

"A mobilização do Direito no tempo das Crises", tal é o tema do 9.º Congresso Nacional dos Juízes Portugueses.

Mas a minha visão, Colegas, talvez seja pessimista de mais para não ser levada a sério ou ser levada a sério num diapasão maior.

Desde logo, porque não estamos em tempo de crises, mas da **Crise**, ou seja, daquela que poderá marcar o início do nosso lento declínio como civilização ocidental, tantas vezes abordado e estudado e que remonta à obra premonitória do alemão Oswald Spengler de 1918, que Hitler proibiu, mandando esquecer e eliminar.

Depois, porque o Direito nunca causou, potenciou ou resolveu crises económicas e civilizacionais.

O Direito é um sistema normativo de regulação social, ou seja, um conjunto sistémico de institutos normativos centrados na ética social juridificada, e por isso comumente aceite, e que se destina a regular o comportamento de cidadãos que vivem em comunidade societária.

Daí que o Direito seja um subsistema social sedimentado que não tem a capacidade de inovar modificando revolucionariamente a sociedade e o Estado, nem, por outro lado e pelo mesmo motivo, tem a capacidade de anular, adormecer ou paralisar movimentos ou convulsões sociais que se projectem para além dos seus limites.

O Direito tem, assim, a sua expressão máxima em sociedades e civilizações sedimentadas,

pacificadas e onde os valores juridificados conhecem uma aceitação social generalizada.

Quando tais civilizações se tornam dominantes e, depois, hegemónicas (para usar, aqui, conceitos gramscianos) o seu Direito tende a ser exportado ou copiado num fenómeno conhecido de mimetismo.

Isso aconteceu com o nosso Direito até agora; mas continuará a acontecer no futuro?

E a pergunta tem toda a razão de ser porque, se há décadas atrás, o Direito, os Tribunais e o juiz tinham como missão nuclear a defesa dos direitos de cidadania e personalidade, assistimos agora a uma distorção da sua matriz genética pretendendo-se que o Judiciário, os Tribunais devam decidir cada vez mais depressa porque só assim a economia funcionará.

A Europa moderna e, por extensão, os Tribunais e os juízes modernos, nasceram com o Tratado de Vestefália, que pôs termo à Guerra dos Trinta Anos.

Antes dele, tínhamos juízes que eram juízes do rei, que aplicavam as leis de um monarca absoluto ungido pelo poder divino e que eram de fora (os juízes de fora) como meio de potenciar a concentração do poder real.

Depois de Vestefália, passamos a ter juízes do Estado e da Nação e não do rei; juízes independentes deste (é a história do moleiro de Sansouci) e que aplicarão as leis do direito natural e do direito das gentes que o iluminismo parturejava e chancelará.

O juiz moderno é, por isso, o juiz que defenderá, cada vez mais, os direitos do homem e do cidadão (ou seja, os direitos fundamentais de personalidade, como hoje se diz) e essa passará a ser a matriz identitária dos Tribunais modernos.

Estes passarão a ser os garantes contra o absolutismo real e o abuso dos poderosos; depois de Vestefália (além de duas conquistas incontornáveis: a liberdade religiosa e a igualdade

internacional dos estados seja qual for a sua concreta dimensão) surgiu toda a panóplia de princípios estruturantes do Direito que ainda hoje nos rege: a separação de poderes, a tipicidade dos crimes e a legalidade das penas, a não retroactividade da lei penal, a abolição de tribunais penais especiais, os direitos individuais invioláveis, a reserva jurisdicional do juiz, a obediência hierárquica na relação jurídico-administrativa com o direito de respeitosa representação como válvula de segurança, o estado de direito, o estado social de direito, etc. etc.

Subitamente, Colegas, o discurso mudou.

De garantes, os Tribunais e os juízes passaram a ser vistos e analisados como agentes decisórios que têm que julgar depressa para garantir os direitos creditícios de credores e de empresas.

De garantes de direitos fundamentais, os Tribunais passaram a empreiteiros de lucro rápido; e ainda há uns dias, aquando da prisão mediaticamente algemada de um político e economista francês, o que sobressaiu em todos os comentários noticiosos no nosso país foi a rapidez da decisão final e não a previsível precipitação da apreciação preliminar de indícios probatórios equívocos que, em Portugal, teria levado provavelmente a uma condenação indemnizatória do Estado.

É esta mudança de paradigma do discurso social sobre a função do Direito e dos Tribunais que nos poderá reconduzir a um tempo ambíguo e perigoso onde o Homem deixará de ser o centro do Direito e da sociedade e o seu lugar será ocupado por agentes económicos de identificação volúvel perante os quais os direitos humanos serão uma simples metáfora de retórica.

Desta dupla visão que o Direito e os Tribunais já tiveram e passaram a ter agora, são facilmente visíveis três sequelas.

Porque o estado de direito se foi construindo secularmente à volta de conceitos políticos que se juridificaram e de conceitos jurídicos que se politizaram, os juristas assumiram, desde os sécs. XVII e XVIII, o discurso ideológico hegemónico da sociedade.

Foram eles que os elaboraram, os disseminaram e, com o advento do liberalismo, passaram a ser eles os políticos proeminentes das sociedades europeias.

Juristas, advogados e juízes faziam parte, todos, dessa plêiade; entre nós basta citar tão-só seis juízes proeminentes: Fernandes Tomaz, Silva Carvalho, Joaquim António de Aguiar, Silva Ferrão (autor do primeiro Código Penal); Visconde Seabra (autor do primeiro Código Civil) e Teixeira de Queirós, pai de Eça de Queirós.

Com a sedimentação cada vez maior dos conceitos de independência do Tribunal e dos juízes estes foram lentamente afastados da vida político-partidária; daí que, ainda hoje, a composição dos nossos parlamentos seja tradicional e maioritariamente formada por advogados (mas não por juízes) que, quantas vezes, transportam consigo o gérmen de interesses profissionais, mau grado a onda tecnocrata que varreu as sociedades europeias pelos meados do século passado e de que a nomeação de Raymond Barre para Primeiro-Ministro francês foi vista à época como uma manifestação premonitória.

Esta é a primeira sequela.

A segunda sequela, temo-la - agora num registo diferente - na enxurrada de acções de dívida, algumas de valores liliputianos, que desde 1987 inundaram os nossos tribunais provindas de agências, sociedades de crédito e de empresa de serviços diversificados, com o fim único de sacar poupanças individuais onde elas existissem ou não existissem, sem regras jurídicas reguladoras que obviassem a casos de verdadeira publicidade enganosa, onde o consumidor foi usado como peão de brega num país acabado de aderir a um espaço rico (o da União Europeia) e onde os Tribunais foram travestidos como os novos cobradores de fraque.

O endividamento familiar que se lhe seguiu (e que hoje se sente) é o produto final de um neo-liberalismo desenfreado que, por detrás dessa predação pecaminosa, ele próprio gerou.

Mas esse lixo processual teve um outro efeito duradouro, agora na esfera do Judiciário: bloqueou *ad perpetuam rei memoriam*, os Tribunais que tiveram o ónus e o azar de o julgar, ou seja, os tribunais de média e pequena instâncias cíveis e os juízos de execução.

Ainda hoje, eles arcam com essa herança pesada destinada a solver os interesses de empresas tributárias de grandes grupos económicos num jogo que o estudo do Observatório da Justiça de há quinze anos desmistificou; e o exemplo que constantemente nos vem à memória é o do comportamento majestático das operadoras de telecomunicações.

A terceira sequela é, porventura, a mais violenta porque coloca frente a frente essas duas pulsões em que os tribunais estão hoje enredados: defesa dos direitos do Homem versus direitos patrimoniais que a economia deve endeusar.

Refiro-me concretamente a casos trágicos de erros judiciários que, em países considerados avançados, levam à prisão, com frequência inadmissível, condenados que, ao fim de 24 ou 27 anos, se descobre que afinal eram inocentes.

James Lee Woodard, Sean Hodgson, Paul House (quem não se lembra dos olhos azuis desbotados de Paul House, em cadeira de rodas, com esclerose múltipla e com uma vida desfeita em bocados?) são alguns dos maiores ícones do erro judiciário, ou melhor, do erro dos homens num tipo de justiça de que, felizmente, ninguém até agora se queixou dos juízes portugueses.

E esta é das maiores homenagens que podemos prestar aos nossos juízes.

Porque quem ler os serviços noticiosos escritos sobre tais matérias, vê que é muito maior o ruído de fundo que se faz quando um processo se atrasa do que, quando em países estrangeiros que a comunicação social reverencia, alguém passa anos a fio na cadeia por um crime que não cometeu; o que está, por detrás, desta dicotomia comportamental é, afinal, uma opção ideológica que sobrevaloriza o dinheiro que não rende porque um processo se atrasou, em detrimento da tragédia de um homem cujos direitos foram encarcerados anos a fio.

Tal é a terceira sequela que o neo-liberalismo actual nos doou.

A "Innocence Project" é uma associação americana de defesa de presos em relação aos quais há dúvidas sérias de condenações injustas.

De 1992 até agora, essa associação conseguiu a inocentação de mais de 260 presos considerados entretanto injustamente condenados na sequência de provas recolhidas; o tempo médio de prisão dessa gente até à sua libertação ronda os 13 anos.

Os factos falam por si; porque eles mostram até que ponto os Tribunais e os juizes estão, hoje, metidos num "espartilho de aço fino" (e esta expressão é de Antero de Quental) entre o que devem ser e o que outros querem que eles sejam.

*

É óbvio que os processos devem ser julgados em prazo razoável, consoante diz a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e casos há em que tal prazo é frequentemente excedido, ou por culpa dos juizes, ou da estrutura sistémica do processo, ou das partes processuais e seus advogados.

Mas aquilo a que temos assistido vai muito para além disso.

A tentativa de usar os tribunais de forma quase exclusivamente economicista entronca no neo-liberalismo ocidental que renasceu com a frase célebre de Margaret Thatcher, de há trinta e tal anos, segundo a qual não haveria mais sociedade, mas apenas cidadãos e famílias; ou seja, a coesão e solidariedade sociais eram questão nula e secundária porque o que interessava era apenas o sucesso individual sem controlo algum.

É esta nova visão que vai destruir a riqueza do ocidente, vai trazer a crise actual e vai afectar no futuro o direito que temos.

Durante sessenta anos, a União Europeia estruturou o estado-social ou estado-providência em quatro pilares: planeamento (e não planificação) económico; negociação colectiva com sindicatos fortes; impostos directos progressivos para diminuir a distância entre ricos e pobres e potenciar a coesão social; serviços sociais públicos gratuitos ou de baixo preço.

Com a percepção da queda iminente do bloco soviético e de que iríamos ser os donos incontestados do mundo, o neo-liberalismo saxónico de Chicago vai recuperar as teses liberais da escola de Viena de 1920 de Von Mises e Hayek (aliás Hayek passa a dar aulas em Chicago), vai estender-se depois ao conjunto do Ocidente, é experimentado pela primeira vez (imaginem-se) no Chile de Pinochet, acaba com os quatro pilares do estado-providência e termina no beco sem saída actual.

O planeamento económico dá lugar à desregulação sem controlo do mercado; o ataque ao sindicalismo destina-se a acabar com a negociação colectiva transformando o contrato de trabalho num mero contrato de direito civil de prestação de serviços, regressando se possível ao mundo de David Copperfield e de Oliver Twist que Charles Dickens descreveu (é neste sentido que devem ser lidos os frequentes ataques ao sindicalismo dos juízes ao arrefecimento das recomendações do Conselho da Europa); o imposto progressivo desaparece aumentando o fosso entre ricos e pobres (dos países desenvolvidos, Portugal, E.U.A. e Inglaterra formam o trio onde esse fosso é maior de acordo com Tony Judt) e conduzindo às teses agora em moda de um imposto só para ricos quando se sabe (basta conferir o último estudo de Boaventura de Sousa Santos) que, de 2000 a 2008, a taxa de tributação fiscal desceu 8,5% para as grandes empresas e 7% para os ricos; e os serviços sociais entraram em colapso porque o Ocidente já não é auto-suficiente em matérias-primas, os seus três ciclos coloniais (asiático, americano e africano) findaram e os BRIC têm um modelo de crescimento económico diferente e sustentado.

É todo este imbróglio sem solução à vista que, subliminarmente, conduz a uma nova visão dos Tribunais ao serviço das previsíveis mudanças do direito.

O direito do trabalho está em lenta extinção com a sua assimilação ao direito civil.

Provavelmente, a seguir serão afastados princípios estruturantes do direito de consumo, nomeadamente no que importa à defesa do consumidor.

Quem, durante décadas, julgou direito civil percebeu que os regimes específicos do cumprimento contratual defeituoso (venda de coisa defeituosa, empreitada defeituosa) foram delineados como forma de acumulação de capital do empreiteiro-vendedor e do desamor pelo consumidor final.

Por força de novas concepções do direito saxónico isso mudou com o tempo, e o regime das cláusulas contratuais gerais em contratos-tipo é a prova disso; mas ninguém garante que a necessidade de recapitalização - de que se volta a falar agora com insistência - não venha a inverter os alcatruzes da vida fazendo retroceder o tempo jurídico para épocas pré-darwinianas.

*

Colegas:

Neste tempo de fim de festa em que o dinheiro falta e há que reciclar os nossos conceitos, sabendo-se que o direito e os Tribunais são meros reguladores sociais, que fazer?

Punhamos a imaginação a funcionar para obter dois desideratos: maior eficiência e menores gastos no funcionamento do Judiciário.

É o que tentaremos fazer de seguida.

Com uma prevenção: informando-nos os estudos do Observatório da Justiça que apenas 23% dos portugueses tiveram uma experiência em tribunal (cfr. Boaventura Sousa Santos, "Portugal, ensaio contra a autoflagelação", págs. 113/114) muitas das opiniões frequentemente transmitidas têm mais a ver com paixões futebolísticas do que com elementos objectivos.

Daí que as sugestões que farei de seguida se connexionem tão-só com a lógica do sistema e não com números de circo.

Assim, defendo, sem pretender ser exaustivo:

1) a existência de uma única orgânica judiciária integrada, encimada por um só Supremo Tribunal à moda saxónica funcionando por secções especializadas.

Os Tribunais administrativos e fiscais seriam tão-só tribunais especializados como quaisquer outros (como se fez em Espanha) evitando-se o perigo de termos jurisprudência diferente para casos iguais segundo a orgânica competente para o julgamento; afinal, qual a diferença entre a negligência médica cometida num hospital particular ou num outro do Estado?

Esse Supremo Tribunal teria obviamente uma secção constitucional com forma diferente de recrutamento dos seus juízes; assim, é perfeitamente compatível o actual recrutamento dos juízes do T. C. com o recrutamento dos restantes juízes desse Supremo feito por um C.S.M. único.

Para obviar a casos similares aos que já várias vezes tivemos, qualquer questão de constitucionalidade seria previamente decidida na secção constitucional antes do julgamento final da secção ou da Relação competentes.

Afinal, do que falamos é apenas da coragem política em assumir soluções inovadoras e da percepção de que o tempo de Hans Kelsen também passará;

2) a remodelação profunda dos processos (civil e penal) conferindo-se poderes discricionários processuais ao juiz para terminar com incidentes dilatórios em cascata.

O juiz tem que ser verdadeiramente o dono do processo e não apenas o gestor dos tempos processuais das partes; no processo civil, especialmente, ao juiz devem ser conferidos poderes similares aos do juiz dos tribunais arbitrais;

3) a criação do defensor público (previsto no programa eleitoral do PSD em 2002) já que o sistema actual de apoio judiciário, degradado e desacreditado, serve tão-só para subsidiar como rendimento mínimo de subsistência o excesso de advogados no mercado que as faculdades privadas de direito geraram.

No ano transacto o Estado despendeu, só nesse apoio, 56.011.116 euros;

4) a fixação de tabelas indicativas de honorários dos advogados para que o cidadão, numa época de crise, saiba com o que conta (como se faz, aliás, noutros países europeus); o pagamento pela parte vencida dos honorários do advogado do vencedor, como chegou a estar previsto no projecto do código de 2001 mas que rapidamente foi eliminado por obra e graça dos deuses (e que funciona como um controlo à evasão fiscal); e ainda o limite restritivamente fixado para que se possa advogar no S.T.J. (como se faz na Alemanha, França, Bélgica, etc.) de forma a conferir dignidade aos recursos e a impedir a chicana processual;

5) o avanço das novas comarcas sob a presidência de um juiz com poderes reforçados, coadjuvado por um gestor, com especialização dos juízes e com um novo regime de mobilidade de funcionários geridos pelo juiz-presidente; sem esquecer que a extinção das comarcas actuais que se não justificam serviria para recuperar uma bolsa considerável de funcionários num tempo em que eles faltam;

6) a alteração completa da fundamentação da matéria de facto nas sentenças, uma tortura jurídica imposta aos juízes quando as audiências de julgamento são registadas, e uma modificação do processo penal ou do código penal introduzindo o despacho de pronúncia como causa suspensiva (e não interruptiva) do prazo prescricional do crime para evitar o espectáculo indecoroso e constante de só quem for rico e tiver dinheiro beneficiar das prescrições sabiamente pré-ordenadas e premeditadamente preparadas até à exaustão;

7) a eliminação definitiva do lixo processual que dificulta a contingência processual no cível, proibindo as empresas - utilizadoras frequentes de cobrar crédito acima de certo patamar ou impondo-lhes um patamar mínimo de não cobrança como efeito do risco negocial, ou remetendo-as (como se faz, penso, na Holanda) para secções vocacionadas para esse tipo de acção de molde a não prejudicar o cidadão comum;

8) da acção executiva nem falo, porque nunca escondi a minha desconfiança por esse labirinto.

Os títulos executivos deviam ser profundamente restringidos; a execução de coisa certa devia ser um mero acto de polícia em incidente sumário a seguir à sentença; e no grosso das execuções sempre preferi o modelo nórdico, difícil no investimento inicial mas com retorno quase garantido no futuro.

Afinal, com a crise económica a agravar-se, o nosso modelo executivo vai fazer a selecção da espécie: os credores-ricos cobram os seus créditos embora os repartam com honorários de outrem; os credores-pobres ou remediados ficam pelo caminho se o crédito não for chorudo.

*

Mas o maior problema que a crise porá aos juízes será o de evitar a sua degradação estatutária; porque, aqui, a crise não pode servir para justificar tudo.

O recente projecto-lei dos julgados de paz será um teste e um alerta para isso.

Os julgados de paz deverão ser um sistema complementar do Tribunal clássico, subordinado à gestão do C. S.M. (para garantir a independência do juiz de paz - vejam-se os casos paradigmáticos do Brasil e Itália), com um módulo autosuficiente de recurso (de novo remeto para o exemplo brasileiro) e não poderão ser nunca um sistema que pretende equiparar o julgado de paz ao Tribunal judicial, com o mesmo processo, o mesmo recurso mas sem registo de prova, os mesmos incidentes, quase as mesmas competências, a mesma paternidade legitimadora mas com duas diferenças abissais: por um lado, o juiz de paz exercendo um trabalho precário a recibo verde porque está a prazo e, por outro, a renovação da sua continuidade dependendo da boa-vontade de um órgão que lhe retira toda a independência funcional porque é composto política, partidária e corporativamente por membros de todas as proveniências menos por juízes.

Este pode ser o primeiro passo para transferir para a magistratura judicial aquilo que se pode avançar para os juízes de paz, domesticando-a a prazo porque - como sugeria o ministro

prussiano de Frederico, o Grande - a domesticação da carreira conduz à formatação pré-ordenada das decisões.

Mas há algo mais.

O Ocidente assiste (vai para perto de três décadas) a uma compressão salarial contínua que enriquece cada vez mais 1/5 da população e empobrece 4/5 dela (quem o diz são alguns dos maiores sociólogos do mundo: os americanos Robert Reich e Paul Kennedy e o francês E. Todd).

E esse é outro dos factores da possível degradação estatutária dos juízes.

Os juízes desempenham uma das quatro funções soberanas do estado; mas, sociologicamente, os juízes sempre integraram a classe média que é uma das directamente visadas pela crise que assola o Ocidente.

Fareed Zakaria, numa das suas últimas obras ("O mundo pós-americano") é bem claro: foi a destruição da classe média que levou os nazis ao poder na Alemanha.

Se se ler o último relatório do Conselho da Europa e se se comparar os índices remuneratórios dos juízes europeus aí descritos, a projecção do futuro não é risonha para os juízes portugueses; porque não se pode continuar a manter bloqueios constantes no funcionamento dos Tribunais e, simultaneamente, facilitar a arbitragem (até, a arbitragem fiscal, ou seja, a que contende com aqueles que fugiram aos impostos e os vão, depois, renegociar em baixa) como forma suspeitosa de financiamento de alguma advocacia.

Porque, com tudo isto misturado, e lembrando Ingmar Bergman, será que estamos a chocar "o ovo da serpente"?

Luís António Noronha Nascimento
Ponta Delgada, 29 de Outubro de 2011.

□

□