confundindo-se com o brio pessoal dos seus servidores os créditos da instituição.

Na Roma dos cézares foi algumas vezes *legislador* o advogado na redacção ou na interpretação dos escritos imperiais; mas não tardou que na corrupção geral se produzisse entre o Advogado e o Juiz um desentendimento que a lenta e crescente aproximação entre ambos havia de conduzir à actual colaboração no propósito comum de servir a Justiça ao formular o advogado o pensamento da demanda e procurar o Juiz a melhor solução para ela.

Naquele período em que se cuidou serem diversos os processos e os fins visados por um e outro, alguém traçou das relações entre o Fôro e o Pretório esta imagem que vale por uma caricatura: «O Juiz procura a verdade onde o advogado lha encobre ou disfarça; enquanto o Juiz foge dos extremos, é nêles que o advogado se firma; à severidade do Juiz opõe o advogado as blandícias destinadas a captar o Juiz e o cliente; a linha inflexível do Juiz contrasta com as vias tortuosas do advogado movido por paixões que o Juiz receia e evita; ao interêsse do Juiz em manter sem desvios o fiel da balança corresponde o advogado lançando nos dois pratos dela pêsos variáveis ao sabor das conveniências que defende; e todo o esforço do advogado tende a desarmar o Juiz da sua única arma, que é a espada da Justiça».

O quadro, injurioso para ambos enquanto supõe uma briga entre o Juiz e o Advogado, é um documento mais da falibilidade humana no encontrar o caminho da verdade e converter em facto o que teimosamente permanece no campo indefinido das aspirações. Eis, também, a sumária origem da inelutável distinção entre o *direito* e o *facto*.

Já vimos como a natureza humana se caracteriza pela contra-dição no tender para o *abuso*, do poder ou do direito, e pretender por isso mesmo corrigir-se nessa tendência pelo travão do *direito* ou da *lei*. Assim, na aludida síntese das relações entre o advogado e o Juiz, figura-se uma antinomia onde devia existir — e existe de facto — uma colaboração, partindo embora de locais diversos, talvez mesmo por caminhos opostos, em direcção ao objectivo comum — que é a finalidade da Justiça, pela reposição do direito violado.

Essa colaboração exerce-se virtualmente no próprio Pretório, onde aliás ocupa lugar superior ao dos advogados o Juiz, que há-de decidir o pleito ali levado por êles. Na capacidade requerida, porém, para o decidir, equivalem-se os esforços de todos — como em certo momento da nossa vida forense o revelou, numa curta síntese, o notável causídico português que foi o Dr. OLIVEIRA VALE.

Doutorado em Coimbra — ao mesmo tempo que condiscípulos seus, que ali ocuparam mais tarde a cátedra universitária e foram os professores CHAVES e CASTRO e LUIZ JARDIM — OLIVEIRA VALE foi numa audiência pública interrompido pelo Juiz, que a uma observação mais viva do discurso da defesa acudiu desdenhoso: «Estou muito acima do Sr. Advogado». Réplica imediata do causídico: «Erro do carpinteiro, Sr. Juiz, que fêz para V. Ex.^a essa tribuna mais alta».

Na realidade, sendo diversas não só as posições como as aptidões presumidas nas pessoas chamadas a intervir na solução de um pleito, a colaboração entre elas resulta precisamente de estudarem em comum o objecto da demanda — verdadeiro problema pôsto à consciência individual e colectiva, que terá de o resolver, em inteiro desprendimento de interêsses pessoais imediatos, perante os textos legais, a doutrina dos escritores e as reclamações instantes da opinião pública, tanto monta dizer da moral social.

Se nestes termos pode atribuir-se ao Juiz, com a cultura do sociólogo, a missão de um moralista, não é inferior nem diversa a posição do advogado, chamado a intervir junto d'êlé, não para o embaraçar ou enredar, mas, bem ao contrário, para o esclarecer, expondo em tôdas as suas fases e aspectos o facto ou direito controvertido, ficando ao Juiz o encargo de firmar com a sua autoridade a solução indicada no texto ou na doutrina aplicável. E, porque a preparação exigida a ambos pressupõe nêles um conhecimento profundo da lei, da doutrina e da consciência pública, não surpreende que nêles de preferênciã se recrutasse, na formação ou no govêrno das nações, o pessoal político e os grandes condutores de povos, que, da república romana à idade contemporânea, empunharam na História o facho da revolução ou o timão do Estado, ocupando em Roma a cadeira curúl dos pro-cônsules, subindo ao patíbulo em França com Robespierre, discípulo de Montesquieu, erguendo-se ali com Poincaré, Loubet, Fallières e Millerand à suprema magistratura, que em Portugal foi dada a Manuel de Arriaga, sucessor e precursor de outros jurisconsultos que antes e depois d'êlé governaram a Nação.

*
* *

Revertendo, em conclusão, à tese da competência do Juiz para interpretar, segundo as regras dos arts. 16.º, 685.º e 1.761.º do nosso Código Civil, o teor das convenções particulares como o das leis públicas, direi que não se abona com sólidas razões a distinção fundada em ser *matéria de facto* a vontade dos pactuantes expressa em documento autêntico e não o ser a do legislador, autenticada igualmente com os sêlos do Estado!

Quando ao tribunal de revista fôsse inequívocamente vedado apreciar a matéria de facto (e, fazendo-o, êle converter-se-ia, como de facto acontece ainda na maioria dos casos, numa «terceira instância»), a lógica pediria que êle se dispensasse de ler os depoimentos colhidos e o conteúdo em quaisquer documentos — a menos que a leitura lhe fôsse imposta pela necessidade de confrontar no exame dos autos a verdade das alegações.

Entender-se que é lícito examinar a prova para verificar se

obedeceu às prescrições legais, ou se dela se extraíram as legítimas ilações jurídicas — é, salvo o devido respeito, confundir na substância daquele art. 16.º do Código Civil a matéria do seu art. 10.º — segundo o qual a transgressão da lei que fixa o número das testemunhas a inquirir, ou as formalidades que deve revestir um documento autêntico, seria, não uma nulidade de *sentença*, mas nulidade de *processo*, a suprir pelo preenchimento do número legal ou daquelas formalidades: o mesmo critério devendo igualmente dominar a hipótese de recair em número superior de testemunhas a decisão proferida nas instâncias.

E, pois que o legislador se absteve de resolver na nova orgânica do processo êste ponto, porventura reservado a diploma especial sôbre organização e competência dos tribunais — subsistirá até êsse momento, com o absoluto e insofismável predomínio do *caso julgado*, a flutuação da jurisprudência, na inevitável e imprescindível integração de mais esta evidente lacuna da lei.

Se a autoridade é função da cultura, devemos presumir iguais, ambas, em qualquer grau da hierarquia judiciária — para que não pareça inerrável a decisão final, que só o será por essa única e singela razão.

Outubro de 1943.

Caetano Gonçalves