

## O FUNDAMENTO DO DIREITO, A NATUREZA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL, A MISSÃO DO JULGADOR NA VIDA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Conferência realizada na Sede da Ordem, em 29 de Janeiro de 1948

Pelo Dr. ALBERTO XAVIER (1)

SR. PRESIDENTE :

**A** GRADEÇO a V. Ex.<sup>a</sup>, extremamente penhorado, as referências muito amáveis, mas imerecidas, com que se dignou fazer a apresentação da minha pessoa à selecta assembleia aqui reunida, e agradeço também, reconhecido, a honra que me proporcionou de fazer uma conferência sobre problemas jurídicos na sede duma instituição tão nobre e intelectualmente tão elevada como é a «Ordem dos Advogados». Este sincero agradecimento é dirigido igualmente a todo o Conselho Geral.

V. Ex.<sup>a</sup>, bem como todos os seus colegas, me merecem muito apreço : são profissionais de renome, possuidores de grande autoridade moral. Desde princípios do corrente mês, V. Ex.<sup>as</sup> entraram no exercício das funções para que foram recentemente eleitos. Faço cordiais votos por que a vossa delicada missão seja coroada de completo êxito.

Teve V. Ex.<sup>a</sup> a gentileza de aludir aos cargos de alta categoria e representação oficial que desempenhei na administração do Estado. É certo, menos no que as suas palavras de apreciação

---

(1) Desviado muitos anos da advocacia por exercer altas funções públicas, o Dr. Alberto Xavier regressou há pouco a ela com vigor e mocidade. Que o afastamento não desatualizou os seus conhecimentos jurídicos, prova-o a magnífica conferência que proferiu na sede da Ordem — e que muito gostosamente publicamos.

encerram de exagerado. A despeito das regalias e prerrogativas que disfrutei, não obstante as demonstrações de excepcional consideração de que fui sempre objecto, da parte dos governantes, através dessa longa carreira pública, sinto-me, Sr. Presidente, ufano e muito feliz na minha actual situação de membro da «Ordem», e não oculto a preferência. A profissão de advogado, com efeito, é sedutora para os espíritos e presta-se, como nenhuma outra, à livre e ampla expansão da inteligência e da cultura individuais, não tendo outros limites que não sejam a prudência de cada um e o sentimento equilibrado das proporções.

Desde que, em 1926, foi estabelecida e organizada a «Ordem dos Advogados», que está integrada na função judiciária do país, distinguindo-se, por isso, de outros organismos profissionais, tem sido crescente a dignificação e a autoridade moral da classe. Este consolador resultado deve-se — é justo reconhecer — ao esclarecido esforço dos eminentes Bastonários e à cooperação útil e fecunda dos não menos eminentes colegas que têm sido eleitos, em cada triênio, como membros do Conselho Geral.

Referiu-se V. Ex.<sup>a</sup> ao facto de o convite para eu fazer a conferência ter sido formulado pelo Bastonário da «Ordem» cujas funções terminaram recentemente, em 31 de Dezembro de 1947, o Sr. Dr. António Sá Nogueira, convite gentilmente perfilhado pelo actual Conselho Geral. Foi grande honra para mim, e quero aproveitar o ensejo que me é oferecido para exprimir a todos o meu reconhecimento e, em especial, a esse nosso apreciado colega, pela amável iniciativa. Permita-me que traduza aqui, quanto à actuação do ex-Bastonário, as impressões da opinião pública. O Sr. Dr. Sá Nogueira foi um presidente da «Ordem» inteiramente à altura das responsabilidades do cargo. Desempenhou as funções com muito apurmo e muito tacto. Além dos méritos intelectuais, de cultura, e da reputação profissional, o Sr. Dr. Sá Nogueira confirmou os dotes do seu carácter altivo e digno, da sua inconcussa probidade, robustecendo, assim, a autoridade moral da sua missão, não ficando atrás, neste campo, dos seus ilustres antecessores.

Toda a classe lhe deve, entre vários relevantes serviços, um que desejo pôr em relevo: o de ter conseguido que o Governo desse realidade prática à instituição da «Caixa de Providência»,

privativa. As suas diligências, neste objectivo, foram perseverantes. De futuro, os advogados terão amparo razoável na inviolidez. Tão dedicado e prestante colega, que soube zelosamente reivindicar benefícios de interesse comum, bem merece a nossa gratidão.

Vou agora passar às questões que me propuz tratar nesta assembleia.

SENHOR PRESIDENTE, MINHAS SENHORAS, MEUS SENHORES :

Devo desde já esclarecer que os temas que escolhi para esta conferência — *O fundamento do direito, a natureza da função jurisdicional, a missão do julgador na vida jurídica contemporânea* — vão ser expostos e desenvolvidos no âmbito exclusivamente doutrinário e geral.

O meu propósito, verdadeiramente, é determinar os caracteres próprios da função jurisdicional na organização jurídica dos Estados, e fixar, conseqüentemente, a missão específica dos julgadores. Mas as considerações que produza sobre o assunto poderão resultar obscuras se não prestar, previamente, esclarecimentos com referência à concepção moderna sobre o *fundamento do direito*. Desta sorte, as três questões que constituem o objecto desta conferência ficarão intimamente relacionadas, estabelecendo-se a seqüência lógica e a unidade de pensamento.

No período decorrido desde fins do século XVIII até a actualidade, as concepções elaboradas, na esfera de teorias, sobre os elementos que constituem o fundamento do direito, podem separar-se em dois grupos diametralmente opostos, deixando de parte as numerosas doutrinas intermédias: — as que se baseiam na metafísica, em hipóteses, ficções, abstracções, jogos mentais, e as que assentam em factos visíveis à observação, nas realidades sociais, e são inspiradas no positivismo e no espírito verdadeiramente científico.

Dessas concepções, as tradicionais, individualistas, que chamei clássicas, engendradas pela metafísica, bem como as concepções que o génio alemão criou pela engenhosa ginástica intelectual, formulando-se, estas e aquelas, em noções abstratas, têm caído em declínio para dar o lugar aos conceitos objectivos.

Não podia manter-me alheio a esta evolução que é fruto da fase positivista da época actual.

Por algum tempo fui seduzido e dominado por concepções metafísicas e abstratas em que se inspiraram os Códigos e as Leis fundamentais, conexas. Mas, pouco a pouco, pelos progressos na cultura, pelo hábito da reflexão e do estudo, fui-me desembaraçando delas e adaptando a minha mente às novas correntes de ideias que parece estarem mais próximas da verdadeira ciência do direito.

Longe de mim o intuito pretencioso, que seria até ridículo, de me apresentar aqui como criador duma doutrina. A reacção contra as concepções clássicas e contra as construções jurídicas accentuadamente intellectuais, de origem germânica, começou a esboçar-se em fins do século XIX. Poderosos cérebros, eminentes juriconsultos, professores de direito, de renome universal, formularam novas doutrinas que, pelas repercussões exercidas, têm conquistado muitos espíritos, ganho terreno na jurisprudência e até em numerosas leis positivas.

A complexidade dos factos da vida humana no presente século, a multiplicidade e a acuidade dos problemas que as realidades sociais suscitam progressivamente na existência contemporânea, vieram patentear a artificialidade das concepções individualistas e das formadas pelo jogo subtil do espírito. As novas doutrinas, inspiradas no realismo e no positivismo, as quais, no começo da sua enunciação, haviam sido consideradas temerárias, revolucionárias, e foram, por isso, combatidas, encontraram, nesses factos e nesses problemas objectivos, sólido sustentáculo e inteira justificação.

## O ABSTRATO E O REAL

Ser realista em ciência do direito não quer dizer que se deva rejeitar sistematicamente todo o conceito abstrato. A abstracção desempenha um papel importante nessa ciência. O que é de aconselhar é que se evite o abuso na utilização dos conceitos abstratos. O que convém é distinguir constantemente o abstrato e o real. Que é a abstracção? Resume-se em tomar uma ideia, um princípio, uma categoria de natureza jurídica e destacá-los do

real, isolá-los do meio concreto no qual se formaram, e encará-los como entidades independentes. É pela abstração que se chega à elaboração de representações puramente intelectuais, aos conceitos jurídicos abstratos.

Os conceitos abstratos não deixam de ser úteis porquanto permitem atingir dois fins apreciáveis: por um lado, fornecem a explicação lógica dos princípios e das regras de direito, pelo outro, constituem as bases sobre as quais a dedução lógica edifica as construções jurídicas. Ora as construções jurídicas abstratas têm, na respectiva ciência, certo valor porque estabelecem a ordem na multiplicidade confusa das regras e organizam os regimes jurídicos em sistemas lógicos, fecundando-os e desenvolvendo-os pela criação de novas regras de direito.

A abstração, os conceitos e as construções jurídicas, são apenas elementos do processo de dedução lógica. Mas a ciência do direito compreende também um processo indutivo. As regras de direito só tiram dos conceitos abstratos as suas razões lógicas. O seu fundamento racional e prático acha-se nas necessidades e nos interesses que encontram satisfação nessas regras. A missão da ciência é prescrutar as necessidades e os interesses, para, a seguir, inspirando-se em considerações de justiça e de utilidade individual e social, estabelecer, pela indução, as regras de direito adequadas e também os princípios concretos que são, aliás, a síntese dessas regras. É sobre estes princípios que se opera o trabalho dedutivo, se elaboram os regimens jurídicos, e, pela intervenção da abstração e pelo processo de dedução lógica, se chega à construção jurídica.

Nesse duplo mecanismo dos processos indutivo e dedutivo, os materiais postos em movimento não são da mesma natureza: uns constituem as realidades, os outros são elementos artificiais. As realidades no direito são os factos sociais, isto é, os indivíduos, os organismos, as coisas, e, sobretudo, as necessidades e os interesses, com as suas concordâncias e as suas divergências. Mas as realidades do direito compreendem, por outro lado, as realidades jurídicas que são as regras e os princípios concretos que, para cada instituição, formam o seu regime.

A ciência do direito deixa o campo das realidades quando, na investigação jurídica, intervêm as elaborações da abstração. Os

conceitos abstratos perdem por efeito da abstração todo o contacto com a realidade. São elementos a um tempo artificiais e subjectivos. Artificiais porque constituem uma superestrutura do edifício jurídico que se sobrepõem às realidades do direito, sem se incorporarem nelas; subjectivos porque são produtos espontâneos da inteligência do jurista, da sua imaginação e da sua intuição.

Impõe-se, repito, distinguir o abstrato e o real. É a base mais segura e acertada do método de investigação jurídica. A muitos juristas de todo o mundo parece ter escapado a distinção entre o abstrato e o real; alguns mesmo têm deliberadamente evitado dar importância a essa distinção, e têm aceite expressamente a confusão dos dois pontos de vista. Daí os prejuízos causados à ciência do direito, à sua clarificação.

Um dos jurisconsultos que denuncia, com força essa confusão do abstrato e do real, e as suas consequências danosas, é Gény, espírito superiormente dotado, autor de obras de grande vulto e valor, profundamente pensadas. Os protestos mais veementes deste autor visam a salientar os erros e os inconvenientes resultantes do facto de se dar importância excessiva aos conceitos abstratos e à sua abusiva utilização. Segundo Gény, esse abuso tem consistido «em encarar as concepções ideais, provisórias, e, pela natureza, puramente subjectivas, como sendo dotadas duma realidade objectiva, permanente». Quer dizer: tem-se incorporado os conceitos abstratos nas realidades do direito, instituindo-os em imperativos reais.

Desta preponderância dada aos conceitos abstratos, atribuindo-lhes um carácter real, a ciência do direito e o seu desenvolvimento no sentido das necessidades da vida prática tem sido prejudicados, chegando-se a confundi-los com os princípios de justiça e de utilidade que são os únicos que devem condicionar as regras de direito, sendo certo que a abstração é um simples instrumento de construção jurídica e de explicação lógica.

Desta sorte, a matéria jurídica é impregnada do vício de esterilidade, torna-se rebelde ao progresso, incapaz de se adaptar francamente às necessidades sempre variáveis da vida. Em vez de se buscar e encontrar os fundamentos do direito na vida real, nas necessidades e nos interesses que ela provoca, tem-se querido

inspirar em conceitos que a abstração separa da vida e a esvasia de todo o conteúdo positivo, real.

Múltiplas razões aconselham e exigem, pois, que uma rigorosa distinção seja feita, no domínio do direito, entre o real e o abstrato. Gény, denunciando essa confusão tão prejudicial em consequências, limitou-se ao campo do direito privado. Mas esta tendência para a confusão do real e do abstrato, para o abuso da utilização das abstrações e, até, para a sua preponderância, estendeu-se para o direito público. Não obstante se ter proclamado tradicionalmente que o direito público é distinto do direito privado, transplantaram-se as concepções metafísicas do direito privado, para o direito público, com consequências muito mais graves. Foi principalmente o jurisconsulto alemão Gerber quem introduziu os processos de sistematização jurídica no estudo do direito público. Outros jurisconsultos alemães, dotados de notável inteligência e de poderosa dialética, tais como Gierke, Laband, Jellinek, edificaram teorias complexas, intelectualmente sedutoras, duma lógica cerrada e persuasiva, sobre o direito e sobre a construção jurídica do Estado. A escola alemã, ganhando prestígio, influía enormemente em toda a parte do mundo, e chegava a triunfar, embora dando lugar a controversias sem fim, esgotantes e estéreis. Como teria sido mais útil e mais fecundo se todos esses esforços mentais se dirigissem no sentido do desenvolvimento das realidades jurídicas!

## QUAL O FUNDAMENTO DO DIREITO ?

### AS CONCEPÇÕES METAFÍSICAS E ABSTRATAS

Sobre o fundamento do direito, e, conseqüentemente, sobre o conceito jurídico do Estado, numerosas são as doutrinas formuladas pelos juristas de todo o mundo civilizado, a tal ponto que muitos grossos volumes seriam necessários para se fazer a resenha deles e das conclusões. Mas dentre elas há as que foram mais geralmente aceites e influíram nas legislações dos povos. Referirei principalmente as duas concepções: a dos direitos naturais, que se poderá classificar de individualista, clássica, e a que deriva da escola jurídica alemã.

A doutrina dos direitos naturais tem raízes longínquas. Foi principalmente sucitada pela filosofia do inglês Locke que, em fins do século XVIII, havia admitido a existência dum estado de natureza no qual teriam vivido os homens, e havia declarado que se estes abandonaram o estado de natureza foi para a defesa dos seus *direitos naturais*, anteriores a toda a sociedade. Daí a noção de *pacto ou contrato social*. As ideias de Locke foram enunciadas um pouco dogmáticamente. Outros filósofos do século deixaram-se impregnar por essas ideias, ampliando-as. Um deles, que se chamou J. J. Rousseau, sentimental, construiu uma complexa doutrina introduzindo elementos novos, entre os quais o conceito da *vontade geral*, que se resume na vontade soberana e onnipotente do Estado. Tais sedutoras ideias, assim alargadas e, desenvolvidas, tiveram forte repercussão sobre as inteligências e sobre as almas. Em breve, infiltraram-se na famosa *declaração de direitos de 1789*, e tiveram expressão nas Constituições e nos Códigos.

Que se pretende com a doutrina individualista? Pretende-se que o homem, ser natural, isolado, separado dos outros homens, nasce livre e é investido de certas prerogativas, de certos direitos individuais, subjectivos, que lhe pertencem pelo simples facto de ser homem. Encarada esta doutrina à luz da razão, reconhecem-se logo as suas fraquezas fundamentais. Ora a verdade é que o homem nunca foi um ser isolado. Viveu sempre em sociedade, e jamais, na história da humanidade, deixou de viver em sociedade, e não pode viver senão em sociedade. Tal é a realidade incontestável. Por outro lado, essa doutrina envolve a ideia de igualdade absoluta de todos os homens, que é desmentida eloquentemente pelos factos. Como encontrar homens iguais? Eles são diferentes uns dos outros, e as diferenças que os distinguem tornam-se tanto mais notórias quanto as sociedades são mais civilizadas. O estado jurídico dos homens, sendo a tradução da sua situação em relação aos seus semelhantes, não pode ser tratada senão diferentemente, porque os homens são diferentes uns dos outros.

Tal doutrina encerra ainda a noção dum direito ideal, abso-luto, que seria o mesmo em todos os tempos, em todos os países. É uma noção incompreensível à face das realidades sociais e



históricas. Também a ideia de *contrato social* com que Locke e Rousseau quiseram solucionar o problema, não passa de hipótese insustentável, porquanto se o homem faz um contrato com outros homens, e é obrigatório, este laço limita a sua independência. Que seria feito, então, do homem natural, ser isolado, nascendo livre e possuindo imediatamente direitos? A ideia de contrato implica o convívio com outros homens. Essa ideia não podia surgir senão no momento em que os homens viveram em sociedade. Não é o contrato que pode dar nascimento às sociedades. É só a vida humana em sociedade que pode suscitar o contrato. Isto é evidente.

O assunto merecia mais pormenores, mais desenvolvimento. Mas pelo pouco que deixei esboçado vê-se o que há de metafísico e de artificial em tudo isso. O abstrato e o real acham-se confundidos, com predomínio da abstração, o que é mais grave. Mas a doutrina individualista, apesar dos seus vícios fundamentais, prestou imenso serviço.

Os alemães rejeitaram com profundo desdém as concepções dos direitos naturais. Mas os juristas germânicos, formulando as suas doutrinas sobre o fundamento do direito, estariam mais próximos da verdade? Essas doutrinas procedem todas da filosofia de Hegel, e, em particular, da filosofia de direito de Ihering. Para Hegel, todo o período anterior à formação do Estado é desprovido de interesse científico. Para Ihering, o direito é a soma das regras de coerção aplicando-se num Estado; este tem o monopólio da força, de sorte que só as regras estabelecidas pelo Estado são *regras de direito*. O Estado é a única fonte de direito.

Ihering completa e esclarece a sua teoria. Em seu entender as regras de direito emanadas do Estado são *sinalgmaticamente* obrigatórias enquanto elas existem, obrigatórias para os indivíduos para quem são estabelecidas, obrigatórias para o próprio Estado que as cria. Mas Ihering previu o embaraço. Com efeito, como conciliar isso com a ideia de que o direito emana do Estado? O filósofo explica que essa força obrigatória do direito, para o Estado, se realiza pelo princípio de *auto-limitação*. O direito significa a ordem assegurada da sociedade civil, o triunfo do interesse social sobre o interesse individual. Não haverá direito neste sentido, não se realizará um *Rechtsstaat* (Estado de direito)

senão quando o próprio poder étático ficar ligado pela regra de direito. Sòmente então aparece, segundo Ihering, a legitimidade da lei, sòmente então haverá ordem jurídica, sòmente então o direito e a coerção cessam de ser arbitrários para serem legítimos, para se converterem em justiça.

A influência de Ihering foi enorme na Alemanha. Todos os juristas germânicos, subsequentes, partindo dessas ideias, ampliando-as, restringindo-as, são, no fundo, seus discípulos para quem o direito é criação soberana do Estado. Alguns não aceitaram o princípio de *auto-limitação*. Mas Jellinek perfilhou-o francamente e explica o seu significado jurídico. O que caracteriza o Estado, na opinião de Jellinek, é a *auto-determinação*, isto é, a faculdade que lhe é peculiar de se determinar por si próprio e por sua própria vontade. O Estado soberano tem o poder exclusivo de *auto-determinação*, mas também lhe pertence a faculdade de *auto-limitação* sem que a sua soberania seja atingida porque é exercida voluntariamente. Pela *auto-limitação*, segundo Jellinek, o Estado deixa de representar uma força física para se converter em força moral, a sua vontade eleva-se da situação de poder sem limite a um poder juridicamente limitado em face de outras personalidades.

Não é tão rapidamente que se pode resumir teorias excepcionalmente complexas e transcendentas. O que importa é o essencial, e através do pouco que deixei esboçado revela-se a força de subtileza e adivinha-se o que de complicado e de engenhoso encerra essas concepções. É inegável que tais teorias, consideradas em todos os seus termos completos, são defendidas com um poder formidável de dialectica, impõem-se ao respeito pela superior ginástica intelectual. Por este lado, elas seduzem e dominam os espíritos e exerceram grande influência em toda a parte. Mas a verdade é que, por exemplo, esse princípio de *auto-limitação* é uma garantia frágil contra a acção arbitrária do Estado. Uma limitação voluntária que pode ser criada, modificada ou suprimida à vontade, não chega a ser uma garantia séria, geradora da confiança. Se o Estado só é limitado pela lei que promulga, que pode não promulgar e que pode derogá-la livremente, não parece que se possa dizer, com fundamento, que o Estado fica ligado pelo direito.

Vem a propósito recordar um facto significativo que convém reter. Um notável jurisconsulto e professor de direito duma das Universidades francesas, Léon Duguit, fora acusado, pelos seus adversários, de fazer frequentes apelos aos jurisconsultos alemães, de se inspirar nas suas teorias. Era manifestamente absurda essa acusação. Duguit, por algum tempo, deixou passar o ataque. Mas em 1920, quando o seu *Tratado de Direito Constitucional* teve 2.<sup>a</sup> edição, ampliada, escreveu um curto prefácio repudiando enêrgicamente a infundada acusação, esclarecendo que seria um erro imperdoável desconhecer as teorias de tão poderosos espíritos e desdenhar os seus escritos, e acrescentou que quem quer que disserte sobre direito não pode ignorar o pensamento jurídico alemão.

Esse facto tem um interesse secundário. O que importa é salientar o juízo desse autorizado mestre sobre o secreto papel dos jurisconsultos alemães edificando as suas doutrinas engenhosas. Na opinião de Duguit, não é duvidoso que esses jurisconsultos foram determinados pelo desejo de fundar, sobre bases de aparência jurídica, a soberania ilimitada do Estado, o absolutismo dos governantes na vida interna da Alemanha, e a política de conquista e de rapina, no exterior. O eminente professor, que já não é dos vivos, serviu-se da sua reputação universal e grande autoridade, para, no prefácio da 2.<sup>a</sup> edição da sua referida obra, denunciar essa tendência. O esclarecimento derrama muita clareza sobre os inconfessados objectivos dessas teorias. Com efeito, toda a actividade intelectual na Alemanha, antes da guerra de 1914-1918, sobretudo na filosofia, na ciência do direito, na ciência em geral, era solidária e concêntrica, e, no fundo, conduzida num único fim: preparar, realizar e justificar a grandeza material e a dominação espiritual germânica.

## A DOCTRINA REALISTA SOBRE O FUNDAMENTO DO DIREITO

A época moderna é de positivismo. As concepções jurídicas não podiam deixar de ser inspiradas e estimuladas pela filosofia positiva. Desde fins do século XIX que as doutrinas fundadas na metafísica, nas abstrações, no jogo engenhoso e subtil da intelligência, começaram a ser vigorosamente combatidas por juriconsultos orientados na observação dos fenómenos humanos, dos factos individuais e sociais, por mentalidades animadas de verdadeiro espírito científico, dirigidas no sentido do real. Nitidamente definida e desenvolvida nos começos do presente século, a doutrina realista foi-se consolidado, conquistando muitas consciências esclarecidas.

Pelo método realista parte-se da sociedade para chegar ao indivíduo, do direito objectivo para chegar ao direito subjectivo, da regra social para chegar ao direito individual. A doutrina realista, inspirando-se na ciência e na filosofia positiva, afirma a existência duma regra impondo-se ao homem vivendo em sociedade; proclama que o homem, ser natural e essencialmente social, é, por isso mesmo, submetido a uma regra de conduta que lhe impõe obrigações para com os outros homens, e que os seus direitos derivam destas obrigações, são os poderes de cumprir livre e plenamente os seus deveres sociais.

A regra de conduta é a regra de direito. Ela funda-se na interdependência social. A sociedade é um facto primário, natural, e não o produto da vontade humana. O homem vive em sociedade. Eis um facto inegável. Viveu sempre em sociedade e não pode senão viver em sociedade com os seus semelhantes. Quem pode duvidar ou contestar esta realidade? Mas o homem teve sempre e terá sempre a consciência mais ou menos clara da sua individualidade. O homem tem necessidades, manifesta tendências, possui aptidões, é animado de aspirações. Compreende que essas necessidades não pode satisfazê-las, que essas tendências e aspirações não pode realizá-las senão em comum com os outros homens. Se o homem tem a consciência da sua individualidade, necessariamente tem a consciência da sua sociabilidade.

Ponhamos de parte os grupos humanos tais como a tribu, a

família, a cidade, e fixemo-nos na nação. É a forma por excelência das sociedades humanas civilizadas, cuja existência é determinada e mantida por múltiplos factores: identidade de raça, de língua, de religião, etc. Mas os elementos essenciais da unidade nacional são a comunidade de tradições, de necessidades, de aspirações. No que diz respeito, em especial, a tradições, pode dizer-se que uma nação é feita mais de mortos do que vivos — de recordações de lutas empreendidas, de triunfos, mesmo de desastres e de infortúnios.

Os homens que constituem a nação são solidários uns dos outros, unidos por laços de interdependência social. Porque é que eles são unidos por estes laços? Porque têm necessidades comuns que não podem ser satisfeitas senão em comum: é a solidariedade por similitudes. Mas os homens têm necessidades diferentes e aptidões diferentes. Ora as necessidades diferentes só são satisfeitas pela troca de serviços recíprocos devido ao desenvolvimento e ao emprego das suas aptidões diferentes: é a solidariedade por divisão de trabalho. A força que mantém a coesão entre os homens duma nação é esta solidariedade por similitudes ou por divisão de trabalho. A nação é tanto mais forte quanto os laços de interdependência social que unem os seus membros são mais estreitos. Com o progresso essa solidariedade amplia-se e engrandece. As trocas dos serviços tornam-se mais frequentes e complexas.

Desta sorte, uma regra de conduta se impõe aos homens vivendo em sociedade, a de não fazerem seja o que for que prejudique a interdependência social, quer esta se manifeste por similitudes, quer se traduza por divisão de trabalho, e de fazerem tudo o que é de natureza a realizar e a desenvolver essa interdependência. Segundo a doutrina realista, é na interdependência social, como disse, que reside o fundamento do direito. Todo o direito objectivo se resume nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deverá ser a expressão, o desenvolvimento ou a realização prática desse princípio.

A regra de direito impõe a todos a cooperação. Neste sentido é a mesma para todos os homens; mas ela impõe a cada um obrigações diferentes porquanto as aptidões e as condições dos homens são diferentes, e, conseqüentemente, incumbe a todos

cooperar duma maneira diferente. Tal regra de conduta, regra de direito, é permanente, mas variável na aplicação. Permanente, porque as relações sociais foram e serão sempre relações de similitudes e de divisão de trabalho. A permanência resulta deste conteúdo geral constante. Na sua aplicação, porém, a regra de direito varia e variará, porquanto as formas de que, de facto, se reveste a interdependência social por similitudes ou por divisão de trabalho, variam indefinidamente, dependem do grau de progresso e de maior ou menor complexidade da vida moderna. Pertence aos jurisconsultos e aos legisladores o papel de determinar qual a regra de direito que mais exactamente se adapta à estrutura duma nação.

Essa regra de direito, ou mais precisamente, o *direito objectivo* fundado na interdependência social dos homens, cria situações jurídicas subjectivas. Com efeito, se todo o indivíduo é obrigado, pelo direito objectivo, a cooperar, tem lógicamente o direito de praticar todos os actos com que deseje contribuir para essa cooperação, e, por consequência, tem o direito de impedir que seja estorvado pelo seu semelhante no cumprimento do papel social que lhe incumbe.

Pelo que ficou dito tão succintamente quanto foi possível numa conferência de tempo limitado e de âmbito restrito, se vê como é racional, clara, compreensível, a doutrina realista sobre o fundamento do direito.

Vejam agora qual é a concepção jurídica do Estado adequada a essa doutrina.

\*

Aquilo que, por larga tradição, se convencionou chamar Estado comporta três elementos: uma nação, um território, um organismo director. São coisas que estão ao alcance da nossa observação, são as realidades. A nação, as necessidades e os interesses dos seus membros, eis verdadeiramente a substância jurídica, real, do Estado. O território é indispensável à existência duma nação e constitui o limite dentro do qual se estabelecem os laços de interdependência social e se efectuam as relações jurídicas. Enfim: um conjunto de instituições e de indivíduos que desempenha a acção dirigente sobre os membros da nação e nos

limites do seu território. Esses indivíduos são os governantes e seus agentes. Todos os outros são os governados.

A complexidade dos laços de interdependência que unem os membros duma nação criam entre eles um conflito de interesses. O indivíduo é impulsionado irresistivelmente pela tendência para a liberdade, para a livre expansão das suas actividades físicas, intelectuais e morais. Mas esta tendência depara com obstáculos sérios que são os interesses dos outros indivíduos e os das gerações futuras. Daí a necessidade de coordenar, de harmonizar os interesses divergentes, de resolver esse conflito produzido pela vida social, de estabelecer a ordem entre os homens dentro da justiça, e de assegurar a satisfação legítima das necessidades de cada um. Tal é a tarefa do Estado, a sua capacidade jurídica própria, que é compreensível e forçoso reconhecer.

Já passou o tempo em que o costume regulava os conflitos de interesses. Também pertence à história o sistema de resolver esses conflitos por acordo com os interessados. Na vida moderna, em que a complexidade da interdependência social é crescente, é o Estado que tem vindo regulando tais conflitos, predominantemente pelo processo unilateral, e o processo bilateral passa, cada vez mais, a ser uma excepção. Esse processo unilateral tem logicamente força obrigatória, sem o que o Estado não poderia cumprir a sua missão coordenadora e disciplinadora. Como se torna efectiva esta obrigatoriedade? É pela coerção, pelo emprego duma força material, em caso de necessidade. O Estado não pode deixar de ter o monopólio exclusivo desse meio material, cujo mecanismo é tanto mais poderoso quanto mais complicada é a vida moderna. A sua justificação, assenta na ideia concreta do fim, — no fim de estabelecer e manter a ordem e a disciplina jurídicas na nação. O que legitima esse poder de coerção pelo uso de uma força material é a realização do direito. O Estado, em suma, é a sociedade humana onde se verifica uma diferenciação de carácter político, diferenciação entre governantes e governados. O poder político tem por fim realizar o direito e impõe-se-lhe fazer tudo o que é necessário para assegurar o reino do direito. Neste fim, neste objectivo, o emprego da força coactiva é perfeitamente legítimo. Um rei, um imperador, um parlamento, uma maioria popular, não podem impor a sua vontade

como tal. Todas as teorias com que se pretende explicar a pretendida superioridade dos governantes baseiam-se em abstrações, sofismas, jogos do espírito. A realidade é que o poder político só é legítimo se é destinado a assegurar a sanção do direito, cujo fundamento reside na interdependência social dos homens. Segundo a doutrina alemã, com Ihering e os jurisconsultos seus discípulos, o direito é a política da força. A concepção realista é bem diversa: segundo esta, a poder político é a força posta ao serviço do direito.

O Estado é um facto, uma colectividade social que existe num determinado território. O fim do Estado sendo essencialmente um fim de direito, todos os seus actos, ou seja dos governantes, — qualquer que seja a organização política, monárquica, república ou outro sistema — devem ser logicamente considerados no ponto de vista do efeito que produzem no mundo do direito. Daí a necessidade duma garantia séria para os governados que consiste no princípio de que o Estado é submetido ao direito, está ligado ao direito. Quer dizer: o Estado-legislador, o Estado-administrador, o Estado-julgador, os governantes, em suma, são limitados pelo direito. Consequentemente, o legislador é obrigado a estatuir certas leis e não deve promulgar certas leis. Mas estabelecidas certas leis, e enquanto elas subsistem, os governantes são obrigados a respeitá-las como os governados. Os administradores, os juizes, os próprios legisladores, estão submetidos ao direito e devem obediência às leis estabelecidas e não podem actuar senão dentro dos limites nelas fixados. A sociedade é uma disciplina.

Esta limitação jurídica do Estado é compreensível e justifica-se. Se os governados têm direitos fundados na interdependência social, e se a missão do Estado é estabelecer a coordenação, o equilíbrio, a disciplina, nas relações sociais, os governantes, por seu turno, têm deveres jurídicos baseados nessa interdependência e são obrigados a pôr as suas optidões ao serviço da solidariedade social, a fazer leis que concorram para esta solidariedade e para a robustecer. Impõe-se aos governantes fazer as leis necessárias com esse fim, e, logicamente, a não fazer leis que contrariem o desenvolvimento normal dessa interdependência.

O direito, tendo o seu fundamento nas relações sociais, é



anterior ao Estado. A diferenciação política entre governantes e governados é um fenómeno posterior à verificação deste facto incontestável: a vida humana em sociedade. O Estado, com as suas diversas instituições, com o seu grupo de homens detendo o poder e possuindo o monopólio da força coactiva, apareceu como elemento coordenador e directivo na vida das sociedades, na vida duma nação. Neste sentido o Estado está subordinado ao direito, está ligado ao direito. Tem obrigações jurídicas positivas e obrigações jurídicas negativas.

Todo outro fundamento do direito e toda a construção jurídica do Estado que não se baseie nesses elementos reais, susceptíveis de observação dos sentidos e compreensíveis à inteligência, é viciosa e artificial, cai no mundo de abstracções e de ficções. O princípio dos direitos naturais anteriores à sociedade, da subjectividade dos direitos, a teoria do direito como poder de vontade, de autonomia da vontade como causa criadora do efeito de direito produzido pelo acto jurídico (*Willenstheorie*, do alemão Windscheid), a opinião de que o direito tem por sujeito o titular do poder (Salleiles), a doutrina de que o Estado é uma pessoa moral distinta dos indivíduos e, nesta qualidade, titular da soberania, isto é, do poder de direcção suprema e independente — são ideias que a abstracção separou das realidades e instituiu em conceitos. São concepções jurídicas abstractas. São jogos do espírito com que se tem pretendido dar uma explicação lógica das realidades jurídicas.

Mas será, com efeito, lógica essa explicação? Vejamos. Limitemo-nos aos conceitos da personalidade moral do Estado e da soberania. A dualidade na actividade jurídica do Estado é um facto: quer dizer, o Estado actua umas vezes unilateralmente, outras vezes bilateralmente, por acordo da sua vontade com a dos particulares do Estado, distinta e superior. Como é compreensível que o Estado, nos actos bilaterais, tenha uma situação jurídica igual à dos particulares? Por outro lado, a soberania envolve, na sua essência, o poder de comando supremo e independente. Como conciliar este conceito com o princípio da limitação das faculdades do Estado, da subordinação deste ao direito, princípio fundamental de toda a construção jurídica, garantia indispensável? A regra de que os poderes do Estado são

juridicamente limitados é geralmente aceite. As divergências são sobre o fundamento. Mas ela é quase unanimemente admitida. Como conciliar ainda a ideia da soberania com a doutrina da responsabilidade civil do Estado? As abstracções podem pretender dar uma explicação lógica das realidades, mas é preciso que a explicação seja irrefutavelmente lógica.

## A NATUREZA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Esclarecida a noção do fundamento da regra de direito segundo a doutrina realista, e estabelecido o carácter da missão do Estado que tem essencialmente um fim de direito, vejamos agora como se manifesta a actividade do Estado. Esta actividade exterioriza-se e desenvolve-se em actos que devem ser logicamente classificados no ponto de vista do efeito que produzem no mundo do direito. Sob este aspecto, podem distinguir-se três funções jurídicas do Estado: a função legislativa, a função administrativa, a função jurisdicional. Pela função legislativa, o Estado formula o direito objectivo e faz a lei, que se impõe a todos, governantes e governados, porquanto ela deve ser a expressão da regra de direito fundada na interdependência que une os homens entre si, nascendo, consequentemente, das relações sociais, e é anterior à ideia e à essência do Estado. Pela função administrativa, o Estado pratica actos jurídicos propriamente ditos, quer dizer, intervindo dentro dos limites do direito objectivo formulado, cria situações jurídicas subjectivas. Pela função jurisdicional o Estado pronuncia-se sobre a violação do direito objectivo ou sobre as contestações referentes à existência e à extensão das situações jurídicas subjectivas; ordena a reparação, a repressão ou anulação, segundo os casos, quando há violação do direito objectivo, e determina as medidas necessárias para assegurar a realização das situações jurídicas subjectivas cuja existência e extensão são reconhecidas.

Em todas essas modalidades da actividade do Estado, importa fundamentalmente distinguir o ponto de vista material e o ponto de vista formal, isto é: o que interessa são os caracteres intrínsecos dessas funções, a sua natureza íntima, independente-

mente dos indivíduos ou das entidades que as exercem, ou, com mais clareza, independentemente dos órgãos ou dos agentes que praticam os actos. Assim a questão de saber qual o órgão ou qual o agente que pratica normalmente esses actos, é uma questão formal. Assim a lei positiva, o acto administrativo, o acto jurisdicional, têm, no ponto de vista material, caracteres próprios, intrínsecos, inconfundíveis, que constituem a sua essência, os quais são fundamentalmente independentes do aspecto formal, da questão dos órgãos ou dos agentes aos quais, na organização do Estado, compete especialmente o exercício desses actos.

Para esclarecimento dos temas que escolhi para esta conferência, o que importa é deter-me na apreciação da função jurisdicional do Estado, e nesta actividade, o que merece atenção é o seu ponto de vista material, isto é, a determinação da natureza intrínseca dessa função. Não me ocuparei, portanto, da função legislativa e da função administrativa. Quanto à função jurisdicional convém, conseqüentemente, distingui-la da função judiciária. Em todos os países civilizados a função judiciária é exercida por um conjunto de magistrados especialmente recrutados e subordinados a uma hierarquia e constituindo a autoridade judicial. É a ordem judiciária, pròpriamente dita, encarada no aspecto formal. Evidentemente os magistrados praticam actos jurisdicionais, mas também realizam actos que não têm este carácter. Por outro lado, muitos actos jurisdicionais são praticados por órgãos ou agentes que não pertencem à ordem judiciária. É a função jurisdicional em si que sobreleva. O que se impõe é estabelecer a natureza intrínseca desta função, o seu exacto carácter, abstraindo completamente da circunstância dos órgãos ou dos agentes que a exercem. A função assim considerada é, na vida moderna dos Estados, complexa.

Convém esclarecer, de passagem, que esta distinção das funções jurídicas do Estado, no sentido material e no sentido formal, é combatida por alguns jurisconsultos de diversos países, aliás eminentes, que a consideram arbitrária e incerta. Para eles todo o acto emanado do Estado tem o mesmo carácter. E assim, o acto que deriva do órgãos legislativo é uma lei; o acto nascido da administração é um acto administrativo; o acto resultante

duma jurisdição, acto jurisdicional. As doutrinas que sustentam este ponto de vista são chamadas *doutrinas formalistas*. Mas a tendência doutrinária mais moderna propende no sentido de reconhecer como importante e útil a distinção das funções jurídicas do Estado no ponto de vista material e formal. Os próprios jurisconsultos alemães, em geral, admitem esta distinção. As doutrinas formalistas enfermam de falta de rigor de lógica. Com efeito se se reconhece que as funções do Estado, no campo do direito, são diferentes, não se pode deixar de admitir que cada uma dessas funções se distingue das outras por caracteres próprios, isto é, pelo fundo. Do contrário não havia razão para as considerar diferentes. Além disso, se esses caracteres são diversos, devem subsistir qualquer que seja o órgão ou o agente que cumpre ou joga o papel principal no exercício das referidas funções.

Quais são esses caracteres, ou melhor, quais os elementos de fundo que distinguem aquelas funções? Aqui é que surgem as opiniões divergentes. Há jurisconsultos, principalmente os alemães Gneist, Gierke, Jellinek, que fixam esses caracteres segundo as diversas missões que incumbem ao Estado. Segundo Jellinek, por exemplo, os fins do Estado são realizar e manter o direito, isto é, legislar e julgar, e também assegurar a sua conservação e promover o progresso, a cultura, a civilização material, intelectual, em suma, isto é, administrar. Outros jurisconsultos, entre os quais o alemão Laband, pretendem determinar a natureza diferente dos actos legislativos, jurisdicionais e administrativos pelos caracteres da operação psicológica que implica cada um destes actos; a actividade do Estado produz-se e manifesta-se exteriormente como toda a actividade consciente e segundo as mesmas leis psicológicas. Assim, o acto jurisdicional é uma operação de inteligência, um julgamento no sentido lógico, adaptação duma dada situação ao direito existente, onde o juiz não põe em jogo a sua vontade.

Seria demorado e fatigante pormenorizar todas essas teorias ou mencionar e resumir muitas outras. Vejamos a concepção realista sobre o assunto, a qual procede, aliás, da sua doutrina sobre o fundamento do direito e sobre a missão jurídica do estado. Esta concepção derrama muita claridade sobre a complexidade do problema. Com efeito, segundo a concepção rea-

lista, o acto jurisdiccional implica primeiramente a existência duma pretensão, isto é, torna-se necessário que uma certa vontade pretenda que há um facto, uma atitude, uma situação contrária ao direito. Pouco importa quem a formule. Ela pode partir dum particular contra uma pretensão contraditória; dum agente público mesmo sem se encontrar diante duma contradição e que suscita a questão de direito para ser resolvida no interesse da colectividade; pode ainda partir do próprio juiz, que intervém, officiosamente, para reprimir a violação da lei, para salvaguardar a legalidade.

Não é preciso que haja necessariamente um litígio, isto é, duas pretensões contraditórias sobre um pouco de direito. É certo que com frequência, o juiz intervém porque aparecem duas pretensões contraditórias e torna-se indispensável resolver o conflito entre as partes litigantes. Mas, independentemente desta circunstância, haverá lugar à jurisdição sempre que uma vontade qualquer, a dum particular ou a dum agente público, pretende que há um acto, uma atitude, uma situação contrária ao direito e deseja se dê uma solução a esta questão de direito. Um dos elementos característicos do acto jurisdiccional é, pois, a resolução da questão de direito. Se a autoridade competente intervém com outro fim, se dá, por exemplo, uma solução como um meio, uma solução prévia, não faz um acto jurisdiccional. Só quando é resolvida a questão de direito suscitada é que surge o acto jurisdiccional.

A resolução duma questão de facto não é um acto jurisdiccional. Evidentemente o juiz deve apreciar como os factos se passaram. Daí as investigações, os inquéritos, os diversos meios de prova. Mas um dos elementos do acto jurisdiccional consiste na resolução da questão de direito. É a missão do juiz. Não é, porém, a única. Não basta que a questão de direito seja resolvida, que o juiz reconheça e declare que houve ou não ofensa do direito ou que o direito foi ou não violado. Esta declaração é uma operação de inteligência, um julgamento no sentido lógico da palavra e tem, sem dúvida, força de *verdade legal*. Mas as coisas, na realidade, mantêm-se como se encontravam anteriormente: continuam a existir. Ora a missão do juiz não se limita a isso; o seu papel não termina com a solução dada à questão de direito.

Torna-se indispensável outro acto jurídico. É necessário que ele tire uma conclusão da solução da questão de direito, que tome consequentemente uma decisão que produza um determinado efeito de direito, isto é, que a solução dada possa ter realização. O simples reconhecimento, pelo juiz, duma situação de direito ou duma violação da legalidade não produz, só por si, efeito no mundo do direito. De sorte que o acto jurisdicional é constituído e caracterizado pela união lógica e indissolúvel entre a solução da questão de direito e a consequente decisão destinada a torná-la praticamente realizável. É esta ligação dos dois elementos, ligação racional e indissolúvel, que dá ao acto jurisdicional o carácter específico e o distingue, no ponto de vista material, do acto administrativo.

Não ocultarei que, nesse campo, as opiniões dos jurisconsultos e professores, entre nós, bem como noutros países, divergem. Há os que acham que a resolução da questão de direito, pelo julgador, tem, por si só, força de *verdade legal*. Outros entendem que não, que é preciso que a solução da questão de direito seja seguida e completada pela decisão que a torne efectiva na prática. Perfilho este parecer que é juridicamente perfeito.

Na função jurisdicional assim entendida, podem distinguir-se dois aspectos: o subjectivo e o objectivo. Quando a questão que se põe é sobre a existência ou a extensão duma situação de direito subjectivo, o julgador, tendo em conta os elementos jurídicos e de facto, reconhece a existência ou não existência desta situação. Se reconhece a existência, determina a sua extensão, toma uma decisão que é a consequência lógica da resolução da questão de direito e ordena a sua realização prática. Nesta hipótese trata-se de jurisdição subjectiva.

Quando a questão suscitada é a de saber se o direito objectivo, isto é, a lei positiva, foi ou não violada, seja por um acto público ou privado tendo por fim criar uma situação de direito, seja por um facto não jurídico, o julgador, desde que reconhece que houve violação, tira logicamente a consequência e toma a decisão que, segundo os casos, será uma anulação, uma reparação ou uma repressão. Nesta outra hipótese está-se em presença de jurisdição objectiva.

## TESE

## A MISSÃO DO JULGADOR NA VIDA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Até aqui limitei-me a um esboço, levemente comentado, de doutrinas divergentes. Reconheço que fui, porventura, longo; mas também é certo que a minha exposição até a este momento não foi tão completa como seria para desejar. Mas em todo o caso, tendo-me restringido ao essencial, parece-me suficiente para chegar a certas conclusões lógicas e formular a tese que tenho a honra de submeter a reflexão dos meus ilustres ouvintes.

Se fizermos um exame retrospectivo, sereno, da vida jurídica, moderna, dos povos nos períodos de paz, dos povos em estado adiantado de civilização, europeus ou americanos, desde a segunda metade do século XIX até à actualidade, verificar-se-á que a história regista inúmeros conflitos de diversos interesses e conflitos sociais.

Qual a origem desses conflitos? Ela reside principalmente na caducidade dos princípios basilares em que as legislações fundamentais, ou melhor, os Códigos, se baseiam. Esses princípios, frutos dum idealismo sedutor, os quais muitas pessoas, ainda hoje, consideram invioláveis, imortais, tiveram a sua época fulgurante, foram úteis e prestaram grande serviço. Mas a verdade é que no mundo nada é definitivo: tudo passa, tudo muda. Os sociólogos e os filósofos têm sido incansáveis em demonstrar as mutações e as transformações que se operam na existência humana e na vida das nações. Os códigos e certas leis positivas, havidos como essenciais, inspirados nesses princípios, continuam em vigor, embora alterados nos preceitos secundários.

Porém, a existência da humanidade acusa constante evolução, vai-se modificando profundamente, torna-se cada vez mais complexa. Outras tendências, outras aspirações, novas necessidades, transformam sucessivamente as condições dessa existência. Tais são os factos incontestáveis. De sorte que é patente a oposição entre aquelas legislações dos povos e a consciência moderna. Daí múltiplos conflitos de interesses privados e também conflitos sociais, que se renovam, denunciando o mal estar que experimentam as sociedades.

É certo que, desde fins do século XIX, os governantes dos países civilizados têm sido forçados a encontrar soluções para esses conflitos, promulgando leis que manifestamente contrariam ou restringem os princípios basilares em que se fundaram os Códigos, e estes, todavia, são mantidos. Desta maneira suscita-se outra ordem de conflito, o conflito legislativo, o conflito, entre normas de direito objectivo.

Quase todos os Códigos das nações modernas procedem, fundamentalmente, das concepções jurídicas individualistas, metafísicas ou abstratas, de que a *Declaração de Direitos* americana de 1776, a *Declaração de Direitos* francesa de 1789 e o *Código de Napoleão* de 1804, são as expressões concretas. Mas novas concepções se elaboraram e têm passado para as legislações positivas, reconhecendo-se assim a evolução que evidentemente se revela nas relações sociais. Os elementos doutrinários da construção jurídica dos Códigos recebem, constantemente, golpes profundos.

Não se trata somente da actuação de Estados que, desde-nhando os princípios dessas *Declarações de Direitos*, se têm governado sob um regime autoritário, podendo, por isso, tomar prontamente as medidas legislativas que satisfaçam às novas necessidades. São os países que disfrutam há muito uma organização política inspirada nos costumes chamados democráticos, são os governantes de países livres, de países vivendo sob a fiscalização da opinião pública, os quais, estimulados pela consciência moderna das realidades, restringem ou contrariam os princípios havidos como imprescindíveis, indivisíveis, eternos, vindo ao encontro das novas tendências da vida humana, dos novos anseios. Em vão, os jurisconsultos arraigados às tradições duma sistematização jurídica, metafísica, fundada numa visão ideal e absoluta do mundo, têm exprimido severas críticas; em vão, espíritos eminentes, fiéis aos ideais nascidos da Revolução de 1789, têm formulado objecções e manifestado oposição. Mas a vida real é impulsionada por forças imperiosas de evolução e de progresso que ninguém pode deter. O mal reside no facto de existirem e vigorarem simultânea e paralelamente, os Códigos, já caducos nos seus princípios basilares, e outras leis positivas



que, exprimindo novas aspirações dos homens e das sociedades, os contrariam claramente ou os restringem.

Como conciliar, por exemplo, as noções civilísticas, tradicionais, sobre o fundamento do direito, sobre os direitos subjectivos do homem, direitos absolutos, invioláveis, imprescritíveis, com os princípios do direito novo, função social, que as legislações modernas dos povos traduzem? Como harmonizar os conceitos civilísticos de liberdade, de autonomia da vontade individual, de inviolabilidade do direito de propriedade, de responsabilidade, etc., tais como são expressos nos Códigos, com as determinações que os legisladores impõem ao indivíduo restringindo-lhe a actividade, com as limitações que novas leis estabelecem frequentemente sobre a propriedade privada, com as obrigações sobre o trabalho, o repouso, o ensino, a previdência, a higiene, a segurança, a saúde, a invalidez? Como estabelecer o acordo entre a ideia civilística de responsabilidade por culpa e a noção objectiva do risco em que se fundam as leis contemporâneas sobre o problema complexo dos accidentes e suas consequências?

Os idealistas que formulam e redigiram a *Declaração de Direitos de 1789* estavam convencidos de que a associação era a negação da liberdade individual, e deliberadamente omitiram a liberdade de associação entre esses direitos. De harmonia com este conceito, uma lei foi promulgada em França, em 27 de Junho de 1791, proibindo expressamente as associações profissionais. Essa lei vigorou até 1884, data em que, sob a pressão dos factos, foram autorizadas essas associações. Por outro lado, o Código de Napoleão, que é de 1804, e outros Códigos Civis dos demais países que dele procederam, admitem as associações e corporações quando consentidas legalmente, considerando-as pessoas morais ou de existência ideal. Reconheceram-se assim colectividades com personalidade e actividade jurídicas.

Ora convém notar que, segundo a concepção civilística, o princípio de autonomia da vontade humana é havido como um elemento da liberdade em geral. Essa autonomia consiste no poder de o indivíduo criar por um acto de vontade uma situação de direito, quando este acto tem um objecto lícito. A autonomia de vontade está ligada lógicamente a questão de *sujeito de direito*. Quer dizer: toda a pessoa, sujeito de direito, deve ser sujeito

de vontade. Um ser qualquer não é um ser jurídico, podendo participar nas relações de direito, senão sendo dotado duma vontade. O acto de vontade é essencialmente individual. Sendo assim, como compreender que se reconheça, às colectividades, personalidade jurídica? Haverá uma contade colectiva distinta das vontades individuais?

Apareceram então os jurisconsultos a pretender explicar e justificar. O alemão Savigny, por exemplo, formulou a doutrina de *ficção da pessoa colectiva*, para dizer que as colectividades não têm de facto uma vontade distinta da dos seus membros, mas que a lei, com a sua força onnipotente, pode conceder-lhes personalidade jurídica. Outros jurisconsultos, como o alemão Gierke, imaginaram, pondo fora do campo a intervenção do legislador, a *teoria do órgão jurídico*, para concluir que uma colectividade constituída com um fim lícito é um *sujeito de direito*, possuindo uma individualidade jurídica distinta da dos indivíduos que a compõem. Outros ainda, como o francês Michoud, formularam a sua teoria de *personalidade moral*, onde, ao lado de alguns pontos de vista novos, se sente a influência alemã.

Em todas essas teorias prevalecem a metafísica e a abstracção, porquanto elas não conseguem dar uma explicação lógica, concludente, dos factos, das realidades jurídicas. Mas a despeito dessas doutrinas artificiais, o direito moderno tem evoluído no sentido realista, enfraquecendo o tradicional sistema civilístico. Citarei um exemplo que é típico. Refiro-me à célebre lei francesa de 1 de Julho de 1901 sobre as associações, conhecida, na história da legislação mundial, por *lei Waldeck-Rousseau*, autor da proposta como presidente do conselho.

Quem ler essa lei com atenção verificará que em nenhuma das suas disposições se acham as expressões *personalidade moral ou jurídica*. Convém esclarecer que, o projecto tal como fora apresentado, continha essas expressões clássicas. Porém, durante os actos preparatórios de estudo e discussão, foram eliminadas. Essa lei é toda impregnada da *noção do fim*. O que o *legislador* protege não é a pretendida vontade colectiva, que não pode existir na realidade, e a pretendida personalidade moral, que é uma ficção, mas o *fim* que têm em vista os indivíduos que formam as associações. Todas as faculdades que lhes são reco-

nhecidas, todas as restrições impostas, são determinadas pelo *conceito moderno do fim*, o que é nitidamente compreensível e real.

Ainda outro facto: como V. Ex.<sup>as</sup> sabem, uma instituição jurídica tem um lugar importante nos Códigos Civis: — é o contrato. Segundo o sistema destes instrumentos legislativos, só o contrato, em princípio, pode dar nascimento a uma situação de direito. Para haver contrato é indispensável que exista uma relação pelo menos entre duas pessoas, que haja o acordo das vontades individuais sobre um determinado objecto do acto. É uma condição essencial, havida como dogma intangível pelos civilistas. Ora na vida moderna dos povos aparecem novas categorias de actos jurídicos, numerosos casos em que a situação de direito é criada sem que esta resulte verdadeiramente duma contrato segundo o regime dos Códigos.

Pois bem. Muitos jurisconsultos presos a velhas ideias, às concepções tradicionalistas, em vez de verem, nesses múltiplos casos, novas formas jurídicas, e de as examinar e analisar objectivamente como tais, têm desenvolvido esforços de subtilidade escolástica para demonstrar que os referidos actos são contratos. Reconhecendo, porém, o lado fraco dos seus raciocínios, têm acrescentado um epíteto à palavra contrato, o que seria desnecessário. Assim classificam, essas novas formas jurídicas, ou de contratos de adesão, ou de contratos de *guichet*, ou de contratos de colaboração, ou de contratos colectivos. Quanto, em especial, por exemplo, aos chamados *contratos colectivos*, vê-se logo o que há de inexacto nestas expressões, aliás erroneamente perfilhadas nas leis. O contrato é, por sua natureza, coisa essencialmente individual. Os termos *contratos* e *colectivo* contradizem-se: são elementos que se excluem.

Tais formas jurídicas novas, suscitadas por leis que exprimem as constantes transformações da vida, por leis que traduzem a concepção moderna do direito, função social, têm de ser compreendidas no seu exacto alcance quanto ao fundo, na sua essência que é diferente da dos contratos, não podendo ser confundidos com estes cujas características, no regime dos Códigos, são nítidas e imperativas.

Todas as questões a que atrás aludi, apenas como exemplos,

põem em evidência o conflitos entre as ideias contidas nos preceitos em que se inspiram as leis modernas e as bases doutrinárias dos Códigos.

Os legisladores de todas as nações têm o respeito sagrado pela permanência dos Códigos e das leis fundamentais, conexas. Na reforma de alguns artigos do Código Civil a que se procedeu, entre nós, em 1930, expressamente se salvaguardou a sua estrutura fundamental. Pretende-se que esta conduta garante a estabilidade jurídica e gera a confiança. Não contesto. Mas, se a evolução progressiva da humanidade, se as transformações incessantes de existência social, se a complexidade dos fenômenos da vida moderna, em suma, força os legisladores, inevitavelmente, a estatuir normas de direito objectivo traduzindo e regulando as novas tendências e aspirações, mas em antinomia profunda com as concepções básicas desses Códigos, a quem cabe solucionar o conflito legislativo, no aspecto dos princípios e doutrinas contraditórias? Como resolvê-lo?

Evidentemente não pode deixar de pertencer ao próprio legislador essa competência. Mas os legisladores hesitam, em toda a parte do mundo, em remodelar os Códigos nos princípios essenciais, básicos. O problema mantém-se difícil, como se vê. Se o conflito não é resolvido através do exercício da função legislativa dos Estados, pode, todavia, ser atenuado nos efeitos. Aqui surge e revela-se a importância considerável da função jurisdicional na vida das nações. Ora é aos julgadores que compete aplicar as leis. Mas para as aplicar, têm de as interpretar. Eis a sua missão específica.

É certo que os julgadores estão ligados ao direito e não podem criar o direito. É insustentável, por exemplo, a doutrina de que os juizes têm a faculdade *pretoriana* de criar o direito pela simples persistência da sua jurisprudência. Este poder criador da jurisprudência é ilusório. Através da jurisprudência descobre-se e exprime-se a regra normativa. Não se pode criar o direito. Só um observador superficial é que poderá ver, nas decisões jurisdicionais, a criação duma norma jurídica nova. As leis, uma vez promulgadas, destacam-se do legislador, tornam-se entidades vivas, ganham um sentido novo com o tempo, que não estava nas

previsões de quem as elaborou. O que incumbe aos juizes é interpretar as leis integrando-se nesta evolução.

Em toda a parte do mundo, nos tratados de direito, nas lições dos professores das faculdades de direito das Universidades, estabelecem-se diversas espécies de interpretações. Pretende-se que há a interpretação tradicional, chamada clássica, a interpretação moderna, progressiva, histórico-evolutiva, a interpretação da escola do direito livre, radical, revolucionária. Estas classificações podem ser úteis no ponto de vista didático e prestam-se, na sua exposição e crítica, a magníficos jogos do espírito. Em meu entender não há, em rigor, várias espécies de interpretação. Esta é única. O que há é diversidade de meios de que o julgador se serve na averiguação do sentido legislativo, no entendimento das leis a aplicar.

Só os julgadores de vistas estreitas, intelectualmente tímidos, ou os julgadores inexperientes, é que se deixam fascinar, prender e subjugar pelo texto da lei no seu aspecto linguístico ou gramatical. Não há verdadeiramente duas operações na interpretação: a que provém do exame da letra da lei e a que resulta do espírito. Todo o trabalho do julgador deve começar pela análise; é essencialmente o que resulta da inteligência, da cultura, da sagacidade, da prudência. Nenhuma operação é separada. Todas as operações são partes conexas duma só actividade. Esta tem de ser comprehensiva, clarificadora, luminosa, fundamentalmente objectiva e actual. Os juizes são os intermediários entre a norma legislativa e a vida. Não é por meio de deducções e de silogismos, isto é, pela pura força dialectica que se pode descobrir o sentido da lei. Impõe-se aos juizes prescrutar o conteúdo espiritual da lei com liberdade de apreciação, saber separar o real do metafísico, do abstrato, do fictício, trazer a lume esse conteúdo espiritual e desenvolver, tendo em conta as transformações das ideias e das necessidades na vida moderna, as tendências e as aspirações do momento, as exigências da interdependência social, todos os factores úteis. Não há, nesta inteligente e ponderada conduta, nenhum desvio. Não podem intervir nela as convicções pessoais dos julgadores, os seus prejuizos, as suas paixões. São os factores sociais que circundam a vida do direito, em todas as suas mani-

festações e mutações e na sua finalidade, os únicos em que os julgadores se devem inspirar.

Recordarei um exemplo concreto, entre tantos, o qual pertence à história da jurisprudência mundial. Refiro-me ao caso do testamento de dois romancistas franceses, os irmãos Goncourt, submetido, em litígio, ao tribunal judiciário competente. A resolução jurisdicional teve, pela natureza do assunto, grande retumbância nos meios intelectuais, não somente de França, como fora deste país.

Esses célebres escritores franceses declararam a sua última vontade deixando toda a sua fortuna para a criação duma *Academia de Letras*. Os bens seriam vendidos e o seu produto seria aplicado na fundação dessa sociedade literária, composta de dez membros, cada um dos quais receberia o subsídio anual de 6.000 francos; estabelecer-se-ia um prémio de 5.000 a 10.000 francos a ser concedido ao autor duma obra que o merecesse. Foram instituídos legatários universais dois literatos de renome: Alphonse Daudet e Léon Hennique. Os herdeiros naturais contestaram o testamento alegando a nulidade com o fundamento de que as suas disposições eram a favor duma entidade inexistente por intermédio de pessoas interpostas. O tribunal civil da 1.<sup>a</sup> instância, por sua sentença de 5 de Agosto de 1807, julgou válido o testamento. O tribunal de apelação, por seu acórdão de 1 de Março de 1900, confirmou a sentença, declarando subsistentes, no fundo e na forma, tais disposições e acrescentando que não havia pessoas interpostas, que a interposição não era causa de nulidade, e concluindo que sem dúvida o desejo de testador visara a transmitir os seus bens a uma academia a constituir, e desde que se fundasse legalmente a sociedade literária, esta os receberia, não do testador, mas dos legatários instituídos.

Debalde, certos jurisconsultos, arraigados às noções civilísticas, tradicionais, os quais viam, em toda a situação jurídica, uma relação entre duas pessoas, um, sujeito activo de direito, e, o outro, sujeito passivo, acharam monstruosa aquela decisão, pretendendo que se criavam direitos sem sujeito. Na verdade, os dois tribunais não criaram coisa alguma. Interpretaram a lei objectivamente, num espírito realista, tendo em conta um acto de vontade determinada, e teriam aplicado a teoria moderna do fim,

ainda que em contradição com os princípios metafísicos e abstratos, já caducos, em que se inspirara o Código de Napoleão.

O papel do *fim* dum acto jurídico é importante no direito moderno. Em todo o acto jurídico há sempre um acto de vontade. O fim, é a razão por que se quer, a razão pela qual alguém deseja que certa situação jurídica se forme, que certa obrigação nasça. O que importa é saber o que se quer, isto é, descobrir exactamente o motivo determinante do acto de vontade, ou mais precisamente, o fim do acto jurídico. Foi porventura o que fizeram os julgadores no caso do litígio sobre o testamento dos irmãos *Goncourt*. Se esses juizes não tivessem compreendido isso numa visão clara do problema, os pretendidos interesses particulares dos herdeiros, aliás respeitáveis, teriam prevalecido sobre o interesse geral das gerações intelectuais, sobre o fim de utilidade social que manifestamente representava a criação duma *Academia de Letras*. Esta instituição, felizmente, vive e desenvolve uma actividade fecunda e proveitosa de estímulo e de incitamento à criação literária.

As datas de 1897 e 1900, das duas decisões jurisdicionais, merecem ser retidas. Elas mostram como, já no limiar do presente século, um elemento novo, a ideia do fim, orientou a jurisprudência animando-a de sopro vital, adaptando inteligentemente a lei à hipótese controvertida.

Outras decisões propriamente judiciárias poderia citar para demonstrar a alta missão dos juizes na conciliação perspicaç entre as noções jurídicas modernas e os princípios rígidos dos Códigos, insubsistentes diante da mobilidade e complexidade actual dos fenómenos sociais, as realidades da vida. Se volvermos a nossa atenção para as decisões supremas das jurisdições administrativas, verificar-se-á a mesma tendência conciliatória e clarificadora. O *Conselho de Estado*, em França, que cito de preferência porque a sua autoridade é crescente, impondo-se ao respeito universal, tem aplicado, com firmeza, a teoria do fim nos recursos em que se reconhece *desvio do poder*, isto é, nos casos em que os actos administrativos, sendo perfeitamente regulares no ponto de vista da competência legal da respectiva autoridade, são, todavia, considerados inadmissíveis por terem sido determinados com um fim diverso do previsto na lei, e, conseqüentemente, anulados.

SR. PRESIDENTE, MINHAS SENHORAS, MEUS SENHORES :

Vou terminar, e já é tempo de o fazer para não continuar a fatigar a vossa atenção, abusando da indulgência com que se dignaram escutar-me.

Uma personalidade eminente que foi decano da Faculdade de Letras de Paris, A. Croiset, num discurso pronunciado em 1910, na *Sorbonne*, exprimiu uma opinião duma verdade luminosa : «Toda a ciência — disse ele — é destinada a fracassar no dia em que se cristaliza nas fórmulas imutáveis».

O direito é uma ciência, e a imutabilidade das fórmulas é com ela incompatível. Os juizes que fundam as suas decisões sobre teoremas e dogmas e as assentam sobre tradições, colocam-se fora do campo da ciência jurídica revelando-se refractários às novas ideias e alheios às mutações constantes da vida. As leis destacam-se do legislador no momento da publicação, existem de modo objectivo e podem ter consequências e repercussões não previstas pelos seus autores.

A actividade interpretativa é uma operação delicada e difícil que reclama, da parte dos julgadores, conhecimentos sólidos, cultura variada, não apenas jurídica, mas também sociológica e filológica, fino tacto, senso apurado, intuição feliz. É por isso que, em todos os países civilizados e progressivos, uma das preocupações dos governantes é promover o robustecimento das condições de preparação e de cultura daqueles a quem é cometido o exercício da função jurisdicional. Portugal, felizmente, não se manteve ausente nesse movimento geral de renovação do nível mental e cultural dos julgadores, reorganizando, há poucos anos, o sistema de recrutamento e de promoções, embora somente na ordem judiciária. Ora a verdade é que as jurisdições administrativas são igualmente importantes no desenvolvimento da vida jurídica dos Estados.



SR. PRESIDENTE :

É com desvanecimento que vejo sentados ao lado de V. Ex.<sup>a</sup> o Sr. Dr. Afonso de Melo Pinto Veloso, Conselheiro-presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o Sr. Dr. António Nunes Rica, Conselheiro-presidente do Tribunal da Relação, o Sr. Dr. Águedo de Oliveira, Conselheiro vice-presidente do Tribunal de Contas, o Sr. Dr. Jerónimo de Sousa, Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo. Todas as altas jurisdições se encontram representadas num gesto espontâneo de apreço que me penhora profundamente. Seja-me consentido destacar a personalidade do Sr. Dr. Afonso de Melo, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, figura moral de grande relevo, juiz com uma carreira modelar, que há bem pouco tempo recebeu, merecidamente, a investidura de chefe. Desejo render, na sua venerável pessoa, respeitosa e sincera homenagem à prestigiosa magistratura judicial portuguesa de tão honrosas tradições.

Perante tão categorizados magistrados quero exprimir o meu derradeiro pensamento, em conclusão de tudo que disse sobre as matérias da conferência, para declarar convictamente :

Nutro grande fé na missão perspicaz, conciliatória e clarificadora da função jurisdicional diante do conflito que se assinala em todo o mundo entre os Códigos ainda vigentes e a legislação moderna insuflada de espírito novo, que está em antinomia flagrante com os princípios metafísicos e conceitos abstratos, sem valor e sem realidade, em que aqueles monumentos jurídicos se alicerçaram.

Tenho dito.

*Alberto Xavier.*