

## O OFÍCIO DE JURISTA (\*)

*Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos*

### **Introdução**

Uma «Oração de Sapiência», dirigida ao Claustro Universitário, visa comunicar-lhe os mais recentes progressos no ramo do conhecimento da Faculdade a que pertence o orador. Vou dirigi-la hoje, sobretudo, aos estudantes, por tal se justificar numa jovem Universidade como é aquela em que nos encontramos.

Tratar, como o vou fazer, do «Ofício de Jurista», é ocupar-me de algo em que estou comprometido existencialmente. Eu *sou* jurista: esta não é só a minha circunstância. Nesta medida, aceitei tranquilamente que, nas palavras seguintes, haja mais de experiência, do que de ciência, mais de diálogo comigo mesmo, do que análise do sujeito debruçado sobre o objecto.

O Jurista conhece-se pelo seu *objecto* e pelo *método* que utiliza. Não o entenderemos, porém, nem ele se conhecerá a si próprio, se não desvendar a sua *genealogia*. Eis os três fundamentos da minha oração.

Jesus, o Cristo, disse: «Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados» (*Mat.* 5,4). Deus apresenta-se aqui como juiz que, aplicando a Justiça, sacia os justos ... Juiz/Justiça/Justos.

---

(\*) Oração de Sapiência na abertura solene do ano escolar de 1990-1991 da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões.

Mas já em «Tocaia Grande», de Jorge Amado, Lupicínio, sobrevivente do massacre, afirma: «A gente pôde com a enchente e com a peste; com a lei, não pôde não: sucumbiu»:... Juiz/ /lei/injustiça.

Será entre estas duas faces do jurista que estabecerei o diálogo.

### A invenção do ofício de jurista

Como tudo o que é fundamental na nossa Civilização, o jurista contemporâneo encontra o seu arquívô no começo do segundo milénio cristão

Saltemos sobre um milénio de lutas e de incertezas, para deparar com a ordem do século XIII: cada coisa parecia colocada no seu justo lugar.

O cosmos — as canções de gesta, as «fioretti» de S. Francisco, os frescos de Giotto, o cântico gregoriano, as sumas teológicas — iluminado por Deus, está na tranquilidade da ordem que é, para Santo Agostinho, a paz (<sup>1</sup>).

No decurso do século VIII tinha acabado de tomar corpo a teoria da organização providencial da sociedade que via esta através do modelo do mosteiro, protótipo da sociedade cristãmente organizada. A noção religiosa de ordem, de vida regulada pelos cânones, regras de bem viver, segundo o modelo da ordem de S. Bento, era estendida ao universo social: este era, pois, representado à imagem do mundo dos monges, repartido em ordens.

A ordem era o grupo social definido pela sua função comum, o seu ofício.

No mundo, uns rezavam — a ordem dos dirigentes — outros combatiam — a ordem dos guerreiros — e outros trabalhavam — os «laboratores».

No século XIII os «ideólogos» compraziam-se em descrever a ordem, o como todos estavam colocados no seu justo lugar: o

---

(<sup>1</sup>) Diogo Leite de Campos, *A invenção do Direito matrimonial*, I. A institucionalização do casamento, Coimbra, 199, pág. ??

inferior, subordinado ao superior, e o «iunior» sujeito ao «senior»; os ofícios, agrupados em corporações; tal como Deus-Pai, a Virgem e Cristo, o casal cristão e os filhos; o casamento, disciplina as paixões e a procriação; a república cristã, subordinada ao Papa; o Direito Canónico, direito do viver ordenadamente, indicando aos homens o caminho da salvação...

Direito Canónico... é aqui que encontramos o «primeiro» jurista medieval, arquiavô, talvez renegado, do jurista contemporâneo.

O século XIII é o apogeu da ordem da civilização europeia, e também do direito canónico, e da expansão frutuosa do direito civil e do jurista.

Os séculos XII-XIII são contemporâneos do período áureo do Direito canónico:

primeira recolha de carácter universal; estudo superior deste ramo do Direito; multiplicação dos textos.

O estudo «escolar» do Direito canónico não existia antes de Graciano ter organizado a sua colectânea em 1139-1140. Como consequência desta recolha, estabeleceu-se uma escola de Direito Canónico em Bolonha; o Papado passava a dispor de uma fonte de pessoal preparado, e muitos juristas ocuparam elevadas posições na Cúria Pontifícia e nas Igrejas nacionais. Juristas que começaram a multiplicar os textos, encerrando clérigos e leigos numa rede contínua de «normas de viver correctamente» — cânones.

A construção social de uma actividade jurídica, definida por um domínio e um método específicos, é um dos acontecimentos decisivos desta época. A história do Direito é correlativa da história do Jurista: definem-se em termos de correlação entre o processo e divisão do trabalho social, conducente ao aparecimento de um grupo de especialistas, e o surgir de um campo autónomo. Ambos — Jurista e Direito — se desenvolvem por um processo de mútua influência. O Direito começa, pouco a pouco, a ser o que o Jurista diz que é Direito e aplica como tal. E o crescimento do Direito, aumenta a ordem dos Juristas.

O século XIII ... século de cavaleiros, de Santos, de teólogos? Antes, século de jurista — da «ordem» dos Juristas.

## A «invenção» do Direito

Mas será que o jurista se pensava autor do Direito?

Não. Considerava que o cosmos estava assente numa ordem natural, imutável por decorrer da Divindade. Ordem que consubstanciava a justiça e cujos princípios fundamentais o legislador era obrigado a respeitar. Assim, o jurista, respeitador da lei divina, limitava-se a aplicá-la. Integrado o Direito (lei ou jurisprudência) numa hierarquia que culminava com o Direito divino e natural, a norma positiva que violasse o seu fundamento último não seria Direito. Não só não lhe era devida obediência, como, em casos de extrema gravidade, a rebelião era justificada.

Leiamos S. Tomás de Aquino: «A força da lei depende da sua justiça. E tratando-se de coisas humanas, a sua justiça está em proporção com a sua conformidade à norma da razão (...) que é a lei natural (...). Consequentemente, toda a lei humana terá o carácter de lei na medida em que se deduza da lei da natureza; e quando se afastar em qualquer ponto da lei natural já não será lei, mas corrupção da lei» (S.T., I, 2.<sup>a</sup>, § 95, art. 2.<sup>o</sup>).

Assim se inseriu no centro da própria noção de Direito a exigência de Justiça, fundamentada transcendentemente, ingrediente necessário da sua validade. O Direito é um dever-ser, em termos de a força ser só condição da sua efectividade, e não da sua validade que só existe através da presença da Justiça (<sup>2</sup>).

Que diferença da tradição clássica! sobretudo grega. Fazendo o homem parte do «continuum» Natureza — Deuses — Cidade — homem, estava submetido «necessariamente» ao poder da cidade, que não necessitava de outra legitimidade. O acto de Sócrates ao submeter-se à cicuta, à injustiça do poder, revela bem a degradação do submisso homem clássico. Apesar das episódicas revoltas «filosóficas» de Platão ou de Aristóteles.

Também o Jurista medieval aceitava o Direito como um dado: mas um dado de Deus e da razão, não do poder. Nesta medida o jurista não era um autoridade; era, senão por função, pelo menos

---

(<sup>2</sup>) Vd., para maiores desenvolvimentos, Castanheira Neves, *Justiça e Direito*, sep. do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1976, p. 57 e segs.

por formação, um universitário que utilizava no seu ofício um método racional-dedutivo, que partia de uma hierarquia de leis, de razões, de autoridades respeitáveis, da opinião comum dos doutores.

O Direito era concebido como uma norma que se aplicava por métodos lógico-dedutivos. Em última análise, a opinião do jurista, não era a sua: era a de Deus, da razão, da Justiça que ele se limitava a dizer.

O Jurista não criava o Direito: dizia o que já existia.

O Jurista pertencia a uma só *ordem*: advogado, juiz, administrador, conselheiro, sentia-se fazendo parte de um só «estado», com uma formação comum (a universitária), sendo as funções só ocasionalmente diversas. Funções que nunca envolviam uma hierarquia burocrática, mas tão só diversas sedes do dizer do Direito. Sendo o Tribunal composto por três «Juizes»: o presidente e um representante de cada parte, em intensa colaboração.

A concepção normativa do Direito manteve-se até há muito pouco — e é ainda a corrente nas representações sociais dominantes e no discurso do legislador.

### O Direito e o Jurista «modernos»

O que se alterou rapidamente foi a concepção sobre a maneira-de-ser do Direito, sobre o seu fundamento e a sua fonte.

O Jurista da Idade Moderna continua a considerar-se mero aplicador de normas que lhe são anteriores. Varia, porém, a concepção sobre a natureza destas normas.

No Leviathan de Hobbes não é a justiça, mas antes a autoridade, que faz a lei. Só as leis do Estado soberano podem separar o justo do injusto, independentemente de qualquer referência a um sistema de valores, anterior e superior. O homem volta a ser simples súbdito do Estado, que tem no Direito a expressão do seu poder soberano.

Ao súbdito descontente só resta beber cicuta...

Perdida a justificação transcendente do Direito, ia-se buscar-se uma (pseudo) justificação imanente: o Direito é um sistema fundado na razão, racionalmente unitário e racionalmente aplicá-

vel. Ao contínuo Deus-Estado-homem, substitui-se o Estado-razão-homem.

Nos séculos XVII e XVIII a escola do Direito natural tenta, com tanto empenho como insucesso, reconstruir o Direito com base na razão natural.

Ainda profundamente presa à tradição cristã, esta escola não chega sequer a abrir novos campos. Mas deixa um germe que vai incubar longo tempo: desaparecido o fundamento — e a fonte — transcendentais, o Jurista procura o Direito *em si, na sua razão natural* — pois não se atreve a dizer que o procura na sua vontade.

Pela primeira vez o Jurista surge como fonte de Direito — embora não se atreva a dizer-se tal. E começa a surgir a divisão e a corporativização do ofício: a sua burocratização com o destaque de um Juiz (representante do Estado que se arroga o exclusivo da Justiça) em prejuízo das partes e dos seus representantes.

E fica, para já mais importante, a substituição da «fome e sede de justiça», criadora de Direito, pela vontade política; e a associação do Direito à força, pois será Direito toda a norma, e só ela, que se revela socialmente efectiva. Não é que se ignore a necessidade de justiça. Mas esta pode ser afastada, «realisticamente», a favor da utilidade, da oportunidade, da norma.

### O Direito e o Jurista Contemporâneos

O Direito fundado na vontade do Estado e identificado com a legalidade estadual, está na base das concepções dominantes do século XIX e da primeira metade deste século.

Rousseau partia da concepção de lei como expressão da vontade geral. Não havendo, pois, que perguntar se a lei pode ser injusta, pois ninguém pode ser injusto para consigo mesmo. Assim, o Direito passou, depois da Revolução Francesa e de todas as que se lhe seguiram, a ser identificado com a lei. A lei era, não o continente de um conteúdo de justiça material, mas o continente da vontade do Estado, simples forma de qualquer ordem hetero-imposta. Chegou-se à ideia de Estado-de-Direito, mas só formal, desprovido de garantia para qualquer cidadão: as ordens «legais»

podem ter qualquer conteúdo, mesmo o mais agressivo da pessoa humana.

Daqui resultou uma acentuada degradação do Direito e do Jurista.

O Deus «morto», enquanto sistema de valores fundamentantes do Direito, foi substituído pela nova deusa do século XIX: a ciência. O Direito tende a ser esvaziado de qualquer intenção normativa. Para se reduzir a uma técnica de organização da vida social, fundada nos mecanimos económicos, psicológicos, etc., da sociedade. O Direito seria substituído por uma organização científica da sociedade, desprovida de ideias «metafísicas», como as da liberdade, responsabilidade, justiça, etc., reduzidas a estados psicológicos, naturais, cientificamente controláveis e utilizáveis para fins políticos de ordenação social <sup>(3)</sup>.

E o jurista, exangue, reduz-se a simples técnico — nem sequer a cientista — da organização social, organização que só controla a nível médio, aplicando as regras criadas por outrem, com competência superior, e justificadas pela vontade social. A afirmação do jurista francês do século XIX de que não ensinava o Direito Civil, mas tão só o Código de Napoleão, não significaria o fim do Jurista?

Submetido ao Estado, o Jurista divide-se em «profissões» (advogados, juízes, burocratas, etc.) que começam a esfacelar a unidade profunda do Jurista medieval. As decisões «jurídicas», de discursos de ciência proferidas por qualquer jurista, transformam-se em actos de autoridade do «delegado» do Estado, juiz ou burocrata único administrador da Justiça.

Sob a máscara da vontade geral, descobre-se a face do jurista que, ao dizer o Direito, diz (realmente) a sua vontade.

No decurso do século XIX a sociedade — já é um lugar comum dizê-lo — foi-se fraccionando, deixando aparecer à luz do dia as lutas de interesses, os grupos sociais opostos, as classes profissionais antagónicas. Atrás da sacralizada vontade geral, aparecia o compromisso instável de grupos económicos e sociais. A más-

---

<sup>(3)</sup> Castanheira Neves, *O papel do jurista no nosso tempo*, sep. do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1968, págs. 16 e segs. e 36 e segs.

cara do legislador desaparecia para dar lugar à face do homem real, com os seus interesses, submetido a pressões diversas, só por acaso arauto do interesse comum.

O Estado, máquina hierarquizada, coerente, exprimindo com uma só voz uma só vontade? Engano, mera aparência. O Estado, multiplicidade de pessoas funcionários, legisladores, governantes, polos de interesses só por acaso coincidentes, só eventualmente exprimindo uma só vontade.

Desmoronado o Leviathan, desmoronou-se o último alicerce do Direito, ao seu carácter de expressão da vontade geral: daqui para diante, sem justificação formal.

Abandonada a justificação formal do Direito, com a «queda» do legislador voltou a procurar-se uma nova justificação material (pseudo material) do Direito.

E assiste-se ao reinado do «técnico» da Administração e do «técnico» do Direito. Esquecida a coincidência do Direito com Justiça; desacreditada a vontade geral como fonte do Direito — passou a pedir-se aos que sabem administrar que produzam o Direito necessário para o funcionamento da sociedade; e aos que sabem escrever normas, aos «técnicos» do Direito, que escrevam as normas ditadas pelos Administradores.

Este «cientismo» contemporâneo acaba por retirar ao Direito, reduzido ao «texto», o conteúdo axiológico, transformando-o numa simples técnica de organização social. Organização de meros mecanismos sociológicos, biológicos, psicológicos, quando não psiquiátricos<sup>(4)</sup>.

Organização a ser promovida pelo economista, pelo sociólogo, pelo engenheiro, dos quais o «político» seria mero porta-voz e o Jurista simples escriba.

Em que o homem, cada homem, de autor do seu próprio destino em colaboração com todos os outros, passa a objecto de um poder que lhe é estranho que o integra num plano. Em que o homem perde a sua autonomia, em termos de qualquer desvio da normalidade ser «curado» em termos de doença. E em que, à sanção dos crimes de vai substituindo, disfarçadamente, a correcção administrativa das contra-ordenações.

---

(4) Vd. Castanheira Neves, *ob. cit.*, págs. 16 e sgs. e 36 e segs.



Enquanto o «técnico», todo poderoso, se justifica com o «fim das ideologias» para afirmar o primado da sua técnica; e se esconde na intrincada rede da burocracia para afirmar a sua inteira irresponsabilidade quanto às consequências dos seus actos.

Actos por detrás dos quais o observador encontra os interesses individuais do agente, os seus interesses de burocrata e a pressão dos grupos dos grupos sociais mais poderosos — quando não, a simples patologia do foro psiquiátrico.

E o homem — da — rua, receoso do poder do administrador, volta-se para o outro grupo que pode tomar decisões vinculativas: os Juizes, representantes do Estado. Pedindo aos Juizes para fixarem o Direito, para controlarem o Administrador.

### O Direito e o Jurista hoje

O Juiz descobrira recentemente o seu «verdadeiro» officio e, legitimado pelo apelo popular, podia agora assumi-lo publicamente e aprofundá-lo.

O Juiz descobrira que o Direito não se confunde com a lei. Esta será sempre ultrapassada pela evolução dos princípios axiológicos que a comunidade vai segregando, e pela circunstância da sua aplicação.

Centrar-me-ei neste último aspecto por parecer, ao «cientismo» contemporâneo, mais característico do officio de jurista.

Já não é possível pensar a aplicação do Direito como um processo lógico — dedutivo que tenha como seu ponto de partida a norma, e como conclusão — aplicação do Direito, a solução para o caso concreto. A aplicação do Direito entender-se-á, como um juízo normativo autónomo no caso concreto a julgar, fundamentado num princípio jurídico-normativo com expressão legal ou não <sup>(5)</sup>.

A norma, a respectiva interpretação, e a solução do caso concreto constituem efectivamente uma unidade, em que a norma se

---

<sup>(5)</sup> Vd. Castanheira Neves, *ob. cit.*, págs. 60 e segs.; is.; *O actual problema metodológico da realização de Direito*, sep. do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1990, em geral, para maiores desenvolvimentos.

tem de justificar sempre perante a situação concreta, perante a qual tem um mero valor hipotético, a concretizar <sup>(6)</sup>.

Entre a interpretação e a aplicação existirá sempre um movimento dialéctico circular.

Esta perspectiva metodológica da aplicação do Direito, só é nova no sentido de que só hoje há dela plena consciência. Substancialmente, a aplicação do Direito pelo Jurista sempre decorreu segundo tal processo. Mesmo nas épocas em que o Jurista era particularmente respeitoso da lei, enquanto expressão da vontade Divina, da vontade do soberano ou da vontade geral.

Mas existe uma profunda diferença entre o passado e o presente. Nos quadros do tradicional método dogmático normativo, a norma jurídica geral e abstracta era sistematicamente a determinante das soluções concretas.

Hoje, a norma é «sistematicamente» uma forma de justificação «a posteriori» das decisões do juiz. O modelo do domínio da lei e mesmo o modelo interpretativo da lei, são ultrapassados pelo modelo do poder judicial em que a função do juiz aparece essencialmente evolutiva e pragmática, considerando-se como justa, neste sentido, a solução mais adequada ao caso concreto, segundo directivas pré-estabelecidas, mas muito vagas, como «perigosidade» do delinquentes, «capacidade económica», «interesses sociais», etc. <sup>(7)</sup>.

O juiz transforma-se em administrador, inspirando-se nas finalidades económicas e sociais que ele próprio considera deverem prevalecer.

E o cidadão descobre que saiu do Estado dos administradores, para se manter no Estado (dos juizes): longe de submeter o Administrador ao controlo do Juiz, limitou-se a criar outro Administrador.

Sob cuja máscara, despedaçada, mais uma vez surge o indivíduo concreto, com os seus interesses, as suas grandezas e limi-

---

<sup>(6)</sup> Castanheira Neves, *ob. loc. cit.*

<sup>(7)</sup> Vd. Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da realização do Direito*, cit., n.º 2.

tações, a sua «convicção» quantas vezes arbitrariamente formada.

Totalmente irresponsável pelas suas decisões. Irresponsabilidade que se baseou, na origem, no facto de se supor que se limitava a aplicar a lei; quando hoje é, «declaradamente», a sua opinião que impõe.

O Direito deixou de ser «o que é», o que está escrito, para se transformar, declaradamente, no que o Juiz diz que é. Direito sempre em criação, em termos de ser o que vier a ser.

Depara-se, pois, com um sistema em que o Direito deixa de ser segurança, garantia, previsibilidade, em termos de normas a cumprir. Como nem sequer é sistema de valores a observar. Tudo se resume cada vez mais à contingência das decisões concretas de indivíduos concretos.

Nem justiça nem segurança nas ruínas do Estado-de-Direito, em que o cidadão se vê esmagado entre o acto administrativo, acto de autoridade que impõe obrigações ao administrado, e a sentença, também acto de autoridade; dispondo ambos, desvinculadamente, da sua vida, da sua honra, da sua fazenda.

Mas será que a empresa do Direito está falida e o Jurista (que diz a Justiça ...) vai ficar sem ofício? Seguramente que não.

Lembro o património de que nos podemos orgulhar: a criação da pessoa jurídica; a teoria dos direitos da pessoa; a garantia da legalidade criminal; a organização formal e material do Estado através da Constituição; etc. Não houve acontecimento social de vulto no último milénio que não tivesse sido acompanhado, promovido ou desenvolvido por um jurista. Posso dizer, em verdade, que têm sido os juristas, até hoje, dos principais humanizadores do homem. Ao apelo de todos os tempos «Homens! sede Homens!», entre os primeiros a responder-lhe temos estado nós. Tal como aquelas crianças portuguesas, discípulas dos Jesuítas, que, no século XVII, preferiram ser lançadas aos tubarões por calvinistas franceses, do que renegar a sua fé, também nós temos legiões de mártires que se sacrificaram pela justiça em que acreditavam.

E, além deste património e destes inspiradores, em todo o mundo centenas de milhares de juristas constroem um homem-social mais livre, mais rico, mais feliz.

Esta oração era, disse-o no início, dirigida aos estudantes. A estes digo que exijam:

Um Direito dado, ordem justa, categoria ética, fundado em valores;

Um Direito expressão da vontade geral, e não simplesmente prossecução de interesses particulares, forma de opressão;

Uma única profissão de Jurista em que cada um seja fungível — juiz, advogados, etc. — em relação de ciência e não de autoridade. Em que se restitua a unidade plural do Tribunal (juiz/ partes).

O Jurista único conselheiro do legislador, sendo nesta medida, e no necessário, sociólogo, economista, filósofo..., restituindo o Direito à sua função de Ciência maior, autora de si própria.

Organizados a sociedade e o Direito nestes termos, poderão os juristas reviver no seu verdadeiro ofício: na dialéctica norma (superior e anterior) — interpretação — caso, animados de fome e de sede de justiça, recriando o Direito a cada momento no quadro das aspirações sociais, contribuindo para que o mundo seja diferente, um pouco melhor e mais justo.