

O PAPEL DO ADVOGADO NA SOCIEDADE PORTUGUESA

Comunicação do Dr. Henrique Pancada Fonseca

No extremo laconismo do nosso direito positivo actual assinalam-se ao advogado algumas regras de convívio forense, preconiza-se-lhe no campo deontológico uma certa severidade de conduta e resume-se: ele é hoje, «de jure condito», um «servidor do direito», colaborando «numa alta função social» (Estatuto Judiciário, art.º 570.º).

Já foi, todavia, pior. Mas esse passado mais penoso poderá talvez iluminar o lado negativo do actual conceito-função. Atrás da recomendação de «servir» o Direito vislumbra-se, olhando para trás, a proibição de o desservir, num certo sentido disciplinado de «não obstar a». Ao cometer-se-lhe uma «alta função social» talvez se pretenda (também) vedar-lhe qualquer diligência tendente a entorpecer a actuação dos factores considerados idóneos, em certo momento histórico, para atingir a realização dos valores que então e legislativamente se consideraram altos.

Assim aconteceu, pelo menos, no século XIV: porque entendeu que os advogados «estragavam os feitos» fazendo «muitas, desvairadas e maliciosas demandas» e com vista a que a administração da justiça fosse mais «azinha», mandou Afonso IV «para tirar essas malícias» que «não houvesse advogados nem procuradores»... («Livro das Leis e Posturas»).

Ficou feita a singela advertência.

Entendamos, porém, agora, o lado positivo do cometimento legislativo em apreço. O servidor do direito tem, pois, uma alta função social a desempenhar. Decerto. Mas como?

Não se esgotará essa missão no relâmpago de umas alegações, comprometidas ao serviço do resultado positivo de certa lide em que a ideia de Justiça as mais das vezes se perde no inevitável enredo dos interesses imediatos em jogo.

Por nossa parte, cremos ou queremos crer que não só como *facto social*, conceptualmente inapreensível, o advogado extravasa as balizas que o identificariam com um técnico de direito, mas também, afloração desse *facto*, a própria definição legal lhe confere a honrosa responsabilidade de transcender aquela técnica.

Independentemente de estatutos:

Quanto mais não seja porque lê o «Diário do Governo» e sabe alguns dos porquês de outros sistemas jurídicos, o advogado português é *responsável* por mais alguma coisa do que por uma execução técnica suficiente.

Tão pronto se admita essa responsabilidade, logo se concluirá que, jurista, o advogado, deve prosseguir uma ideia, é responsável por uma via mais do que por um resultado. Este emergiria de se conseguir justiça como *facto objectivo* e permanente e implicaria uma relação do justo com o injusto, logo a própria existência da injustiça. Vale, portanto, na medida em que é teleologicamente eficaz.

A atitude pela qual o advogado responderá é, não a que realiza a Justiça (ele não a realiza, «serve-a») mas a que estabelece uma relação favorável ao feito «Justiça». O advogado é, pois, antes do mais, um crítico das leis, que aprendeu a entender e a comparar, dos costumes e das práticas humanas que se lhe desvendam no gabinete. Sob que óptica importará fazer essa crítica?

A referida relação favorável ao feito Justiça extrai a «*ratio essere*» no plano *factual*, do acontecimento da injustiça. Dir-se-á: o advogado não faz as leis. É verdade que não, mas entende-as. E, do seu laboratório de patologia das relações jurídicas, infere

das epidemias, presente-lhes o surto e sente a carência das medidas profiláticas... A Justiça torna-se, então, como a saúde para o médico, uma noção relativa, um alvo tendencial, por cuja prossecução responderá o profissional do foro. Este existe porque é necessário, é necessário porque há Justiça a atingir uma vez que ocorrem factos (doenças sociais) *relativamente* opostos à Justiça (saúde social). Max Born a propósito da Teoria da Relatividade: «frequentemente uma quantidade mensurável não é propriedade de uma coisa mas sim propriedade de sua relação com outras coisas...» Quine («From a Logical Point of View») entende que os próprios objectos físicos, uma vez apreciados criticamente, constituem um mito, mas superior aos outros, «como meio para obter uma estrutura manejável dentro do fluxo da experiência» — Marcuse — «O Homem unidimensional».

Assentemos em que há, pois, uma via e uma tendência ética para nela prosseguirmos. Adiante se retomará o tema do valor da nossa experiência.

A que Justiça está, porém, adstrito o advogado, no sentido de que, qual a acepção de justiça que deve tentar fazer prevalecer sobre a sua antítese?

Não, decerto, a que aflui às leis, só porque formalmente leis, posto que, racionalmente, se lhes negue qualquer autoridade metafísica. E nega-se-lhes (1). É a descoberta de Antígona, a procura de uma lei mais alta, inerente à condição humana, é Del Vecchio — «não esquecer a possibilidade... de leis injustas...».

Nem, tão pouco, a que resulta da aplicação judicial daquelas, cuja Justiça é mera justeza — grau de correspondência entre o que o legislador quis e a aplicação concreta dessa vontade legislativa.

Há que apurar até se a lei se adequa à consciência social, se conduz ou não à melhoria da condição humana. «A Justiça presente-se».

(1) A Justiça, na boca desses profetas (hebreus) significava aquilo que era aprovado por eles e por Jeová... porque pareceu bem ao Espírito Santo e a nós...» (B. Russell — «Porque não sou Cristão»).

No que respeita aos tribunais, o juiz era, já na antiga Roma, um magistrado, um mestre (magister), não um simples leitor erudito de códigos e acórdãos.

Para alcançar a Justiça que o vocaciona, o jurista deve tentar, antes do mais, extrair da experiência que lhe prodigaliza a presença viva, no seu gabinete, *do homem sujeito à lei*, os meios necessários para superar a mera adequação da previsão à estatução daquela, para o que importa adoptar a atitude de servir o direito, sim, mas «o direito das pessoas», criticando a adequação da lei à realização desse Direito.

Reconheço que nem todas as situações concretas são reconduzíveis a este esquematismo: — nem sempre o recurso à experiência e à consciência da relatividade do acerto a atingir serão suficientes para se atribuir o primado a esta ou aquela solução de direito, porque nem sempre será límpido que uma nos aproxime mais do que a outra do bem estar colectivo e individual.

Se tivermos, porém, a lucidez de enfrentar, *à luz do nosso tempo*, as poucas opções básicas que introduzem a zona de dúvida naquele esquema, creio que este poderá subsistir. Fê-lo ainda Marcuse, ao recorrer à ideia de transcendência, pois nela vê «não um reino independente da realidade histórica nem uma região de ideias eternamente válidas. Transcende, é certo, a realidade histórica dada (a realidade de um certo momento), mas só na medida em que migra uma fase histórica para a outra». Conforme sublinha Theodore Rosnak⁽¹⁾ (não aderindo), Marcuse opõe-se a um conceito religioso de transcendência: «...a condição humana pode e deve ser melhorada pelos próprios poderes do homem; a transcendência a que aludi era uma transcendência histórica empírica, em relação a uma forma diferente da sociedade, enquanto a transcendência cristã está fora deste mundo por referência a outro mundo».

Transcendência, portanto, que está ao alcance do homem racional e que pressupõe intransigente eliminação dos mitos que lhe amputam a capacidade intelectual. De vez: sonhar com uma

(1) «Para uma contracultura».

Justiça superior aos textos não é acreditar nos deuses mas no homem.

Outra grande opção a fazer incide sobre a prevalência dos valores individuais ou sociais. Mas, encontrada a finalidade a atingir — o bem-estar do género humano como um todo — parece que o problema será mais aparente do que real. Na verdade, o direito, quando vasado na lei, exprime-se em normas gerais ou que são prosseguidos os interesses de todos os indivíduos que abstractamente se contemplam na previsão normativa. Desde que a maioria se encontre iluminada pela educação, o direito que aquela cria será tendencial e relativamente mais justo do que o emanado de qualquer minoria. No respeito, *relativo, da esfera de opinião* dos indivíduos que constituem esta minoria, no respeito, afinal, do direito de cada cidadão discordar da maioria, posto que esta é precária (depende de factores históricos e circunstanciais), estaria o impulso para sucessivas transformações da opinião dominante, dinamizando-se deste modo o processo com sucessivas aproximações no fim a atingir, do qual a mais recente daquelas transformações estaria sempre relativamente mais próxima do que as anteriores. Não parece impossível essa tarefa, uma vez eliminadas, pela educação, as superstições religiosas e os preconceitos raciais e sociais (os mitos isolados nas fases anteriores).

Dir-se-á, contra este raciocínio, que é a um órgão soberano que compete fazer as leis e revogá-las, que esse órgão soberano elabora o Direito como o pretende, na comunidade, a maioria.

Dir-se-á?

Mas admitamos mesmo que esse órgão exprime a maioria e concedamos, até, que só ele (não o Governo, por exemplo) legisla. Admitamo-lo.

O advogado, se tem uma «alta função social» a desempenhar, se essa função, por alguma forma, se alcança a partir da crítica do Direito constituído e em formação deve, antes do mais, verificar se funciona o maquinismo maioria — expressão de uma vontade esclarecida. Se relancearmos a História concluiremos sem esforço que as grandes opressões minoritárias se instalam sobre a ignorância e o analfabetismo dos oprimidos.

Segue-se, pois, o tema da educação, entendida como luta contra toda a forma do obscurantismo.

Essa luta serve o Direito? Pois as instituições que contra ela reagem merecem a condenação do «servidor do direito» como tal.

ALGUNS SÍMBOLOS:

Gregório Magno (Papa), em carta a um bispo: «chegar até nós um relatório que não podemos mencionar sem corar, afirmando que estais a ensinar gramática a amigos vossos!»⁽¹⁾.

Se, nesses tempos, um colega nosso estivesse apto a desempenhar a elevada função social que nos é hoje conferida⁽²⁾, limitar-se-ia a aconselhar a um bispo, seu constituinte, que invocasse a atenuante da confissão espontânea desse «crime», que tanto enrubescou Gregório? Ou criticaria Gregório?

Prossigamos até 1774. O título III do Regimento Pombalino do Santo Ofício ocupa-se «dos Tormentos»: no § 1.º se proíbe ao Santo Ofício «este modo de averiguar delitos», mas no § 3.º ainda se abre excepção para os réus «heresiarcas ou dogmatistas que tiverem disseminado erros e feito sequazes deles: se os não confessarem e as pessoas que com eles contaminavam».

Estamos em 1907. Não há guerra nem «estado de emergência» oficial. Surge, na nossa ordem jurídica, o decreto ditatorial (João Franco) de 20 de Junho: «É proibida a circulação dos... escritos atentatórios da ordem ou segurança pública. Os governadores civis deverão suspender a publicação dos periódicos incursos na disposição do artigo anterior».

Como estamos, então, sob a monarquia, a «ordem e a segurança» que os governadores civis, monárquicos por necessidade, sentiriam ameaçadas, seria sempre a da instituição realista. Deveríamos nós, também, considerar-se a ilicitudes dessa oposição, em face do decreto, ou superar criticamente os interesses do mo-

(1) Bertrand Russel — «Porque não sou Cristão».

(2) Nos é confirmada (e ambigualmente) porque conferida não pode ela ser pelos diplomas legislativos.

marca para lhes sobrepor os que se prosseguem através da liberdade de expressão? Quando Carlos I, de Portugal, confessa que é rei de um país republicano, deve servir-se aquele ou estes, a dignidade formal do decreto que o entroniza ou o direito, não decretado, que liberta estes?

Ainda Bertrand Russel (op. citada):

«Suponhamos que, neste mundo em que hoje vivemos, uma adolescente sem experiência se casa, sem o saber, com um sífilítico. Nesse caso a Igreja proclama: «O casamento é um sacramento indissolúvel; obriga-vos a manter a união para toda a vida». Esta mulher nada pode fazer para impedir que dela nasçam crianças sífilíticas. Tal é o ponto de vista da Igreja Católica. Ninguém poderá sustentar, a menos que tenha o coração absolutamente fechado ao sofrimento dos outros, que seja conveniente que um tal estado de coisas se deva perpetuar».

Modestino, porém, fonte doutrinal de Direito no terceiro século d. C.: «O casamento é união de um homem e uma mulher numa comunhão que dura toda a vida, protegida pela lei divina e humana». Séculos decorridos o Estado italiano e a Santa Sé, em plena euforia fascista, celebraram a Concordata, cujo art.º 34.º consagra a vocação do «Estado italiano» para devolver aos instituto matrimonial, considerado como base da família, aquela «dignidade» que é conforme à tradição católica de Itália... E hoje, entre nós: «Em harmonia com as *propriedades essenciais*» do casamento católico, entende-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelos tribunais civis aos casamentos católicos» (Concordata, art.º XXIV).

Ora eu pergunto aos meus Colegas se, em face das desastrosas e alarmantemente crescentes situações de aguda infelicidade humana emergentes deste preceito, terá alguns deles dei-

xado de sentir a necessidade de o criticar, de o confrontar com «a liberdade religiosa» e a proibição de os cidadãos serem «privados de um direito por causa de crenças religiosas» (Constituição, art.º 8.º, n.º 3) ou com a «inalienabilidade dos direitos originários» (art.º 368.º do Código Civil de Seabra) ou com a proibição de «renúncia», no todo ou em parte, à capacidade jurídica» (art.º 69.º do Código Civil actual) e de transacção sobre «direitos indispensáveis», com ressalva para a «desistência nas acções de divórcio e de separação» (art.º 299.º do Código de Processo Civil)?

Ora, o *único* procurador à Câmara Corporativa em representação dos «servidores do Direito», que somos nós todos, é o Bastonário da Ordem. Tão desamparado aí se encontra que se limita a intervir no âmbito da definição das regras profissionais, com o que a função domina o fim. De resto, a compartimentação da Câmara Corporativa em secções profissionais ou de «actividade» não se compadece com o esquema explanado.

Se pretendermos «servir o Direito» e não apenas dele nos alienarmos com tecnocrática eficiência, ao servirmos a mera aplicação das leis, devemos manifestar mais do que o simples ressentimento de sermos — precisamente nós — as testemunhas das insuficiências sociais do direito positivo, em cuja criação e crítica a independência, a experiência e a formação profissional nos autorizam e impõem que intervenhamos. Importa, fundamentalmente diligenciar constituir, no seio da Ordem, uma comissão permanente de crítica ao direito vigente e de colaboração na formação do direito constituendo.

Há que reivindicar, depois, audiência na fase da elaboração dos diplomas legais susceptíveis de integrar o processo de valorização da condição humana e o direito de intervir positivamente através de constantes aproximações das ideias — fim que apreendemos e experimentamos.

Sob pena de sermos, cada vez mais, leitores atentos, vendedores e qualificados do *Diário do Governo*.

CONCLUSÕES

- I — O advogado: não é (só) um técnico de leis;
- II — Pelo que conhece e apreende, cumpre-lhe, criticando, assumir um papel responsável na evolução do direito legislado;
- III — Essa evolução, nortear-se-á para a melhoria da condição humana;
- IV — A condição humana será tanto melhor quanto mais livre for o homem e essa liberdade alcança-se através da educação tomada no seu mais lato sentido, que inclui a desmistificação dialéctica das fases anteriores;
- V — A vontade da maioria educada constitui uma verdade em evolução ou uma justiça relativa;
- VI — Essa verdade é apreensível pelo jurista que tem o dever de, exercendo o seu direito de crítica, contribuir para a sua expressão normativa;
- VII — A Ordem dos Advogados deve poder exprimir a sua crítica ao direito constituído e ter audiência junto do legislador, na fase da elaboração dos diplomas jurídicos que veiculam aquela evolução.