

NOTA SUMÁRIA SOBRE O ART. 20.º DA CONSTITUIÇÃO

Pelo Dr. Mário Raposo

1. Teve o individualismo liberal o seu direito *social*: o do acesso à justiça dos tribunais. Do Estado não se esperava aí uma abstenção, mas uma prestação *positiva*; «la justice est une dette d'État», resumia Vivien em 1848. E pensava-se que seria uma dívida sem contrapartida, uma justiça gratuita para todos.

Tão universal gratuidade perdeu hoje sentido (1); o que se figura, mais realisticamente, é que a insuficiência económica *de alguns* não implique, *para esses*, obstáculo no acesso aos tribunais.

É o que regista o n.º 2 do art. 20.º da CRP: «a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada *por insuficiência de meios económicos*».

Universal será, sim, a chamada «garantia da via judiciária», i.e., a garantia de que a qualquer direito corresponderá, em

(1) No entanto, o art. 119.º da Constituição espanhola de 1978 ainda aponta, embora em tom visivelmente hesitante, para essa gratuidade *universal*. Ter-se-á inspirado no art. 94.º da Constituição de 1931, que, na sua época, «não suscitara excessivo entusiasmo entre os bons juristas» (Alzaga, *La Constitución española de 1978...*, p. 723).

qualquer hipótese, uma tutela jurisdicional. Não explicita o preceito que a tutela deva ser obtida com prontidão e eficácia. Mas tal objectivo estará nele contido. E, que não o estivesse, sempre adviria dos grandes textos internacionais a que Portugal se vinculou (2).

Descendo ao pormenor, motivará o n.º 2 do art. 20.º um reparo de terminologia. É que «denegar» justiça tem uma acepção precisa, diversa da que nele se referencia. Será, com efeito, a transgressão do dever, que aos juízes cabe, de administrar justiça: tratar-se-á de um ilícito civil e criminal (3). Ora o que na parte final do n.º 2 está em jogo nada tem a ver com um comportamento (funcional) do juiz, mas com uma actividade (institucional) do Estado. Em estrito rigor não se deveria, pois, falar em *denegação* de justiça.

2.1. A revisão constitucional de 1982 trouxe, entretanto, ao art. 20.º uma inovação sem precedentes em constitucionalismo comparado. Proclamou, na sua epígrafe, o «acesso ao direito». E, ligando essa epígrafe ao texto, ter-se-á que ela se reporta ao n.º 1: «todos têm direito à informação e à protecção jurídica, nos termos da lei».

A ser assim, passou o Estado a ter a *obrigação* de, por medidas concretas, a todos «fornecer» esses dois direitos (à informação e à protecção jurídicas). E, como reverso, todos passaram a poder exigir do Estado essas *prestações*.

(2) Sobretudo o art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

(3) Cfr. o art. 156.º do Cód. de Proc. Civil e o n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 85/77, de 13.12 («os juízes não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio desde que este deva ser juridicamente regulado»). Interrogara-se J. Alberto dos Reis (*Comentário ao Cód. de Proc. Civil*, II, 1943, p. 142) sobre se «o juiz denega justiça quando *demora* as suas decisões», mas propendera para a negativa: será necessário que o juiz expressamente se *recuse* a proferir a decisão (p. 144). Parece, no entanto, que a *recusa* não terá que ser explicitamente declarada; tudo estará no valor sintomático que possa ter uma *demora injustificada*. Cfr. ainda o art. 416.º do Cód. Penal de 1982.

Isto no plano da norma. Mostram as circunstâncias que à prodigalidade dos desígnios constitucionais no tocante aos direitos fundamentais positivos (*maxime* sociais e económicos) tem sucedido um sistematizado incumprimento, em clima de desinteresse e conformismo (4). Daí que se suponha que a perspectivável frustração de mais um desígnio não venha a dar causa a pesada incomodidade. O *paraíso textual* de uma Constituição demasiado *entusiasta* continuará a bastar-se a ele próprio (5).

Acresce que é o próprio preceito a endossar ao legislador ordinário (...«nos termos da lei») a sua exequibilidade (6).

2.2. Não se hesitará na pertinência das reflexões e dos ulteriores passos que o propósito designável por «acesso ao direito» justifica. É óbvio que ao Governo pertencerá definir aí uma política de actuação.

Parece, no entanto, que a constitucionalização de tal «política» foi um equívoco. Isto, em síntese, porque o Estado não

(4) A prolixidade constitucional faz-lhe perder prestígio: «é como as pessoas que falam demais; ou não se acredita nelas ou não se compreende o que querem dizer», como há anos escrevemos. Isto sem prejuízo de se considerar certa a ultrapassagem do arquétipo das constituições *neutras*.

(5) É entre nós escassa a operância da *opinião pública* nas opções dos poderes do Estado. Os movimentos da opinião pública não estão, aliás, sensibilizados para os mais significativos problemas nacionais; predomina a «fascinação da bagatela», como constante da nossa caracterologia colectiva. E os chamados «grupos de pressão» ou se formam precisamente na área do poder ou, quando ao nível da comunidade *real*, propendem a uma politização que faz esbater a sua credibilidade. Quanto ao *remédio* que a própria Constituição oferece para promover o seu cumprimento — a «inconstitucionalidade por omissão» — é de precaridade evidente. Cfr. a nossa intervenção parlamentar sobre a proposta de lei n.º 130/II, que deu lugar à Lei n.º 28/82, de 15.11, sobre o Tribunal Constitucional (*Diário da A.R.*, 1.ª série, de 14.10.1982, p. 5784).

(6) A remissão constitucional para os «termos da lei» (ordinária) retira aplicabilidade *directa* aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, iludindo o propósito do n.º 1 do art. 18.º da CRP. Sobre a sua aconselhável excepcionalidade, cfr. Jorge Miranda, *Estudos sobre a Constituição*, III, 1979, p. 72.

poderá, por si só, cumprir a obrigação assim assumida, a menos que invada áreas que não são as suas, *estatizando* tarefas que, embora com o seu apoio, terão que ser levadas a cabo pela *sociedade* (7).

Maior sensatez revelara a Assembleia Constituinte ao esquivar-se à constitucionalização da *função social* dos advogados, proposta pelo MDP/CDE, depois de também se haver recusado a declarar que a actuação dos tribunais deveria «visar a construção da sociedade socialista» (8).

2.3. Oportuno de lembrar será que a fórmula «acesso ao direito» tem uma origem perfeitamente reconhecível. Surgiu em Maio de 1977 na Ordem dos Advogados, num texto que a sua *Revista* publicou com o título de *O acesso ao Direito e a Ordem dos Advogados* (9). Não se inventou, então, nada de substancial. Mas usou-se uma designação que não costumava ser utilizada (10).

Recordar-se-á, ainda, o que com isso se pretendeu.

Pensava-se, por um lado, em aproximar o direito das pessoas; retirando-lhe o sopro de *mágica* que o desumanizava, deixaria de ser, para elas, uma «sobrecarga acidental». Era, em certo sentido, um problema de *cultura*.

(7) Mesmo antes da inovação contida no n.º 1 do art. 20.º da CRP, propunha-se já a questão de saber se o actual n.º 2, conjugado com o n.º 2 do art. 13.º, apontaria para uma «socialização da advocacia», impondo ao Estado a criação de um *Serviço Nacional de Protecção Jurídica*. Assim, Adélio Pereira André, *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*, 1980, *maxime* p. 224.

(8) Sobre o paralelismo de situações, cfr. o que ponderámos na R.O.A., ano 42, p. 342, em nota.

(9) Ano 37, p. 391.

(10) Do que tradicionalmente se fala é de «acesso à Justiça». Cfr., sobretudo, *Accès à la Justice et Etat-Providence*, publicado em 1984, sob a direcção do Mauro Cappelletti. É uma obra fundamental, que contém os relatórios, actualizados, do *Colóquio* que teve lugar em Florença em Outubro de 1979 com base num grande inquérito realizado inicialmente pela Universidade e depois pelo Instituto Universitário de Florença (1978-1979).

Encaravam-se, entretanto, para além disso, objectivos pragmáticos *imediatos*: para que o «direito aos direitos» repercutisse na realidade, necessárias seriam acções de informação e de protecção jurídica, *pre* ou *para*-judiciária.

Esta declarada intencionalidade transitaria para o Ministério da Justiça, no III e no VI Governos Constitucionais. Mas nunca se quis ir além da demarcação do *contributo* que ao Governo cabia na gradual viabilização de tais objectivos. Designadamente com insistência se fixou que, no que se fizesse no âmbito dos possíveis mecanismos de consulta e protecção jurídicas, tudo teria que passar pela disponível *mediação* da Ordem dos Advogados (e da Câmara dos Solicitadores), em caso algum se estabelecendo, para o efeito, vínculos *directos* de remuneração entre o Estado e os advogados (11).

No que respeitasse à *informação* jurídica nunca ela se processaria pelo canal de campanhas de «divulgação» ou de «dinamização cultural». O que se tinha em vista era que o Estado, no círculo das suas naturais possibilidades e responsabilidades, ajudasse a que certos vectores que ligavam o Direito à vida fossem melhor conhecidos. Universalizar, tanto quanto possível, o relacionamento *personalizado* entre as pessoas e o Direito ficaria nos antípodas de uma *estatização* massificadora.

Tratar-se-ia de incluir não impositivamente o Direito, como *valor* e como *realidade*, na «aparelhagem cívica» que dá sentido à socialidade das pessoas, fazendo com que elas melhor compreendam a imprescindível presença e autoridade do Estado e levando este, em todas as suas expressões, a melhor compreender a dignidade das pessoas. Seria como que uma interacção de valências éticas e sociais.

(11) Assim, por ex., o *dossier* sobre *Definição de uma política de Acesso ao Direito*, publicado pelo Ministério da Justiça em 1980. Cfr., ainda, o que no *Bol. Min. Justiça*, n.º 297, p. 11, se consigna e o texto de síntese que, quando no VI Governo Constitucional, publicámos no *Diário de Notícias* de 29.9.1980. A posição era já a do Despacho n.º 22/78 (III Governo Constitucional) no cit. *Bol.*, n.º 280, p. 9.

3.1. Era com este envolvimento significativo que se pretendia concretizar na circunstância portuguesa uma necessidade que se ia conformando, designadamente no âmbito do Conselho da Europa. Adoptara este, com efeito, em 2 de Março de 1978, uma Resolução (78-8) que preconizava a difusão de mecanismos de *consulta jurídica* (em matéria civil, comercial, administrativa, social e fiscal) para quem (e na medida que) deles carecesse; de tais mecanismos deveria ser dada pública *informação*, para que se tornassem acessíveis e úteis (12).

Mas para que a essa necessidade fosse dada resposta não se criaria um sector *estatizado* da advocacia, como acontece nos Estados-Unidos da América e, de certo modo, na Inglaterra. Primeiro, porque ele seria contrário a uma tradição que, nela própria renovada, não se deveria transgredir. Depois, porque (aliás como por toda a parte) a absorção pelo *Estado* de actividades que devam permanecer na *sociedade* tem, entre nós, quase sempre frustrado o proveito *geral* delas esperável.

São, aliás, conhecidos os inconvenientes que da experiência norte-americana de associar à advocacia liberal (*judicare system*) uma área funcionalizada (*staff model*) têm resultado. Abrem-se demasiadas vezes litígios por razões fúteis e indevidas; as regras éticas da profissão incorrem em potenciada crise; degrada-se o seu nível técnico; evidenciam-se, em síntese, todos os sintomas negativos da *burocracia* (13). Quanto

(12) A Resolução (78) 8 está publicada no *Bol. Min. Justiça*, n.º 284, p. 307.

(13) Neste sentido, para a experiência norte-americana, cfr. o relatório de Gary Bellow, na cit. obra colectiva *Accès à la Justice...*, p. 59 e segs., *maxime* p. 72. Em 1978, o Congresso atribuiu dotações no montante total de 300 milhões de dólares à *Legal Services Corporation* (criada em 1971), que nesse ano tinha em serviço permanente 5 000 juristas no âmbito de 335 programas implementados no país. É, entretanto, de assinalar que, em 1975, cerca de 3/4 dos advogados norte-americanos ainda exerciam a sua actividade em regime liberal, repartindo-se a quarta parte restante pelos advogados *públicos*, os advogados de *empresa* e os advogados *sindicais* (George Gordon Coughlin, *Law for the Laymen*, 1975, p. 9).

ao caso inglês, a sua especificidade não é decalcável; e, de qualquer modo, entre os *solicitors* e os *barristers* integrados nos *law centers* e o Estado não se estabelecem nexos *directos* de remuneração; designadamente a *Law Society* continua a ter o controlo global do sistema; ora os *barristers* apenas são, em qualquer caso, contactáveis através dos *solicitors* (14).

3.2. Aqui, como em tudo, a realidade norte-americana é extremamente complexa, não sendo de pegar numa das suas facetas e aproveitá-la na sua aparente linearidade.

Começa porque *todo* o seu sistema *legal* (compreendendo os tribunais, os advogados e as leis) foi posto em crise quando ainda na Europa tudo se encontrava aquietado e sem arestas, mesmo esbatidas. Já em 1912 Roscoe Pound o caracterizava por uma forma ao tempo não pressentível noutra país: «courts were congested; delay was endemic; costs were high; counsel was unavailable; entire areas of the substantive law were obsolete» (15). Daí as substanciais *reformas* que em todos estes campos foram desde então ensaiadas. E se alguma medida se foi inovando na área do sistema forense, o mesmo sucedeu *no tocante ao sistema judiciário*.

Tomar apenas como padrão o que aí se passa no campo da advocacia, e no circunscrito aspecto dos serviços prestados pela *Legal Aid Corporation*, sem simultaneamente atentar no que se passa com o sistema judiciário, resultaria numa visão fragmentada e não significativa.

(14) A independência da profissão forense seria, por isso, especialmente vulnerável no que aos *solicitors* dissesse respeito. Ora a preponderância do seu organismo institucional (*Law Society*) é decisiva. Cfr. o relatório de Michael Zander no cit. *Accès à la Justice...*, p. 41 e segs. Dá-se até a circunstância de, por seu impulso, se perspectivar a fusão das duas profissões forenses (*solicitors* e *barristers*), do que deu, por exemplo, conta o *Financial Times* de 31.3.1984. Sobre a situação actual v. R.O.A., ano 37, p. 421.

(15) Cit. por Jerold S. Auerbach em *Justice Without Law?*, 1983, p. 95.

3.3. Não deixará de ser sintomático que num livro expressivamente intitulado *How to avoid lawyers*, Edward Siegel inicia o 1.º capítulo com a seguinte constatação: «Courtrooms are like hospitals; they 're O.K if you don't have to go there» (16). É, se o recurso aos advogados é, por regra, bastante oneroso, os encargos judiciais não o são menos (17).

Mas só por descuido de atenção não se concluirá que a *função social* da advocacia tem de ser incrementada por ela própria, *de dentro para fora*. Falando em 4 de Maio de 1978 na *Los Angeles Bar Association* disse o presidente Carter que 90 % dos advogados americanos estavam ao serviço de 10 % dos cidadãos (18). E daí que, como um dos *cenários* possíveis para o séc. XXI, se tenha configurado já, embora em tom de algum modo caricatural, o dever existir então um *Serviço Nacional de Justiça* (1), passando a estar previsto na Constitui-

(16) Siegel é advogado, membro da *American Bar Association*; o seu livro tem sido um *best-seller* desde 1969. Na edição, actualizada, de 1979 informa que num caso de acidente de viação os honorários do advogado são de cerca de 33 1/3 por cento se a solução é extrajudicial, de 40 % se é proposta uma acção judicial e de 50 % se da decisão nesta proferida é interposto recurso (p. 25). A «quota litis» é permitida (*id.*). Num caso de divórcio contestado os honorários forenses podem ser calculados à razão de 150 dólares à hora nas grandes cidades, embora a média nacional oscile entre 25 e 75 dólares (p. 127). É de assinalar a profusão de livros do mesmo estilo do de Siegel, em formato de «livro de bolso». Por ex.: *The Law and You*, de Max Radin (1.ª ed. — 1948); *The Law Complete*, de C. Northcote Parkinson (1980); o já cit. *Law for the Laymen*, de Coughlin, etc. Uns são, obviamente, mais sérios do que outros. No de Coughlin (antigo presidente da *New York State Bar Association*), logo se adverte ser um erro pensar que «every man his own lawyer», não sendo objectivo do livro o de *evitar* os advogados. Não deixará, porém, de ser de assinalar que na sua própria capa, e fazendo como que parte do título, se reproduz na edição de 1975 (a 1.ª é de 1963), o seguinte comentário do *The New York Law Journal*: «é um livro tão bem feito que pode criar no leitor a tentação de o usar *em vez de recorrer a um advogado*».

(17) Cfr. o relatório de Lawrence M. Friedman no cit. *Accès à la Justice...*, p. 254.

(18) É o que refere André Tunc no cit. *Accès à la Justice...*, p. 305, em nota.

ção o *poder forense* («advocacy branch»); o *chief advocate* seria um dos órgãos de cúpula do Estado, como tal constitucionalmente declarado (19). É óbvio que qualquer *promoção* deste estilo, mesmo nos parâmetros da realidade, seria o fim da advocacia, *como tal*.

Com os seus cenários de futurologia e já verificados impulsos contraditórios e, sobretudo, com os pressupostos sociais irrepetíveis noutro país, a macro-experiência norte-americana fará lembrar aos velhos europeus que terá de ser a própria advocacia a encontrar soluções para as vicissitudes e os horizontes. A ideia de Auerbach de que a profissão forense terá que ganhar um sentido *público* — «not remain a private club» (20) — deverá aqui ser entendida como a necessidade de serem os advogados a reforçar a sua presença *social*; essa responsabilidade assumi-la-ão tendo em vista a sociedade mas tendo também em vista *a própria profissão*, que terá de manter as suas grandes coordenadas. Era isto, no fundo, o que nos levou a dizer em 1977: «Não poderemos encarar a vida por lunetas do século passado. Tudo hoje corre mais depressa. Quase diria que o alfabeto tem mais letras. E, seguramente, o mundo tem mais pessoas e novos problemas» (21).

4.1. O acesso ao Direito tem, como se disse, uma vertente cultural (de sentido *material* e não *formal*), paredes meias com o que pode ser entendido por *civismo*. Mas, num plano pragmático, determinará acções de *informação* jurídica e será nelas que terá de ser situada a 1.ª parte do n.º 1 do art. 20.º da CRP. Pretender-se-á que as pessoas conheçam, ou conheçam melhor, quando são violados os seus *direitos* e quais os *meios* que ao seu alcance estarão para que eles sejam acautelados. Só que isso não será, por certo, transformar as pessoas em juristas *de ocasião*, em «advogados de lareira». O Estado

(19) Earl Johnson Jr., em *Accès à Justice...*, p. 189.

(20) Em *Unequal Justice (Lawyers and Social Change in Modern America)*, 1976, p. 308.

(21) R.O.A., ano 37, p. 395.

não pode, nem deve, distribuir o Direito em *pastilhas*; nisso estaria o pior serviço aos valores e à dignidade fundamental do Direito.

Por assim ser, o objecto de divulgação não será o *Direito*, mas algumas *leis*; alguns aspectos do direito *legal* ou do direito *formado* e da aparelhagem institucional que o faz movimentar.

A *aplicação* da lei continuará a ser tarefa de *juristas*; e estes, no entendimento da lei, cada vez terão mais de ter em vista a unidade do sistema. Surge a interpretação da lei como «actus da realização do Direito» (22); o brocardo «in claris non fit interpretatio» ficou-se no positivismo legalista; aplicar o Direito não é uma operação *gramatical*, de «análise de linguagem» (23). Não ocorre só uma *reprodução*, mas uma *produção* do conteúdo da norma, com intervenção do conteúdo global da ordem jurídica (24).

Por completo errado seria confirmar nas pessoas a noção, que elas mesmas tendem já a ter, que o Direito é um texto escrito, «que se pode apalpar com as mãos e onde se contém tudo o que é preciso saber» (25).

4.2. Indo ao desfecho das coisas, o que com o acesso ao Direito se pretenderá é que as pessoas sejam iguais

(22) A. Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, na *Rev. de Legislação e de Jurisprudência*, 117.º, n.º 3722 (Set. de 1984), p. 129.

(23) E o esquema silogístico-subsuntivo da aplicação da lei foi o esquema demo-liberal da aplicação do Direito; cfr., sobretudo, A. Castanheira Neves, em *Questão-de-facto — Questão-de-Direito*, 1967, p. 105 e segs.

(24) A. Castanheira Neves, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, 1979, *maxime* p. 46.

(25) Giorgio del Vecchio, *A crise da ciência do Direito*, no *Bol. Fac. Direito Coimbra*, XVIII (1942), *maxime* p. 152. Como acentua o jurista italiano, decorre dessa ideia uma outra, igualmente errada: a de que a qualquer questão ou controvérsia jurídica pode ser dada de imediato uma solução *infalível*. Porque assim não pode ser, censura-se aos juristas a tendência a *complicar* em demasia as questões, quando o que acontece é a própria *vida* ser variada e complexa.

perante ele. Já não é a igualdade perante a lei, numa perspectiva restrita e meramente legalista; mas uma igualdade perante o Direito, numa intencionalidade de igualação social⁽²⁶⁾.

Está com isso em vista a comunicabilidade do Direito e, através dela, a realização da Justiça, como *ascese* do Direito.

5. Mas se a lei é o direito *legal*, e se é ela que mais imediatamente o exprime, terá a lei de ser clara e coerente com o sistema. Ora essa será uma intransferível responsabilidade do Estado.

Por-se-ão então problemas de técnica legiferante, de *legística* (em possível tradução do francês «legistique»); a elaboração das leis deve, além do mais, acatamento a duas regras: a da *praticabilidade* e a da *inteligibilidade*⁽²⁷⁾. De inteligibilidade mesmo para os *não juristas* («ordinary text to ordinary people»), já que daí advirá, pelo menos nalguns espaços, a sua praticabilidade. E o que, por exemplo, se passa no direito do consumo⁽²⁸⁾.

Acontece, porém, que não apenas para poderem ser compreendidas pelos seus destinatários finais devem as leis ser claras. A desconexão e a instabilidade legislativas tornam *confuso* o próprio sistema, afectando o entendimento e a aplicação do Direito pelos juristas. A isto chamou Auerbach uma «legal pollution», que está a causar nos norte-americanos uma nova *doença*: a «hyperlexis»⁽²⁹⁾. O mesmo ocorre, em

(26) Cfr., muito mais aprofundada e sugestivamente, A. Castanheira Neves, *O instituto dos «assentos»...*, 1983, p. 183 e segs.

(27) Cfr., neste aspecto, a *Rev. de Direito e Economia*, ano VIII (1982), n.º 2, p. 413, onde se dá notícia, em traços gerais, do que a tal propósito se passou no 12.º Colóquio de Direito Europeu.

(28) A compreensibilidade *directa*, quase se diria *não jurídica*, das leis do consumo advém da vocação *pedagógica* que lhes está subjacente. Daí que o direito à informação a que alude a Lei n.º 29/81, de 22.8 (al. *b*) do art. 3.º e art. 9.º) tenha um sentido de certa forma *específico* em relação ao que o n.º 1 do art. 20.º da CRP consigna.

(29) Em *Justice Without Law?* cit., p. 9.

maior ou menor grau, por toda a parte e, como está à vista, em Portugal (30).

6.1. Só que aproximar as pessoas do Direito e promover que elas tenham uma noção mais exacta das leis e dos mecanismos de protecção dos seus direitos e afastar delas os tribunais será uma óbvia contradição. O *acesso aos tribunais* não se basta num dogma de direito público; no plano das realidades corresponder-lhe-á uma *prestação* concreta por cuja eficácia o Estado é responsável; ganhará assim uma renovada actualidade a ideia de que a justiça é uma *dívida* do Estado.

Ora o certo é que a crise dos tribunais, a perda da sua capacidade de resposta, é uma das faces sombrias da nossa crise global; o que acontece é que, perante ela, as pessoas em regra se desinteressam ou conformam (31). O Estado ainda aqui vê frustrado o objectivo, que deveria prosseguir,

(30) Sobre o fenómeno da inflação legislativa em Portugal são expressivos, ao longo deste século, os *editoriais* da *Rev. de Legislação e de Jurisprudência*. «Entre nós (...) as reformas atingem não raro as proporções de verdadeiras *avalanches*, que esmagam ou assombam o homem de lei. E à quantidade nem sempre corresponde a perfeição (...)» (n.º 2137, de 1.5.1920). Daí a criação, em Novembro de 1980, no âmbito do Ministério da Justiça do *Gabinete Coordenador da Reforma Legislativa* (*Bol. Min. Just.* n.º 301, p. 28), agora melhor sistematizado pelo Dec.-Lei n.º 345/84, de 19.7 (*Gabinete de Apoio Técnico-Legislativo*). O Ministério da Justiça não será, por certo, «le *ministère de la loi*», nem lhe caberá exercer controlo sobre a produção legislativa de outros departamentos; é, porém, irrecusável a sua propensão para prestar «apoio técnico-legislativo». Cfr. o que brevemente ponderámos sobre esta problemática em *O exercício da função legislativa* (separata do n.º especial do *Bol. da Fac. Dir. Coimbra* em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz), 1983, *passim*.

(31) Revelou uma sondagem publicada em 18.4.1984 no *Semanário* que a percentagem dos que *não sabem* que opinião ter sobre o que se passa com os *Tribunais* era de 57,5 %; as cifras homólogas em matéria de Educação, Economia, Saúde, Habitação, Emprego e Segurança foram, respectivamente, de... 9,6 %, 4,9 %, 6,8 %, 3,5 %, 5,6 % e 5 %. Desta atonia da opinião pública será de alguma forma responsável o desinteresse dos *mass media* quanto aos problemas da Justiça, quando desprovidos de carga política *imediate*, ou de *sensacionalismo*.

de funcionar como uma boa «empresa», adequada a prestar serviços, e preocupada em prestá-los bem, indo ao encontro dos interesses legítimos das pessoas, encaradas, em tal perspectiva, como «consumidores» (32).

Não será o momento de avaliar qual o concurso de causas que motivaram, em Portugal o agudizar da crise até um ponto que se tornou intolerável. Para ele terá nuclearmente contribuído, como noutros países, a «maré negra» de processos que sobre os tribunais se abateu. A verdade, porém, é que esse *boom*, repercutindo-se numa crise, não deixará de traduzir um fenómeno de crescimento e de afirmação social; exprimirá, em bastante medida, um acréscimo do sentimento e do estatuto formal de cidadania que as sociedades livres permitem adensar; isto, claro está, no tocante aos pleitos cíveis.

Têm sido ainda vistas na raiz dos pátrios males as leis de organização judiciária de 1977, enquanto precipitaram a «falta de juízes». É, no entanto, de ressaltar que o insuficiente número de juízes constitui apenas uma das colinas da crise funcional, que tem outras vertentes; assim, e além do mais, a degradação das estruturas físicas e orgânicas de trabalho e o envelhecimento dos modos de actuar, «por vezes ainda contaminados por uma concepção não apenas burocratizante mas napoleónica da relação de serviço público» (33). Aliás, e *en passant*, repetir-se-á que, no tocante à «falta de juízes», o avolumar da crise, não esteve no sistema de 1977 mas no arranque tardio do *Centro de Estudos Judiciários*, logo pensado como uma componente imprescindível desse sistema. Ora, criado em Setembro de 1979 (Dec.-Lei n.º 374-A/79), somente no 1.º semestre de 1980 viria o *Centro* a entrar em ritmo metodizado, após um impulso inicial que se situou ainda em 1979.

(32) Como com alguma insistência sugerimos (por ex., *Bol. Min. Justiça*, n.º 297, p. 14 e n.º 299, p. 8). «Enquanto *consumidor* dos serviços que ao Estado caiba prestar o cidadão tem *direito* a ser exigente, como reverso do *dever* de cumprir aquilo que legitimamente lhe é imposto» (cit. *Bol.*, n.º 300, p. 11).

(33) *Bol. Min. Justiça*, n.º 300, p. 12.

Ilusório será, no entanto, fazer equivaler a crise judiciária à «falta de juízes». E o grande proveito do *Centro* nem sequer seria o de, expedita e mecanicamente, «fabricar» juízes. Pois, como na altura própria se assinalou, o seu mérito maior não estaria em ultrapassar a emergência da «falta de juízes». A grande batalha, em termos de proveito colectivo, sempre se teria e terá de travar no terreno da *qualidade*. E passará por uma preocupação de selecção e de melhor formação, inicial e permanente, quer dos magistrados judiciais, quer dos magistrados do Ministério Público. Do que se precisa não é de *muitos* juízes, mas de *bons* juízes, embora, obviamente, em número suficiente.

6.2. É de crer que as acções em curso para enfrentar a crise judiciária conduzirão a resultados producentes; assim, e desde logo, na área do direito processual⁽³⁴⁾. Mas a meta de uma justiça *judicial* expedita não comportará soluções miraculosas. E daí o equacionar-se, com crescente actualidade, a problemática da *arbitragem* e a dos mecanismos de *conciliação*⁽³⁵⁾.

Terá sido exactamente a ineficácia (funcional) do aparelho judiciário que incrementou, em alguns países, as soluções arbitrais. Sublinhava em 1971 Wolfgang Grunsky: «Em quase todos os países se lamenta a excessiva lentidão do processo civil (...). Os interessados tentam fazer valer o seu direito recorrendo à arbitragem (...). Esta forma de actuar poderá, em última análise, esvaziar a actividade dos tribunais

(34) A incidência do processo civil na funcionalidade do sistema judiciário é designadamente denotada pela fórmula *droit judiciaire*, hoje corrente (por ex., Solus — Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, I, 1961, p. 13). Trata-se, aliás, de uma condicionante elementar; ainda o processo civil vogava na época formulária, por completo isento do apuro dogmático que apenas um século depois alcançaria, e já a lei francesa de 16 e 24 de Agosto de 1790 o destinava a ser «mais simples, mais expedito e menos oneroso».

(35) Acompanhamos nalguns passos a comunicação que apresentámos no 1.º Simpósio Internacional de Processo Civil e Organização Civil e Organização Judiciária (Coimbra — Maio de 1984).

estatais. A diagnose é já hoje pertinente para alguns sectores do direito; em particular para o direito da economia. A justiça estatal corre o risco de se tornar uma jurisdição de *série B*, destinada a ocupar-se apenas dos litígios que não sejam considerados dignos de uma arbitragem» (36).

Não existe este risco em Portugal, onde não se formou uma significativa *tradição* arbitral, mesmo no seu espaço mais comum, que é o das relações de comércio, sobretudo internacionais. O propósito de estimular o recurso aos tribunais arbitrais será detectável na sua constitucionalização (n.º 2 do art. 212.º) e, recentemente, na publicação do Dec.-Lei n.º 243/84, de 17 de Junho, em cujo preâmbulo se reconhece, precisamente, que «a expansão da arbitragem é em Portugal mínima».

Não se duvida da vantagem em explorar as largas virtualidades da arbitragem, não apenas para compor litígios ingresados em fase por assim dizer «contenciosa», mas como técnica para os evitar, aperfeiçoando e actualizando contratos já estabelecidos, acerca dos quais não ocorram diferendos (37). A eficácia, em termos de celeridade, com que têm de ser enfrentadas as relações comerciais leva a temer a complexidade judiciária. Acresce que nem sempre aos interessados convirá que a publicidade da controvérsia, inerente à justiça *judicial*, faça devassar os seus assuntos (38). Ocorre ainda que certas matérias forcem a uma potenciada tecnicidade decisória, frequentes vezes com larga componente *não jurídica* (39).

(36) Em *Il cosiddetto «modello di Stoccarda» e l'accelerazione del processo civile tedesco*, na *Rivista di Diritto Processuale*, 1971, n.º 3, p. 354.

(37) No 10.º Congresso Internacional de Direito Comparado (Budapeste — 1978) foi aprovado um relatório geral sobre «a técnica da arbitragem como processo de revisão dos contratos».

(38) Os *segredos* do comércio, que sempre foram uma das suas traves mestras, alcançam hoje acrescido melindre em casos de assistência técnica internacional e de transferência de tecnologia. Cfr., por ex., René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, 1982, p. 18.

(39) É o que se dá na chamada arbitragem «de qualité», situável paredes meias com a *peritagem*; daí que em Itália seja designada por *perizia vincolante* (René David, *ob. cit.*, p. 11).

Para a difusão das soluções arbitrais contribuirá a circunstância de elas poderem concentrar-se em «centros», a funcionar institucionalizada e permanentemente, *profissionalizando* a actividade; tais «centros de arbitragem» tendem a absorver muito do que antes estava imputado a arbitragens *ad hoc*. É o que, por exemplo, se passa no direito marítimo (40).

6.3. Só que dos dispositivos arbitrais não advirá uma solução geral. Sobretudo a arbitragem *ad hoc* será uma justiça tendencialmente «cara». E quer ela, quer a institucionalizada em «centros», terá como mundo natural as relações de comércio, quando polarizadas em comerciantes. Com efeito, revela a experiência europeia dos «centros de arbitragem» que quando ela respeite a diferendos entre comerciantes e *não comerciantes*, como no caso do direito do consumo, logo começa a rarefazer-se (41).

7. Estes condicionamentos têm feito tentar vias alternativas das judiciais e das arbitrais, embora até certo ponto tributárias de umas e outras. Dariam elas, além do mais um remédio *gratuito*, embora para «doenças» de... pouca gravidade.

Tal a razão de ser da criação em França, ao longo de 1977, dos *conciliateurs*; depois de uma fase experimental, a presença legal ser-lhes-ia dada pelo Dec. 78-381, de 20.3.1978 (42).

Tendem os *conciliateurs* a ser recrutados entre «reformados» (43) oriundos de diversas profissões (jurídicas e não juri-

(40) Uma experiência que entre nós resultou foi a da «câmara» de arbitragens em matéria de acidentes de viação, à qual aderiram quase todas as empresas seguradoras.

(41) Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, 1982, p. 176.

(42) Alterado em alguns pontos pouco significativos pelo Dec. n.º 81-383, de 18.5.1981.

(43) Em fins de 1980, o seu nível etário oscilava entre os 60 e os 70 anos; cfr., o relatório de Pierre Bellet, 1.º presidente honorário da *Cour de Cassation*, na obra colectiva *Les Conciliateurs et la Conciliation*, publicada sob a direcção de Hein Kötz e Reynald Ottenhof, 1983 (*maxime* p. 40).

dicas), que olharão a tarefa como um *bobby* (até porque as suas funções não são remuneradas), por modo a darem um sentido de utilidade social aos seus legítimos ócios. Trata-se de uma «justiça» extremamente informal, rudimentar a expedita; uma justiça «não jurídica» de composição de *pequenos* litígios como foi desde logo a intencionalidade do ministro da Justiça Olivier Guichard.

Não obstante o balanço favorável que, compreensivelmente, da experiência faz a presidente da «Association des Conciliateurs Judiciaires de France», Nelly Bonnart-Pontay (44), tudo faz concluir que não será essa a via para resolver os decisivos problemas da Administração da Justiça; ela desenrola-se numa circunscrita área, de arestas pouco vivas e que possivelmente nem daria causa a uma relevante sobrecarga judiciária (45).

Parentes próximos dos *conciliateurs* seriam, certamente, os *juizes de paz*, tal como os modelou o Dec.-Lei n.º 539/79, de 31 de Dezembro, se a Assembleia da República lhe tivesse dado o seu aval; a desabonar a assim frustrada solução portuguesa estaria, para mais, uma maior complexidade funcional e de estruturas do que a pressuposta pelos *conciliateurs* (46).

(44) Cfr. o seu relatório em *Les Conciliateurs...*, cit., p. 45 e segs.

(45) É de assinalar que cerca de 40 % das pessoas que se dirigem aos *conciliateurs* apenas pretendem obter informações ou conselhos; daí que eles resultem, nessa medida, num serviço de consulta *jurídica*, não necessariamente assegurado por... *juristas*. Refere, aliás, Pierre Bellet que a presença de advogados «não é em regra desejada pelos *conciliateurs*» (ob. cit., p. 42).

(46) Cfr. o nosso despacho de 18.2.1980 (no *Bol. Min. Justiça*, 294, p.p. 11-19) que precedeu a opção parlamentar. Nele ponderámos que estava em causa uma justiça *rural*, do estilo da que justificara em França os *juges de paix*: «nourris de Rousseau, les constituants qui votèrent la loi institutionnelle du 16 août 1790 imaginaient dans chaque village un chêne à l'ombre duquel un sage apaiserait les chicanes» (Raymond Charles, *La Justice en France*, 1953, p. 67). Ora seria de duvidar que o ritmo da vida actual e as motivações das pessoas se adequassem a tão rudimentar metodologia de composição de conflitos.

8. Mas não será uma justiça de conciliação uma justiça moderna, apta a realizar os valores que lhe deverão subjazer?

É evidente que o poderá ser, desde que corresponda a esses valores e não seja um modo de os destruir; o brocardo «mais vale um mau acordo do que uma boa demanda» perfigura exemplarmente o que não deverá ser uma justiça de conciliação. Esta não será um *expediente* para arrumar questões menores, polarizadas em pessoas a quem se impute como que um estatuto de menoridade social; um expediente para desobstruir os congestionados serviços da Justiça.

Tentando isentar as palavras daquilo que elas possam valer apenas como palavras, diremos que a sua justificação ética e a sua utilidade social estarão em que se cumpra como uma dignificada *tecnologia* de harmonização. E, por assim ser, o *compromisso* para que tenderá, quando consumada, terá que ser um compromisso *autêntico*, alcançado com armas iguais, e não um compromisso *apócrifo*, determinado por razões imperfeitamente compreendidas e pressionado por temores de reverência perante os tribunais ou de impossibilidade de a eles aceder. Ou seja, nem a conciliação judicial poderá advir de uma pressão dos juizes, nem a conciliação extrajudicial poderá resultar de uma pressão das circunstâncias. Para o serem com verdade, ambas despontarão da confluência de espontaneidades — embora de espontaneidades *persuadidas* (47).

Ora é precisamente neste campo que melhor se evidenciarão as proximidades entre o *acesso ao Direito* e o *acesso aos tribunais*, no escopo último do *acesso à Justiça*. Perfeitamente ilusório será pensar que as soluções de conciliação terão de ser obtidas pondo à revelia o Direito e os Tribunais e cortando a Justiça em *fatias* de oportunidade. E, ao invés de traduzir uma visão *progressista*, nada de mais retrógrado será o supor que a conciliação partirá de uma atitude de *desconfiança* face aos advogados, aos tribunais e aos meios formais de administração da Justiça. A *participação* das pessoas na realização da Justiça

(47) Em geral, sobre esta perspectiva, cfr. A. M. Pessoa Vaz, *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, 1976, *maxime* p. 207 e segs.

não postula a sua *laicização*; daí, designadamente, o irrealismo que, na *nossa* sociedade, se normalizada, haverá em certos horizontes a que a Constituição ainda se apega; assim, por exemplo, os do *júri* e os dos *juizes populares* (48).

9.1. O que, na sua globalidade, do art. 20.º da CRP fica é que, com primazia na escala das prioridades, terão que ser rentabilizados os meios existentes para que os tribunais funcionem com maior eficácia; e isso proporá questões não apenas de reforma judiciária e de reforma legal (sobretudo no campo do processo), mas de *reforma administrativa*, numa acepção ampla. No tocante ao seu n.º 1 (*acesso ao direito*), pensar-se-á em *acções* conseguíveis e atentas aos valores que conformam e personalizam o nosso perfil colectivo; e isso obstará a que se debitem soluções de mera retórica, em que a ponta da caneta de um legislador descuidado mais não faria do que agredir a sensibilidade da vida.

Mas haverá, também, que inovar no que mereça ser *novo* e, aí, ter-se-á que ser afoito e criativo. É difícil de compreender a inércia que tem ocorrido na consideração dos interesses *difusos* ou *colectivos*, hoje no centro das essenciais coordenadas do *acesso à Justiça* (49). Designadamente em matéria de

(48) O que não significará, obviamente, que, pelos canais da *arbitragem*, não possam ser perspectivadas soluções *não judiciais* de composição de conflitos. Assim, porventura, em matéria de relações de consumo, ou locativas, ou laborais. Só que a curto prazo, não se poderá investir nelas um grande capital de esperança. Uma coisa serão as soluções architectadas no *papel* e outras as consentidas pela *realidade*. Atente-se, designadamente, no malogro dos «tribunais» de *árbitros-avindores*, que em matéria de certas relações de trabalho existiram entre 1889 e 1933, e, mais recentemente, no dos *juizes sociais*. É também sabido que os «representantes das partes» nas comissões de avaliação para actualização das rendas dos prédios urbanos para fins não exclusivamente habitacionais (n.º 2 do art. 6.º do Dec.-Lei n.º 436/83, de 19.12) têm sobretudo contribuído para tornar mais complexo o sistema, sendo a sua presença e intervenção quase que exclusivamente *tabulares*.

(49) Cfr. por ex. o que dissemos no *Bol. Min. Justiça*, n.ºs 297 e 299, págs. 13 e 17 e, sobretudo, muito mais alargadamente, os relatórios

direito do consumo e de direito do ambiente, há prejuízos de natureza *colectiva* que não poderão ser enfrentados pelos meios substantivos e processuais actualmente disponíveis. Deu a al. d) do art. 3.º da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, embora embrionariamente, uma resposta positiva ao problema⁽⁵⁰⁾. Mas a *audácia* logo foi refreada no respeitante ao direito do ambiente. E a Constituição, aquando da revisão de 1982, veio a consagrar uma redacção que continuamos a pensar ser pouco feliz⁽⁵¹⁾.

A inexistente ou deficiente consagração desses direitos *fragmentados* impedirá que, para eles, se encontre tutela jurisdicional. E não poderá ser em homenagem à eliminação dos novos flancos de litigiosidade que abrirá, em vista da *facilitação* do trabalho dos tribunais, que se servirão os valores do Direito e da Justiça; o que importará é que *todos* os interesses *legítimos* sejam acautelados.

9.2. Os problemas de protecção (substantiva e processual) dos interesses difusos serão um desafio à imaginação do legislador. Sabido como é que os titulares de direitos *fragmentados* (situação frequente, além de outros, nos domínios do consumo e do ambiente) não os farão isoladamente valer, há que lhes dar significação e tutela *colectivas*. Novas realidades *práticas* convocam novas soluções *normativas*.

A vida e o Direito (que são intermutáveis) nunca poderão, aliás, deixar de ser encarados com prejuízo das realidades *práticas*, sob risco de serem expulsos para o terreno das mitologias.

de Hein Kötz (p. 94 e segs.) e André Tunc (p. 303 e segs.) no cit. *Accès à la Justice...*

(50) Cfr. quanto ao debate parlamentar, o *Diário da A.R.*, 1.ª série, de 29.5.1981, *maxime*, p. 2802.

(51) Cfr. o debate parlamentar sobre os projectos de lei n.ºs 278/II e 311/II (lei quadro do ambiente e qualidade de vida) no *Diário da A.R.*, 1.ª série, de 27.4.1982, e, principalmente, sobre o art. 66.º da CRP, no *Diário da A.R.*, 1.ª série, de 24.6.1983, *maxime* p.p. 4405-4410.

Daí que, em remate, se insista na prioridade *absoluta* da emergência da actual crise *judiciária*. E não se duvide que o mero facto de ela se manter implicará a sua intensificação.

Ora começa a estar em grave perigo a afirmação *prática* do Direito, a autoridade *sensível* do Estado e, como corolário, a própria utilidade social da actividade forense. Vai tomando corpo a noção de que propor uma acção judicial significará o virtual ingresso numa «floresta de enganos», embora por factores não assacáveis a qualquer dos protagonistas da relação judiciária, a começar pelos juizes e advogados. Tem-se, por vezes, o amargo sentimento de que o acesso aos tribunais, ao invés de ser um *direito*, é uma... *armadilha*, já que os pleitos se eternizam, ficando as partes *prisioneiras* do processo. E como poderá um advogado pressupor-se como aquele que *em auxílio* se chama (*ad-vocatus in auxilium*) se reconhece que esse auxílio, se judicialmente exercido, não será *producente*?

O que do Estado se esperará não será, pois, que pulverize as suas acções por espaços que, na realidade portuguesa, não deverão ser, directa ou indirectamente, *estatizados*. A mais apta *protecção jurídica* que (ressalvando os casos específicos em que ela justificadamente cabe ao Ministério Público) poderá conceder às pessoas é a de fazer com que elas de novo sintam que a Justiça *judicial* não é uma ilusão precária. Se o não fizer, incontrolável se tornará o recurso, já em fase de esboço, a meios *não jurídicos* de «protecção». E, não obstante a solene peremptoriedade das declarações constitucionais, o «direito» conseguido será o dos mais fortes, a «lei» accionada será a dos mais ousados e a «justiça» ministrada será a de uma selva *civilizada* cujas raízes se vão consolidando.

Sem *alarmismo* se concluirá, assim, que a situação é de alarme. E o n.º 2 do art. 20.º da CRP só por ele, obviamente, não a enfrentará.