

FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

I

NA sessão inaugural do ano forense de 1944, voltou a ocupar a atenção dos oradores, com primacial relêvo, o tema da função da jurisprudência na aplicação do Direito, e bem assim o dos quadros gerais do pensamento nos quais se insere, ou donde logicamente resulta, êsse tema.

Julguei, por isso, que seria de todo o interêsse arquivar na Revista da Ordem a síntese de uma doutrina que sôbre o assunto construí em duas conferências proferidas na Ordem dos Advogados.

É que tratando-se de uma contribuição que, pelo menos, posso apelar sem imodéstia de profundamente *séria*; e sendo, além disso, uma construção que, sem deixar de pressupôr a doutrina já feita, não deixa no entanto de possuir o seu cunho pessoal, atesta, pelo menos, o esforço de excedência de *um advogado* e informa os leitores portugueses e estrangeiros da contribuição que a Ordem dos Advogados, atravez de um dos seus componentes, deu ao estudo de tão momentoso e importante assunto da temática do Direito.

As conferências a que me refiro foram publicadas em dois opúsculos, o primeiro sob o título «*Ensaio de ensaio sôbre a ética do arbítrio judicial como função adjuvante da lei na criação do Direito*», e o segundo sob o título «*Nova contribuição para o estudo da Jurisprudência como fonte de Direito*».

II — SÍNTESE DO PRIMEIRO ENSAIO

1. — O problema da jurisprudência como função adjuvante da lei na criação do direito, que me propuz tratar nestas conferências, aliás como simples e modestíssima contribuição para o seu estudo, põe-se desta forma : — o juiz, em seu prudente arbítrio, sempre limitado em termos que se hão-de expôr, colabora com a lei na realização do direito.

Mas como e em que medida?

De todos é sabido que muitas vezes se constituem, acêrca do mesmo pleto, duas justiças—seja-me permitido exprimir assim — : a justiça que em *verdade* o caso merecia, por virtude da forma como êle na realidade existe, e a justiça que tem de lhe ser ministrada, por virtude do modo como êle aparece no processo ou como foi tratado pela lei.

Muitas vezes o juiz sente e sabe que o caso é, na *realidade*, diferente do que consta do processo ; e sente e sabe que, se o legislador o tivesse previsto exactamente como êle na realidade se apresenta, o teria tratado de modo diverso.

Mas não pode apreciar nem investigar livremente as provas, como igualmente não pode corrigir a lei, e por isso se vê constrangido a aplicar uma justiça que não é a que em sua consciência e em *verdade* deveria ser aplicada.

Para que êle fizesse justiça recta e verdadeira, tornava-se indispensável que lhe fôsem dados poderes para investigar livremente as provas (aspecto processual dos poderes do juiz) — êste aspecto pode dizer-se realizado hoje no novo Código de Processo Civil — e para corrigir a lei, afeiçoando-a ao caso concreto que é chamado a decidir (aspecto substantivo).

Mas devem ser-lhe concedidos êsses poderes?

Deve ir tão longe a colaboração do arbítrio judicial com a lei para a realização do direito?

Para responder a esta pergunta, duas direcções fundamentais se constituíram na doutrina : — uma a que se poderia chamar dos intérpretes, do absolutismo legal ou do direito stricto, pela qual o juiz não cria direito e só aplica o que está contido na lei, em seus precisos e rigorosos termos, tôda a vez que se não encontre perante um caso omisso — não faltando até quem afirme que na

lei, por virtude da sua fôrça de expansão lógica, não há nunca, ou por via de regra, lacunas ou casos omissos ; outra, pela qual o direito deve ser criado pelo concurso da lei com a jurisprudência : a lei define o direito, mas porque o define em função do caso real que supõe, a jurisprudência deve afeiçoá-lo a êste caso real, sempre que a lei o tivesse previsto de modo insuficiente ou imperfeito, para que a justiça e a utilidade social, que constituem a razão de ser da lei, se não sacrifiquem à sua pura formulação abstracta, para que, enfim, se não sacrifique o fundo à forma : é o sistema do arbítrio judicial como função adjuvante da lei na criação do direito.

Na primeira conferência, que sôbre o assunto proferi, tomei posição neste conflito de escolas, firmando as seguintes teses :

1.^a — O sistema do arbítrio judicial, como função adjuvante da lei na criação do direito, recebe os favores da hora presente, porque é o que corresponde à estrutura de espírito do homem do século XX, ao seu condicionalismo ético-social.

2.^a — O arbítrio judicial, limitado sempre nos termos que se hão-de expôr, como função criadora do direito em conjugação com a lei para a completar ou para a corrigir, adaptando-a ao caso concreto, sôbre ser um factio irreductível e inelutável da vida do direito, é um elemento ínsito no seu sistema e, portanto, inerente à sua construção teórica ;

3.^a — Por consequência, é indispensável elaborar, para viver ao lado da *teoria da interpretação* e da *teoria da integração das lacunas*, a teoria da *correção* ou *adaptação legal*, preenchendo assim um caso omissio da ciência do direito, mercê do qual essa função se está exercendo sem disciplina nem responsabilidade, através de uma extensão abusiva da teoria da interpretação.

A primeira tese foi tratada na conferência inicial que sôbre o problema proferi, e nela ensaiei o estudo, digamos, das suas bases filosóficas : a segunda tese foi o objecto da segunda conferência, na qual tentei esvurmá-la interiormente, por uma análise crítica que lhe estabelecesse as bases técnicas ; e a terceira tese será objecto duma última conferência, na qual me proponho ajudar, com algumas simples sugestões, a construção dessa nova teoria

da correcção ou adaptação legal, que há de ombrear, na ciência do direito, com a da interpretação e com a da integração das lacunas.

De tal modo, porém, estão no meu pensamento unidas num só corpo as teses que enunciei, que se fazia mister, para atacar a segunda e perfeitamente a entender, lembrar, embora numa rápida e fugidia síntese, as conclusões da primeira.

Das bases filosóficas nos elevaremos assim às bases técnicas, e destas à construção normativa.

2. — É de todo o ponto evidente que se vive ao presente uma hora de favor para o sistema do arbítrio judicial como função adjuvante da lei na criação do direito, adaptando-a ao caso concreto, a qual se traduz na tendência pronunciada e forte que hoje existe para ampliar o poder dos juizes, tanto sob o ponto de vista processual como sob o ponto de vista do direito substantivo.

Uns lhe concedem essa ampliação de poderes, destinada a facilitar a adaptação da jurisprudência às necessidades sociais, de modo claro e franco; outros lha concedem de modo paliado, por meio de uma extensão abusiva da teoria da interpretação.

Porquê esta tendência na actualidade?

Cada um dos dois sistemas, escolas ou direcções fundamentais mencionadas, representa uma opção do espírito humano entre dois riscos igualmente inevitáveis.

A aplicação do direito nos precisos termos legislados pode conduzir a flagrantíssimas injustiças e contrasensos; a sua correcção pelo arbítrio judicial pode levar a incertezas e caprichos.

Entre os dois riscos, o sistema do absolutismo legal opta pelo primeiro, ao passo que o sistema do arbítrio judicial opta pelo segundo.

Um prefere a rectitude à certeza; outro a certeza à rectitude — ambos com perfeita consciência dos perigos inerentes a cada uma das suas respectivas atitudes.

É caso de se dizer que a inteligência humana ainda não realizou aqui, como aliás em todos os outros aspectos da vida, a síntese que nos arranque àquela antinomia ou contradição fundamental, assinalada por Proudhon, entre cujos polos gira tudo quanto existe.

O que acontece, então, é que os homens se inclinam, ora para um, ora para outro dos dois sistemas, ao sabôr das características e circunstâncias da sua época, e, portanto, ao sabôr da estrutura espiritual que delas se gerou.

Pensa-se e quere-se, conforme se é; e nenhum de nós é capaz de subtrair-se, ao menos totalmente, às condições de vida em que se gerou, cresceu e vive: ao seu clima físico e ético-social.

Quais são hodiernamente essas condições? Qual o clima ético-social e, portanto, como se define a estrutura espiritual do homem no século XX? E quais as suas repercussões nos domínios do direito?

3. — Eis, por gôtas de síntese, as conclusões a que aportei na primeira conferência:

a) — A vida humana é uma síntese biológico-espiritual e social — quere dizer, o homem com tôda a sua circunstância — que deve ser vivida e servida na sua integridade, sem preferência ou menospreso por um só dos seus aspectos.

b) — A vida humana é, além disso, essencialmente acção, isto é, um «quê hacer» de todos os instantes; por isso mesmo,

c) — todo o homem, para nortear a sua acção, precisa de eleger entre as dúvidas da sua inteligência, ou entre a diversidade dos caminhos *lógicos*, uma certeza intuitiva.

d) — A vida humana é impelida por um esto profundo e imamente de excedência contínua, que se traduz numa linha de evolução histórica que condiciona a vontade dos homens e os leva em luta áspera de uns com os outros e com a Natureza, da barbarie à civilização e desta à Cultura, de ser instintivo a ser de razão, atravez de fórmulas de convivência social cada vez mais justas.

e) — Quere isto dizer que os acontecimentos são muitas vezes governados por imponderáveis, que os homens sages, sobretudo quando governam os povos, precisam de intuir, assim como o vèdor adivinha à superfície da terra a corrente de águas que lhe corre debaixo dos pés.

f) — Pois esta linha de evolução histórica governada por imponderáveis sobranceiros à vontade humana e que mercê de

esto de excedência vital e contínua se afirma progressivamente em certo sentido, por vezes *faz crises*, que parecem uma mudança de rumo e assinalam a transição entre o que nós chamamos duas épocas.

g) — No fundo, porém, estas crises nada mais representam do que movimentos superficiais dêsse mesmo contínuo: todo o presente é condição do futuro e, portanto, *necessidade histórica*.

h) — A Grande Guerra marcou o momento culminante na crise entre duas épocas: o século XIX e o século XX.

A mudança radica nos arcanos do homem interior. O que essencialmente mudou foi a sua atitude: os valores vitais de carácter biológico e social ascenderam ao nível dos valores puramente espirituais: o homem quer à vida e não a uma imagem espiritual da vida e, por isso, volta-se das *Idéias* para os *Factos*, dos problemas especulativos para os problemas *vivos*, ganhando uma mentalidade que corresponde a esta atitude.

A necessidades históricas de certo tipo, equivale um tipo de estrutura mental e social do mesmo género.

Retornou, pois, para a efectivação de necessidades da evolução histórica correspondentes, um tipo humano caracterizado por uma idiosincrasia *realista* e uma maneira de pensar *positiva*.

Assinala o nosso tempo uma profunda consciência das realidades na escôlha dos meios e na eleição dos fins.

Detestam-se ficções e abstracções, e amam-se *realidades*.

i) — Esta mudança dá naturalmente os seus afloramentos em todos os campos da actividade humana; em todos êles se substitui, ao idealismo o realismo, ao individualismo o sociologismo, à Liberdade a Autoridade, na antecipação da gloriosa síntese de um novo dia, que há de superar o movimento por assim dizer pendular com que estas duas atitudes extremas se têm substituído uma à outra no evolver da Humanidade.

j) — No campo político, a administração sobreestima-se por cima da política pròpriamente dita.

A uma época de necessidade, sensibilidade e realizações político-jurídicas, segue-se uma época de necessidades, sensibilidade e realizações administrativas económico-sociais e, por isso, os regimens *centram-se* nos órgãos de execução ou governativos, e não nos órgãos de *discussão*.

k) — No campo do direito, à concepção do direito subjectivo substitui-se a concepção do direito como função social de conteúdo positivo.

O direito é um atributo da pessoa humana que se insere na sociedade como função, de modo que nem pelo seu titular pode dela ser desviado.

Quere dizer : o direito *centra-se*, não no indivíduo, mas na sociedade como tal, de cuja consciência específica a própria pessoa humana tira o seu carácter sagrado.

l) — Como consequência, interessa menos o seu aspecto *estático* do que o seu aspecto *dinâmico*, ou seja : menos o modo como êle existe na lei do que o modo como êle *em realidade* se insere na vida social.

m) — Por outro lado, o direito preexistente, como conceito formal, é uma suposição de justiça e de utilidade correspondente a uma manifestação de vida *prè-vista*.

Claro que se esta *prè-visão* é falsa, falsa seria a suposta disciplina ético-social que se lhe applicou.

Mas o sistema do absolutismo legal, vendo na *preexistência* do direito uma condição de segurança e de certeza inalienáveis, preferiu a vida suposta à vida real e foi por isso levado ao culto do Direito pelo Direito, e, por isso, a um conceptualismo que a breve trecho se esvaziou de conteúdo vital.

Em reacção surgiu o sistema do arbítrio judicial como função adjuvante da lei na criação do direito, para suprir as insuficiências ou imperfeições de conceptualização da lei e assim lhe dar tóda a sua eficiência vital, colocando-se aberta e decididamente sob o signo do Direito pela Justiça em vez do Direito pelo Direito.

n) — Desta forma, o favor hoje concedido ao sistema do arbítrio judicial, filha as suas raízes na alma *desilusionista* e na estrutura de espírito *realista* e *dinamista* que caracterizam o homem do século XX, mercê das quais os valores da *Realidade*, da *Ação* e da *Sociedade* adquirem ascendente sôbre os valores das *Idéias*, da *Discussão* e do *Indivíduo*, e a concepção do direito se encheu de conteúdo vital, descentrando-se do indivíduo para se centrar na sociedade como função.

O direito é social pela sua origem e pelo seu destino — o que equivale a dizer que todos os direitos se inserem num determinado

tipo de jurisdição, correspondente ao ideal colectivo que em cada momento domina o govêrno da comunidade.

É êste ideal colectivo, é esta jurisdição dominante, que condiciona os direitos e sôbre êles exerce uma judicatura suprema: e daí o poder dizer-se que tôda a orgânica e sistemática jurídicas constituem em dado momento uma *política*.

É esta concepção do direito como função social subordinada a uma superior directriz política — Carnelutti chamou-lhe, depois de concebida e escrita a primeira conferência que estou resumindo, a sua «concepção instrumental do direito» — que hoje se encontra consagrada nas legislações fundamentais de tipo moderno, as mais dispares sob o ponto de vista do seu conteúdo teleológico, como, por exemplo, a portuguesa e a russa.

Com efeito, o destino económico-social, de harmonia com o qual, segundo o art. 1.º do código civil soviético, os direitos devem ser exercidos; os interesses da sociedade e os princípios da moral, que, segundo o § 1.º do art. 8.º da Constituição Política Portuguesa, não podem ser lesados pelo exercício dos direitos, são o destino económico-social e os interesses morais e sociais concebidos consoante o ideal colectivo e, portanto, consoante o tipo de jurisdição inerente a cada um dos respectivos pensamentos governativos dominantes.

o) — Ora bem: quem é que insere os direitos no seu destino social, isto é, quem é que fiscaliza o exercício dos direitos para o efeito de evitar que êles se desviem da sua função ou fujam do plano de jurisdição que os criou e em que existem?

A Jurisprudência: o prudente arbítrio dos juizes.

Por isso firmei a tese, cujo desenvolvimento analítico se seguiu como objecto da segunda conferência, segundo a qual o arbítrio judicial, evidentemente limitado nos termos que não de expor-se, como função criadora do direito em conjugação com a lei, para a completar ou para a corrigir, adaptando-a ao caso concreto, sôbre ser um facto irreductível e inelutável da vida do direito, é um elemento ínsito no seu sistema e, portanto, inerente à sua construção teórica.

III — SÍNTESE DO SEGUNDO ENSAIO

— Sinto a necessidade irreprimível de uma vez ainda insistir na índole do meu trabalho, dizendo a V. Ex.^{as} que o ataquei sob o signo das seguintes palavras de Josserand :

«Les phénomènes juridiques sont intéressants surtout par les principes d'où ils découlent et dont ils postulent l'existence».

Fazem-me elas lembrar certo episódio, por assim dizer anedótico, que anda envolto na tradição oral de Guilherme Moreira.

Nas vésperas do acto, seguindo uma velha praxe, foi um aluno procurá-lo para lhe solicitar a costumada indulgência.

Guilherme Moreira perguntou-lhe : «e V. sabe alguma coisa disto?» Respondeu-lhe o postulante que sim, que sabia uns *princípios gerais*.

Guilherme Moreira, então, retorquiou-lhe, naquela voz carver-nosa que, segundo dizem, era o seu diapasão : «Oh ! se Você soubesse os princípios gerais !...»

E no seu estilo sintético, que era o signo da sua profundidade, Guilherme Moreira enunciava assim a mesma verdade que se contém nas palavras de Josserand com que encetei esta parte do meu discurso e a cuja inspiração me acolhi.

O conhecimento mais eficaz, e, por isso mesmo, o que mais interessa possuir, é o conhecimento dos princípios, ou, deixem-me assim exprimir — das *essencialidades*, do *nómeno* jurídico, tão certo é que tudo o mais é o seu puro fenómeno.

Daí que, se eu tivesse de fazer do meu trabalho, por exemplo, uma tese, reduzi-la-ia à enunciação pura e simples das seguintes idéias fundamentais que o enseivam e dominam, porque são a sua essência, digamos, o seu extracto concentrado :

A) — O direito não é, por natureza, susceptível de captar-se inteiramente num conceito formal, já porque se não pode conceptualizar com suficiente extensão e compreensibilidade tódã a realidade a que se destina, já porque, sendo uma disciplina de realções externas, tem de ser, como elas, um *movimento* de criação constante.

Se num conceito formal não pode captar-se por completo tudo que é *existencial*, muito menos se pode captar um *dever*.

B) — Por isso mesmo a lei, que é um elemento *estático*, incorpora o que no direito é existencial, mas supõe sempre a coadjuvável um elemento *dinâmico* — o arbítrio judicial — que interpreta o que nêle é movimento e colma o que no seu «prius» de justiça e utilidade social não foi possível definir completa e antecipadamente na lei.

C) — A sociedade, porém, necessita *defender-se* do arbítrio judicial e, por isso, limita-o por dois modos: um, *intrínseco*, que consiste em lhe estabelecer restrições na própria lei; outro, *extrínseco*, que consiste em lhe disciplinar a actividade por meio de uma organização de critérios normativos que constituem a ciência da aplicação das leis, e que acabam por se impor aos juizes como uma espécie de direito consuetudinário.

D) — Daí que o direito tenha de ser, e efectivamente seja, um sistema vivo que se analisa em três elementos essenciais que uns aos outros *orgânicamente se supõem*: — a lei que incorpora a jurisdição imposta pelo Estado; o arbítrio judicial que a aplica e a insere no fluxo das relações sociais a que se destina; e a ciência jurídica que condiciona e disciplina esta aplicação.

E) — A aplicação da lei tem, por isso, de fazer-se sempre à base da sua decomposição nos dois elementos nitidamente diferenciáveis que lhe constituem a estrutura: — o conteúdo dogmático e a sua «forma» ou construção técnica.

O conteúdo dogmático é constituído pelo *princípio substantivo* que a lei incorpora como concretização da jurisdição acolhida pelo legislador: o seu espírito.

A «forma» ou «construção técnica», porém, não é só a sua linguagem — que gera a interpretação *pròpriamente dita* — como além disso um conjunto de preceitos simplesmente viabilizadores, a que um ilustre professor — Paulo Cunha — já incidentalmente chamou, com luminosa intuição, «mecânica da lei» — e com propriedade, porque se trata de um elemento simplesmente destinado a «mecanizar», ou pôr em movimento, aquilo que na lei é essencial: — o seu fundo, o seu princípio substantivo ou conteúdo dogmático.

F) — São «forma», por exemplo, todos os preceitos que, na aplicação da lei, a fazem resolver-se contra o seu próprio espírito ou obstam a que êle se exerça em tôda a sua plenitude, como

quando se diz: «dura lex, sed lex» ou «summum jus, summa injuria», pois em tal caso o que evidentemente se verifica é um fenómeno de imperfeita *formulação* dos fins que se tiveram em vista, assim como também é, por vezes, formal, o maior ou menor alcance formal que a lei apresenta, porquanto,

G) — Êste maior ou menor alcance formal corresponde àquela categoria de preceitos, que devemos distinguir na lei, e se destinam a restringir o arbítrio judicial na interpretação e aplicação dos seus preceitos pròpriamente dogmáticos.

De se não distinguirem, soe acontecer que se entendem como preceitos de conteúdo dogmático que o *exgotam*, preceitos que são de pura balizagem do arbítrio judicial na sua interpretação e aplicação e que, por isso, o não exgotam.

H) — Ora se nós déssemos a êstes preceitos de pura forma o mesmo valor dogmático que tem o conteúdo teleológico, traíamos a função da lei, por isso que sacrificávamos a jurisdicção substantiva que ela incorpora como concretização da justiça e necessidades sociais, à pura mecânica da sua construção prática: — teríamos sacrificado o que se quiz dizer, ao modo de dizer.

Daí que os preceitos formais tenham que adaptar-se, sob pressão das circunstâncias, à sua função puramente mecânica ou viabilizadora.

É o papel da jurisprudência, no sistema do direito, realizar esta *adaptação*.

Dêstes estudos há que recolher, como visão pessoal do problema, as seguintes idéias essenciais:

1.^a — a de que na vida do Direito a idéia *de sistema* de algum modo supera e se sobrepõe à velha doutrina da hierarquia das suas fontes.

2.^a — A de que esta idéia *de sistema de fontes* é um connectário lógico e irrecusável da concepção funcional do direito, que por sua vez resulta em linha recta, e também de modo irrecusável, do *ascendente* que, sôbre o *individual*, adquiriu o *social* nas concepções, formas e condições da vida humana que se desenham já na actualidade e se perfilam luminosamente nos horizontes do futuro.

Ou seja : — a idéia de que todo o direito, individuado embora, só existe legítimamente na medida em que se exercer de acôrdo com a *função* que na sociedade foi chamado a desempenhar.

3.^a — Por conseqüência, o direito não pode *esgotar-se* na sua formulação abstracta : tem sempre que *adaptar-se* à função vital que foi chamado a desempenhar.

Isto porque, sendo, na sua formulação *abstracta e preexistente*, uma *pressuposição de vida*, não pode, ao aplicar-se, realizar a sua função se porventura a vida *real* não coincidiu com a vida *suposta* : tem que adaptar-se à vida real.

4.^a — É por isso que a aplicação da lei se tem de fazer à base da sua decomposição em dois elementos nitidamente diferenciáveis que lhe constituem a estrutura : — o *conteúdo dogmático*, que incorpora o espírito, comando ou índice funcional ; e a «forma» ou construção técnica que o viabiliza : o primeiro imodificável por outra via que não seja legislativa, o segundo modificável a sabor do primeiro.

É de notar que o alcance por mim dado ao elemento formal excede os quadros da especulação feita até aqui sôbre o problema : — constituem elemento formal até mesmo certos preceitos que *parecem* dogmáticos.

Só a leitura do desenvolvimento analítico pode ilustrar devidamente êste ponto.

6.^a — A idéia de que, como consecutório das anteriores, haja de se construir, na lei e na ciência do direito, a par das teorias ou disciplinas da interpretação e da integração das lacunas, a teoria ou disciplina da adaptação da lei ao caso concreto, a que talvez se possa chamar teoria da individualização das normas de direito privado.

Mário de Castro