

## DISTINÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO E DE DIREITO E OS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS DE 1.<sup>a</sup> INSTANCIA

Alocução proferida pelo advogado Dr. António Pedro Pinto de Mesquita, em representação da Ordem dos Advogados, na sessão solene da abertura do ano judicial, realizada no edifício do Tribunal da Relação do Pôrto, em 24 de Janeiro de 1944

**D**ENTRO da esfera de acção superiormente atribuída ao objecto dos discursos na inauguração solene do ano judicial, proponho-me fazer algumas considerações sobre o tema — «Distinção da matéria de facto e de direito e os julgamentos dos Tribunais de 1.<sup>a</sup> Instância.» Não é evidentemente novo no campo judiciário o problema da distinção de facto e de direito, que, pode bem dizer-se, é talvez o mais interessante de todo o direito processual: porém a vasta laboração doutrinária a esse respeito produzida tem-se dirigido principalmente à função da instância superior que, num último grau da herarquia judiciária, deve tomar o feito desprendido da discussão acerca das ocorrências reais nos quadros de tempo e do espaço para apenas lhe aplicar, por via definitiva, o regime jurídico adequado. E não é de admirar que assim seja. Nos sistemas processuais instituídos no século passado, e que dum modo geral foram moldados no paradigma da organização judiciária delineada pela Revolução Francesa, o delicado problema da distinção do facto e do direito não tinha em regra que colocar-se perante o Tribunal de 1.<sup>a</sup>

Instância, pois aqui ou existia a separação das entidades julgadoras ou, quando tal se não desse, a análise da prova não ficava subtraída á apreciação dum Tribunal de Apelação.

Dessa forma, assim como Carnelutti, Marty, Denz e outros juriconsultos estrangeiros estudaram principalmente o problema, na delimitação da competência do Tribunal de Revista, também os doutrinários portugueses têm seguido idêntica orientação. E se é certo que o problema é na essência o mesmo, não é menos certo que, nas suas conseqüências, a inobservância das regras que devem presidir à separação do facto e do direito toma aspecto diverso quando se coloca a questão em face da estação do primeiro ou do último grau da herarquia judiciária. Aquilo que num caso é com freqüência válvula de segurança salutar, pode constituir noutro perigosa inutilização duma via de recurso. Mas não antecipemos desde já o nosso juízo sôbre tão melindroso assunto.

Ao aproximarmos, pela própria natureza do problema em causa, os graus extremos da nossa organização jurisdiccional, é justo perguntar se não será indelicadeza trazer êste ligeiro ensaio a uma inauguração solene que decorre sob a égide daquela estação intermédia da nossa organização judiciária que, em homenagem à verdade é mister reconhecer ter visto a sua função quasi neutralizada em presença do novo sistema processual.

Como, porém, é objectivo primacial destas sessões officiais, o revigoreamento do prestígio dos Tribunais na sua alta função social, há que pôr de parte tal reparo, e assim entramos sem mais preâmbulos, no objecto desta despretiosa palestra.

\*

\* \*

Porque não pode êste trabalho aspirar à categoria dum estudo de alta investigação, só nos referiremos aos antecedentes da nossa organização judiciária que directamente interessem ao assunto.

Na legislação promulgada em seguida à implatação do regime liberal, a separação das matérias de direito e de facto, no que se refere ao julgamento de 1.<sup>a</sup> Instância, era de considerar

por efeito da intervenção dum organismo de julgadores não togados.

No que se refere às causas cíveis, não merece a instituição do júri as honras de desenvolvida referência, uma vez que a Novíssima Reforma Judiciária deixou aberta a porta para a sua sistemática eliminação e o Código de 1876 assinalou, com um regime de faculdade que supomos jámais aproveitada, a categoria dum objecto de museu. Deixarei também de parte o funcionamento do júri criminal, uma vez que, como mais adiante terei ensejo de referir, a distinção do facto e do direito reveste, em processo penal aspecto especial. Mas no que se refere a matéria comercial, não resisto à tentação de transcrever dois artigos do Código Comercial de 1833, que traduzem o sistema adotado no diploma que tem a honra de ocupar a vanguarda no período da codificação nacional.

Art. 1.030.º — Tôdas as questões comerciais podem ser decididas por árbitros, convindo as parte. Uma vez postas em juízo contencioso, serão decididas pela maneira seguinte: pelo juiz do tribunal comercial de 1.ª Instância serão decididas, julgando só, as questões pura e simplesmente de direito: por êste juiz conjuntamente com o júri as questões que envolverem facto cuja verificação e determinação por sentença seja base essencial para a devida aplicação do direito.

Art. 1.078.º — Tôdas as causas comerciais em tôdas as instâncias devem ser decididas com tôda a celeridade e solicitude possível, simples e sumariamente, de pleno e pela verdade sabida, sem estrita observância de fórmulas, julgando o júri do facto e o juiz do direito nos casos em que fôr compatível essa decisão, segundo o legislado no art. 1.030.º.

Pela simples leitura dêstes textos, verifica-se que ao penetrante espírito de Ferreira Borges já fizera impressão como dificuldade à geração do facto e do direito a existência de questões mixtas que importava ressalvar. E de tal maneira esta subtil reserva se impôs que, a despeito do silêncio do ulterior Código de Processo

Comercial, permaneceu a doutrina de competir ao juiz togado a apreciação das questões de facto que fôsem inseparáveis das questões de direito.

Nêste regime de equilíbrio que procurava afastar a possibilidade de intromissões abusivas e a que servia de complemento feliz a faculdade de anulação por iníqua da decisão de facto — aliás só tardiamente importada do campo do processo criminal para o comercial — neste regime, dizíamos, se vivia quando a profundíssima reforma da nossa orgânica processual veio modificar o aspecto da questão que nos propomos tratar primeiramente por assimilação quási total do regime do processo comercial ao do processo civil mas dentro de pouco substituída, em completa volta face, pela implantação integral do tão controvertido sistema da realidade.

Desde já salientamos que a apreciação dêste sistema só será chamado à barra da discussão na medida das suas relações imediatas com o objecto dêste estudo. Por demais é sabido que na esfera da acção das ciências sociais impossível será levar a classificação àquêles extremos de perfeita delimitação que permitissem separar um problema do outro. Se justamente o objecto do nosso trabalho tem como idéia manter a convicção da inconveniência duma excessiva acção classificadora!...

Foi em 1932 que se instituiu, com carácter de generalidade, o regime da discussão oral, atribuindo nas acções não consideradas de pequeno valor a decisão definitiva da matéria de facto a juizes togados, na fórmula dum tribunal colectivo presidido pelo magistrado a quem cumpria aplicar o direito, e em breve se generalizou tal regime às causas de valor diminuto, em que se concentrou na mãe do juiz singular o poder de emitir em regra veridictum absoluto sôbre a matéria de facto. E êsse sistema a princípio inserto num diploma avulso veio a constituir parte integrante do novo Código de Processo com o inequívoco significado dum propósito de mais estável consagração.

Parece-me importante neste momento pôr em confronto, nas suas linhas gerais, os dados da questão no velho sistema da instituição do júri e no do deferimento da decisão de facto ao Tribunal Colectivo. Não está certamente no meu espírito fazer comparações sôbre o grau de perfeição na decisão sôbre os factos,

dum ou doutro corpo colectivo. A respeito do problema que nos interessa, porém, há que considerar que no regime da intervenção do júri, com defeitos que o decurso do tempo ainda não fez por completo esquecer, estava, por natureza, confinada a decisão do facto ao seu justo campo de acção, uma vez que nela tomava parte o próprio julgador de direito.

Dados os apertados limites em que se tinham de mover os jurados, com as respostas circunscritas a um simples *sim* ou *não*, e reservadas as questões mixtas para o julgador de direito, poderia a decisão do júri ser suspeita de parcialidade ou reveladora de manifesta iniquidade, mas era certamente bem mais remoto o perigo assinalado ao regime actual, qual seja o da inversão da ordem da tradicional mecânica da arte judiciária — a aplicação do direito aos factos.

Adquiriu, pode dizer-se, direitos de cidade a praxe de se recorrer ao molde do chamado silogismo judiciário no estudo desta questão.

E, assim, ver-se-à na regra do direito a premissa maior, no facto que condiciona a aplicação do direito objectivo a premissa menor e na decisão e resultado da aplicação do direito ao facto; ou seja a conclusão. É principalmente na fixação da premissa menor que reside o ponto nevrálgico da questão. Pede-se ao Tribunal um julgamento em consciência sôbre as ocorrências do caso concreto, mas esquece-se que quem é chamado a proferir tal decisão não pode, mau grado seu, isolar-se, no seu processo psicológico de percepção e volição, do regime jurídico que, na sua órbita de aplicação, vai encontrar o resultado da averiguação dos factos.

É, em tôda a sua crueza, o princípio da reacção dos consequentes sôbre os antecedentes a perturbar aquêle tranqüilo ordenamento das causas determinantes que fez o encanto de tôda uma escola filosófica.

Não é, sem dúvida, isenta de preocupações a tarefa do Tribunal de facto que se vê compelido a deixar exarado o resultado do exame das provas sem umas palavras de esclarecimento da maneira por que foi levado a tal solução.

Ainda mesmo no que respeita excusivamente ao domínio dos factos, é tarefa de peculiar melindre a justa ponderação dos

elementos contraditórios e dispersivos a que a análise das provas conduz. Há sobretudo que considerar as tendências próprias do nosso temperamento de meridionais, que facilmente nos conduzem a graduar, com imperfeito sentido das proporções, o *principal* e o *acessório*.

É por outro lado a circunstância de, no sistema actual, a actividade do pensamento julgador se concentrar quási apenas no movimento próprio duma audiência de julgamento, e assim serem imperceptivelmente relegados para um plano secundário outros elementos do processo que, numa análise levada a efeito em circunstâncias diferentes, viriam a situar-se em nível superior.

É muito difícil, no processo psicológico da formação dum juízo de valor, projectar num mesmo plano de percepção pontos de referências quando uns oferecem a simplicidade que dimana do calor da própria presença e outros se diluem na análise laboriosa e menos viva duma peça escrita.

Recordo-me, neste momento, da aliciante atracção com que nos já remotos estudos da Física liceal, nos prendíamos ao princípio do nível hidrostático nos vasos comunicantes e a dificuldade com que retínhamos no pensamento a regra, em tudo semelhante, da unidade do potencial eléctrico em relação a 2 corpos condutores: é que enquanto o primeiro se impunha pela evidência da própria inspecção visual, a 2.<sup>a</sup> resultava duma construção mais complexa que demandava trabalho de abstracção.

Ora as condições impostas ao funcionamento dos Tribunais Colectivos, umas pelo imperativo dos factos e outras por rigoroso condicionamento legal, não são a nosso ver as mais favoráveis para que aquêl trabalho de justa colocação dos valores se venha a realizar pela forma mais perfeita.

Por um lado, a vista dos processos por parte dos juizes adjuntos tem lugar numa altura que os inevitáveis adiamentos da audiência de julgamento fazem muitas vezes colocar a uma distância de muitos meses, e nessa perspectiva, não será certamente indiscreto afirmar que representa uma mera formalidade.

Por outro lado, a obrigação legal de se proferir a decisão acto contínuo sôbre o encerramento da discussão faz avolumar aquela dificuldade de se trazer ao mesmo terreno, sem desvios

da localização que lhes compete, todos os elementos sôbre os quais há que emitir o veridictum judicial.

Uma vez que se concedeu aos juízes de 1.ª Instância a ilimitada confiança que se traduz na quási sistemática eliminação da revisão do julgado do facto, não vemos razão para que se não consinta aos magistrados a faculdade de relegar para um dia próximo a publicação da sua decisão. Nada se perderia, a nosso ver, com um exame de introspecção mais profundo para o qual muitas vezes, não é o meio mais adequado a presença em comum.

O fortalecimento da convicção de cada um só seria proveitoso para mais eficiente resultado da discussão em conferência.

\*  
\* \* \*

Êstes aspectos de observância corrente que assinalamos aos Tribunais Colectivos — e que em grande parte são extensivos, nas suas linhas gerais, aos juízos singulares em que a decisão sôbre o facto tem carácter definitivo — tomam relêvo especial se fizermos intervir o problema da qualificação jurídica dos factos, aquêle que os escritores alemães chamam subsunção do facto sob a norma.

Efectivamente não pode deixar de estar presente ao espírito dos juízes julgadores, que são técnicos do direito, na verificação dos factos, a sua caracterização legal.

Se de certo modo está ligado à noção de perfeição a idéia de simplicidade, como será de estranhar que os magistrados que julgam ter vivido mais de perto a realidade da lide não abstraíam dessa tendência planificadora no ordenamento dos factos?

Tem sido largamente debatido na doutrina e na jurisprudência se deve ou não considerar-se uma questão de direito o enquadramento dos factos num determinado conceito referido na lei.

Como acentua Marty, na sua obra magistral «A distinção do facto e do direito», verifica-se a êste respeito uma evolução no sentido de alargar o aspecto jurídico da qualificação que a princípio se considerava restrito à hipótese de na lei se precisar o sentido e o alcance dos têrmos da fórmula adotada e mais tarde

veio abranger o caso de não constar da lei a definição expressa do conceito.

E, na verdade, não é fácil admitir a distinção, uma vez que num caso ou noutro jámais se poderá encontrar na lei concretização bastante para afastar a possibilidade de confusões.

A lei define o que seja a posse de estado, no capítulo da filiação, mas o apuramento da existência do tratamento e reputação pelos pais ou pelo público não se apresenta certamente com aspecto diverso do da injúria grave que a lei aponta como fundamento de divórcio sem definir o sentido do seu objecto.

Ora é precisamente na fixação dos factos, que directamente se prendem a uma determinada categoria jurídica, que o Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instância, por natural pendor, não alheia da sua conclusão o resultado da intervenção do elemento de ordem jurídica.

Robustecida na sua consciência uma idéia de conjunto, que compreende o sentido dos efeitos da decisão, é difícil retirar sôbre os seus passos por forma a estirpar do seu veridictum o influxo do factor jurídico.

Ao dar como provado êste ou aquêle facto, o Tribunal não esquece que existe uma categoria jurídica a que tais ocorrências interessam, e se é mister dar uma solução à controvérsia em causa, mal se compreenderia que os factos não constituíssem no conjunto um alicerce seguro para a decisão final.

E assim constituindo o apuramento dos factos e a sua qualificação jurídica os elementos característicos da premissa menor do silogismo judiciário, o Tribunal de facto não os consegue separar, não deixando sequer vestígios da sua intromissão na órbita do direito.

É no campo da interpretação dos negócios jurídicos que a absorção do direito pelo facto pode ter lugar em maior escala. A êsse respeito criou-se na doutrina e na jurisprudência a curiosa figura da desnaturação de que Marty apresenta como modêlo típico o caso de o Tribunal, para chegar à qualificação duma compra e venda, declarar que tinha havido acôrdo sôbre a transferência da coisa sôbre o preço quando, pelo contrário, resulta dos actos efectivamente realizados que tal acôrdo não existia e só havia um simples projecto. A função assinalada ao Tribunal de revista na correcção dos exageros da desnaturação torna-se



improfícua na maior parte dos casos, desde que o Tribunal do facto assumia nas respostas ao questionário uma posição que não contenha em si a própria afirmação dessa desnaturação.

É princípio expresso do nosso Código de Processo Civil que o onus da prova recai sobre o autor ou sobre o réu, consoante se trata de factos que constituem fundamentos da acção ou da excepção. Também esta norma de direito objectivo pode ser a cada passo desrespeitada pela 1.ª Instância sem que o Tribunal de recurso tenha meios de poder aperceber-se de tal violação.

É de todos os dias o caso da comunicabilidade ou incomunicabilidade das dívidas dos conjuges em regime de comunhão, e em que o sistema de presunções, que é diametralmente oposto conforme se trata de dívida civil ou comercial, pode ser iludido sem qualquer índice de exteriorização.

\*  
\* \*

Deixamos focados alguns dos aspectos em que o sistema de funcionamento dos Tribunais de 1.ª Instância compromete a diferenciação do facto e do direito, tornando assim precária quanto a êste último a acção unificadora e renovadora do Tribunal a quem é conferida esta missão. No regime antigo surgiam por vezes queixas contra certas decisões do Supremo Tribunal de Justiça que envolviam — quasi sempre com subtilidade e elegância, há que dizê-lo — intervenção nos domínios da prova: hoje, porém, o que é bem mais grave, sob o manto protector duma mera decisão de facto pode ir implicitamente resolvida por forma definitiva uma questão de direito.

Se êste sistema é em si defeituoso por dar lugar a uma maior frequência de erros judiciários, não o será menos nas naturais reacções a que vai dando lugar.

Por um lado, no natural instinto de defender os fundamentos jurídicos dos seus constituintes dos imprevistos da decisão de facto, os advogados serão levados a uma attitude de prudente reserva, sem levar à sua projecção última os problemas quicá complexos que o caso possa comportar. E dessa forma aquella colaboração na acção da justiça a que pretende dar-se tão grande relêvo deixa de manifestar-se na sua plenitude.

Por outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça, porque não pode negar-se a si próprio, tornar-se-á — o que dia a dia se vai acentuando —, mais severo na exigência da enunciação dos factos pelas partes por forma a circunscrever o campo de acção do Tribunal Colectivo.

Dessa forma caminharemos no sentido duma concretização excessiva, com risco de se perder, através dum empirismo fragmentário, a caracterização de determinada situação que mesmo no puro campo do facto pode revestir aspecto de complexidade unitária incompatível com a especificação em detalhe.

E não será inconveniente menos grave o menor grau de certeza de direito que fatalmente tem de resultar ou do alheamento do Tribunal a quem compete a fiscalização da observância da lei ou das construções ousadas a que terá de recorrer para não deixar passar em julgado casos de flagrante injustiça.

\*  
\* \*

Já quasi no têrmo dêste nosso modesto ensaio, recordamo-nos de haver afirmado, em certa passagem, que nos processos crimes a distinção do facto e do direito se apresentava em têrmos diferentes.

Pela própria índole da acção criminal e pela maleabilidade, que por definição tem de caracterizar a aplicação da lei ao caso concreto, não é de surpreender uma maior intra penetração dos dois elementos.

É por isso que a decisão de direito em processo crime é proferida pela mesma entidade que aprecia os factos ainda quando de constituição plural, tendo até vigorado durante algum tempo o regime de não haver especificação da matéria de facto.

\*  
\* \*

Resta-nos concluir. De tudo o que atrás dissemos infere-se que julgamos illusória a convicção de que o sistema vigente

assegura por forma eficiente a separação da jurisdição do facto e do direito.

Para que assim não fôsse seria mistér admitir no campo da ordem jurídica aquêlê poder de abstracção com que Arquimedes concebia um ponto de apoio para levantar o mundo e os economistas da escola austríaca um «homo œconomicus» despidido de todos os elementos da personalidade humana e apenas impulsionado por um objectivo utilitário.

Pretende-se realizar o que se considera uma útil classificação : e todavia a própria realidade da vida aposta-se em demonstrar que há traços de união que se não podem eliminar. Duma intromissão *a posteriori* do Tribunal de Revista na decisão das Instâncias passou-se para uma absorção do direito pelo facto no 1.º grau da herarquia judiciária.

Já deixamos apontados aqui e ali alguns alvítres que poderiam a nosso ver atenuar os inconvenientes do sistema vigente : não poderíamos aspirar a apresentar uma solução de conjunto, porque a interdepência de problemas tangenciais nos levaria para fora do assunto que nos propuzemos tratar.

Mesmo sem alteração do sistema actual, julgamos que a exigência duma fundamentação, ainda que sumária, da decisão do facto poderia contribuir eficazmente para confinar aos seus naturais limites as 2 jurisdições, ao mesmo tempo que deveria dar-se de novo vida àquêlê salutar princípio do nosso direito antigo que considerava base de impugnação do julgado a injustiça notória.

A consciência pública, que atentamente acompanha a vida judiciária, por ver no prestígio dos Tribunais a melhor garantia da manutenção e revigoração das qualidades morais da alma nacional, veria com bons olhos qualquer medida que assegurásse a plena comparticipação, na acção da Justiça, dos vários graus de herarquia judicial que se habituou a conhecer.

Disse.

*Pinto de Mesquita*