

PROCESSO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Pelo Dr. Francisco Salgado Zenha

Na nossa Constituição pululam preceitos sobre o processo e o direito penal, várias são as disposições sobre a justiça e os Tribunais em geral, mas só com boa vontade se pode lobrigar alguma que directamente se refira ao processo civil.

Significará isto que o processo civil seja um instituto jurídico que viva numa torre de marfim de soporífera tecnicidade, alheio e indiferente à vida política e social que o rodeia ou que os nossos constituintes o tenham considerado matéria sem interesse?

Parece-me evidente que não.

Comecemos por lembrar que a nossa Constituição reconheceu a Declaração Universal dos Direitos do Homem (D.U.D.H.) como uma fonte subsidiária do nosso direito constitucional e que esta Carta Universal consagra entre um dos direitos fundamentais do homem, no seu art. 10.º, o direito de toda a pessoa a que, em plena igualdade, a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um Tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações. Outros preceitos da mesma D.U.D.H., como os seus arts. 6.º a 8.º, são também relevantes para o processo civil.

Por sua vez, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (C.E.D.H) que constitui direito interno entre nós desde 1978 e com valor constitucional, em meu entender, reafirma esses princí-

pios explicitando-os, nomeadamente no seu art. 6.º, n.º 1, ao estatuir de novo que:

“Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada equitativa e publicamente, e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei que decidirá dos seus direitos e obrigações de carácter civil (...). O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública, ou, da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo Tribunal, quando em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

Note-se, que como resulta do texto originário em inglês ou em francês tanto deste preceito como do art. 10.º da D.U.D.H., o julgamento equitativo e público implica que as partes, directamente ou através dos seus patronos, sejam ouvidas oralmente na audiência de julgamento que precede a decisão final. Audiência de julgamento essa que tem de ser *pública*, admitindo-se apenas as restrições estritamente necessárias impostas pela defesa da moralidade pública e privada e que nunca poderão ser arbitrárias.

E na nossa Constituição não é difícil descobrir outros preceitos que, indirectamente embora, se repercutem no processo civil.

Salientamos neste momento aqueles que:

- estabelecem que a competência para legislar sobre os direitos, liberdades e garantias, bem como sobre a organização dos tribunais e estatuto dos magistrados é do foro reservado do Parlamento [art. 68, n.º 1, als. b) e f)].
- e garantem o acesso aos tribunais e à justiça, bem como o julgamento público (arts. 20.º e 211.º).

Parece-nos pois que os nossos constituintes foram particularmente sensíveis aos atropelos que se verificaram durante a Ditadura de Salazar no domínio policial e penal, mas de modo

nenhum deixaram de se interessar pela justiça em geral, incluindo a justiça cível.

E fizeram bem.

Talvez uma das lacunas do nosso ensino jurídico seja a de desprezar a formação histórica da nossa organização judiciária e do nosso direito processual.

E, no entanto, as lições da história mostram-nos como o processo civil se entrelaça sempre de modo profundo com a vida política, económica e social.

Como o velho Chiovenda já há tanto tempo ensinava:

“O processo civil é o organismo mais delicado dos institutos jurídicos: ele tem uma posição central entre os institutos do direito privado e do direito publico como meio de atribuir os bens da vida mediante a aplicação da lei: e dado que se trata de uma relação tão complexa que tanto abarca o lado jurídico, como o político e o social, assim, também as mais leves mudanças nas condições morais, políticas e sociais do tempo refletem-se no seu funcionamento. Por exemplo, quanto mais domina nas relações sociais a correcção e a boa fé; quanto mais nas relações políticas reina a confiança entre os cidadãos e os poderes públicos; quanto mais difundido é o hábito de olhar para a substância das coisas e menos difundido o espirito do formalismo; tanto mais os litígios poderão processar-se celeremente e exigirão menos garantias formais. Isto torna mais fácil do que em qualquer outro campo a desarmonia entre a norma e as necessidades da prática; porque formas criadas para um dado momento são inadequadas a outro; pois que as classes forenses são eminentemente conservadoras no que respeita ao tecnicismo processual”.

Lembre-mo-nos de que o país viveu quasi cinquenta anos debaixo de uma ditadura autoritária, da qual a Constituição de 1933 não era senão um ilusório anteparo. E tanto como isso as mentalidades de várias gerações foram moldadas num ambiente sufocante onde reinava o temor e a perseguição. Destaquemos a actuação que nesses tempos de liberticídio permanente tiveram os advogados e a sua Ordem, à frente da qual se encontravam Bastonários que foram e são o orgulho de todos nós como Adelino da Palma Carlos, Pedro Pitta e Ângelo de Almeida Ribeiro. Lembremos que este último nosso Colega, depois de ter

exercido com invulgar brilho o cargo de Provedor da Justiça, faz agora merecidamente parte da Comissão Europeia dos Direitos do Homem em Estrasburgo.

A nossa actuação foi a de defensores da liberdade e da justiça e sem ela os estragos liberticidas da Ditadura teriam sido maiores. A influência benfazeja da democracia deposta pela Ditadura estava ainda suficientemente gravada nos espíritos para influenciar de vez em quando a gestação legislativa. Lembremos do Código do Processo Civil de 1939 em cuja elaboração intervieram José Alberto dos Reis, Barbosa de Magalhães e José Gualberto Sá Carneiro, de cuja cooperação resultou um Código do Processo Civil que, malgrado as suas falhas e deficiências, só tem sido modificado para pior desde então para cá, quer antes quer depois de 1974.

O dito de Voltaire de que “a condição de advogado é a mais bela do mundo”, que Ângelo de Almeida Ribeiro tantas vezes gosta de invocar é um emblema que nos é grato. Muitas vezes deparamos no exercício da nossa profissão com um dilema que temos de resolver. A maior aspiração do advogado é a de viver para a Justiça. Infelizmente o advogado tem de viver também da Justiça.

A dignidade e a missão do advogado consistem, porém, em viver não da Justiça, mas para a Justiça, e essa deverá ser a nossa preocupação fundamental.

A pergunta que formulamos agora é a seguinte. Será que a restauração da democracia em 1974 e a sua constitucionalização em 1976 e a adopção pelo nosso país em 1978 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem tiveram alguma influência positiva no nosso processo civil?

A resposta parece-me simples. Deveriam ter mas até este momento não tiveram qualquer repercussão no processo civil português de carácter benéfico significativo. Antes pelo contrário, podem apontar-se vários retrocessos chocantes neste domínio.

Nós não vivemos apenas num Estado de Direito, mas num Estado de Direito Democrático, conforme se diz logo à entrada da nossa Constituição.

E o processo civil, que não é um fim em si, mas um método para atingir a justiça, não pode ficar indiferente ao ideal democrático de se conseguir melhor justiça através de maior liberdade.

No entanto, as querelas constitucionais têm-se desenvolvido sobretudo à volta dos temas conexos com a organização económica, a competição partidária e o direito eleitoral.

Esquece-se muitas vezes que o cidadão é o sujeito último da democracia e a justiça é um dos bens essenciais de que ele deve usufruir. A justiça, como a liberdade, é um bem de cujo valor, infelizmente, o cidadão só se apercebe quando a perde ou a sente ameaçada.

Mas para nós que para ela vivemos, é patente que a justiça, tal como a liberdade, deve ser objecto de uma perpétua vigilância. Sob pena de ela nos fugir das mãos...

Desejaria desenvolver estas ideias à luz de alguns acontecimentos que afectaram o processo civil, tais como o novo sistema de custas judiciais introduzido através de dois decretos-lei que entraram em vigor em 1988 e a reforma intercalar do processo civil de 1985.

As modificações extraordinárias no novo sistema de custas judiciais provocaram um verdadeiro choque nos meios forenses pela elevação vertiginosa das custas judiciais. A justiça passou a ser, em vez de justiça para todos, uma justiça para ricos. O assunto já foi largamente debatido e não me dei conta de nenhum argumento de peso em que se possa fundamentar a defesa de tão precipitada e injusta legislação governamental.

O então Provedor de Justiça, Dr. Ângelo de Almeida Ribeiro, requereu ao Tribunal Constitucional a declaração da inconstitucionalidade de todas as disposições do primeiro dos decretos governamentais que introduziram esse novo sistema, por violar, denegando-o aos mais pobres ou aos menos ricos, o direito de acesso aos tribunais garantido pelo art. 20.º da Constituição.

Não tenho conhecimento de que o Tribunal Constitucional se tenha pronunciado já sobre esse pedido e essa apreciação vai ser uma pedra de toque para avaliar em que medida a nossa jurisdição constitucional será sensível à eficácia das normas programáticas da nossa Constituição, atinentes a uma matéria tão importante como a das garantias constitucionais.

Estou inteiramente de acordo com o pedido formulado pelo Provedor de Justiça. Um ponto mais há sobre que gostaria de chamar a atenção.

O Governo legislou sobre esta matéria por entender que ela cabia na sua competência sem necessidade de prévia autorização parlamentar. Parece ter pensado que os tributos exigidos aos utentes da justiça são taxas e não impostos. Como é sabido, na Constituição de 1933 as taxas e impostos eram da alçada da Assembleia Nacional. Hoje é dominante a ideia de que só os impostos são cativos da actividade parlamentar e as taxas passaram para a esfera governamental. Não vou discutir este ponto, embora não deixe de ser irónica esta evolução. E preparemo-nos para ter cada vez mais impostos a emigrar para o reino das taxas...

No entanto, considero simplista esta visão das coisas. Com efeito, a Constituição determina que é da competência reservada da Assembleia da República legislar sobre “organização e competência dos Tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados”.

Ora, estes decretos governamentais que estruturam todo um sistema de tributação dos utentes dos Tribunais não deverão ser considerados como versando a sua organização? É um problema de sensibilidade democrática, o que bem mostra como esta é importante na interpretação das leis. Não é só com raciocínios lógicos que se determina o conteúdo das leis. É também uma questão de sensibilidade e convicções. E sem convicções democráticas não há democracia. No entanto, entendeu-se que para se publicar tão gravosa “reforma” bastava uma simples autorização parlamentar para o primeiro desses decretos a fim de que o Governo pudesse abolir o imposto de selo nos processos de justiça. Esqueceu-se até que essa “reforma” versou também sobre o estatuto dos magistrados, cujos vencimentos são pagos em parte substancial, ou seja na sua parte emolumentar, pelo Cofre Geral dos Tribunais, o qual se viu subitamente revigorado com manifesta vantagem para os seus beneficiários.

Esses diplomas vulgarmente conhecidos por decretos das custas, denegam ou reduzem enormemente o direito de acesso aos Tribunais, que é também uma garantia constitucional e portanto também da competência reservada do Parlamento.

Todas estas razões militam no sentido de se criticar o vício anti-constitucional da origem do diploma.

Pensamos que o Parlamento não se deverá deixar desapossar das suas competências constitucionais, mesmo que, depois de consumado o facto intrusivo, este lhe seja presente para ratificação.

Naturalmente que a valorização, em termos constitucionais, da actividade parlamentar, como guardiã das liberdades e da justiça, é um vector fundamental da ordem democrática.

Não significa isto que o Parlamento não nos tenha já desapontado na sua compreensão das exigências da democracia como aconteceu com a sua infeliz aprovação do art. 106.º da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (L.O.T.J.) que, com manifesta inconstitucionalidade e violação do art. 6.º da C.E.D.H., eliminou ou reduziu de uma penada os recursos em inúmeros processos cíveis pendentes, como se não fosse descaradamente inequitativa uma disposição que despe de recursos os utentes da justiça no decurso da sua caminhada processual.

Todavia, uma vez que, através do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça lhe chamou a atenção para essa inconstitucionalidade, prontamente o Parlamento emendou a mão, embora não completamente.

Pela própria natureza das coisas, o Parlamento está mais vocacionado para os problemas da sensibilidade democrática; o Governo compreende melhor a lógica do Poder com as suas conveniências imediatas que nem sempre coincidem com os ideais da Justiça e da Democracia.

Coisa verdadeiramente mais espantosa — senão escandalosa — foi o que se passou com a reforma intercalar do processo civil levada a efeito pelo Decreto-Lei 242/85, de 9 de Julho.

Como se sabe esse decreto-lei reduziu o número de articulados e permitiu ao Juiz, ou ao Tribunal, que julgasse a causa sem ouvir as partes, como impõe o art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Já anteriormente era possível ao Tribunal julgar uma causa, sem ouvir as partes, desde que se tratasse de excepções dilatórias, as quais, em muitos casos, nem sequer tinham de ser alegadas pelas partes.

Esta disposição reveladora do velho espírito inquisitorial dominante no tempo de Salazar deveria considerar-se revogada, pelo menos em 1978, quando foi aprovada a C.E.D.H..

Em 1985, em vez, porém, de se democratizar o processo civil, o Governo foi mais longe e, através de um simples decreto, deu ao Juiz a faculdade discricionária de observar, ou não, consoante o seu alvedrio, o art. 6.º, n.º 1, da C.E.D.H., como se os Direitos do Homem devessem ser confiados ao arbítrio de cada um em vez de serem garantidos pela lei.

Trata-se ainda neste caso de matéria atinente aos direitos, liberdades e garantias pelo que é da competência reservada ao Parlamento (art. 168.º, n.º 1, al. b), da Constituição), como aliás o próprio Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, reconhece ao invocar a autorização legislativa concedida pela Lei n.º 9/85, de 5 de Junho.

Mas lê-se esta lei e pasma-se! Esta autorização legislativa diz respeito ao processo penal e não ao processo civil! Pobre democracia esta em que o arbítrio governamental chega a este ponto!

E coisa ainda tão espantosa como o restante: este atropelo da Constituição parece ter passado despercebido sem qualquer objecção de tomo!

Por outro lado, parece que se considera normal que o Parlamento deixe de ser cada vez mais um guardião das liberdades e da justiça, que deveria ser uma das suas mais nobres funções. E as liberdades e a justiça estão intimamente ligadas aos direitos do homem, de que tanto se fala para uso externo. Talvez seja aconselhável conhecermo-nos melhor a nós próprios, antes de querermos dar lições aos outros...

E essa última reforma processual ao violar frontalmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem alberga um preceito manifestamente anti-democrático e anti-europeu, numa época em que por definição todos os portugueses são democratas e europeus.

Nem se diga que estas críticas à legislação ora vigente carecem de interesse, porque dentro em breve entrará em vigor um novo Código do Processo civil.

Folheando, no entanto, o respectivo projecto, encontramos lá as mesmas inconstitucionalidades que mencionámos aqui e debalde se procurará nos seus preceitos de carácter geral algo que dê guarida aos princípios já citados, constantes da D.U.D.H., da C.E.D.H. e da nossa Constituição.

Como muito bem pondera o Prof. Gomes Canotilho:

“O direito de acesso aos tribunais não só pressupõe a existência de uma via processual mas também exige a *justeza e a adequação* do processo concretamente instituído (due process of law), isto é, um processo que, entre outras coisas, garanta os direitos fundamentais processuais, de natureza penal ou civil”

(Direito Constitucional, 4.^a edição, págs. 772)

O processo civil português encontra-se numa encruzilhada histórica. Tem de optar pelo progresso ou pelo regresso.

Infelizmente verificamos que a sua tendência dominante é regressiva.

Até às reformas liberais de Mousinho da Silveira o processo civil dominado pela influência inquisitorial, romana e canónica era um processo totalmente escrito, centralista e em que as partes nunca podiam sequer expôr oralmente os seus pontos de vista aos juízes.

O liberalismo monárquico, no seu período revolucionário, introduziu a audiência final e oral de discussão e julgamento, dividindo o julgamento pelo júri ou juízes de facto que julgavam a matéria de facto e o juiz ou juízes de direito que aplicavam o direito aos factos dados como provados pelo júri.

A peça processual que estabelecia a ligação entre estes dois julgamentos era o questionário, elaborado pelo juiz de direito, onde, através de quesitos, se perguntava aos jurados quais os factos que eles davam como provados ou não provados.

Os jurados foram sendo sucessivamente abolidos ao longo dos tempos, até que em 1932 foram abolidos os Tribunais de Comércio, onde havia ainda jurados; e isto por puro ódio político ao aroma democrático que deles se exalava.

O processo civil português é, em consequência desta evolução *sui generis*, um processo civil ainda predominantemente escrito, pois que num processo normal os juízes e as partes passam 90% do seu tempo a escrever e a despachar, mas com uma coroa final de oralidade: o julgamento em que o juiz ou juízes julgam de direito e de facto, respondendo a um questionário por um deles próprios elaborado.

Do que os juízes decidem em matéria de direito pode recorrer-se; do que decidem em matéria de facto não. Tudo isto é ilógico e absurdo e não satisfaz ninguém, orientando-se as “reformas” para pormenores ridículos como o de encurtar o número de articulados ou outras ninharias do mesmo jaez.

Pela parte que me toca, julgo que se deve dar cumprimento ao art. 6.º, n.º 1, da C.E.D.H., impondo sempre o julgamento público e oral das causas e permitindo-se além disso que o juiz convoque as partes sempre que razoavelmente o entenda para melhor delineação e encaminhamento do litígio e não para tentar conciliações tantas vezes enfadonhas e em pura perda de tempo.

O questionário acoplado com o saneador não faz hoje na maior parte dos processos grande sentido como aliás resulta da circunstancia de ter deixado de haver juízes de facto. São todos juízes de direito.

Apenas deverá haver tal questionário quando o juiz o entenda indispensável. Fora disso, não.

A contrapartida necessária desta simplificação processual será a admissão do recurso sobre a decisão da matéria de facto pelo Tribunal, o que implica o registo da prova produzida no julgamento através dos meios adequados, sem intervenção das partes ou dos juízes.

Para além disso, não faz sentido que continue a não haver Tribunais de Comércio em Portugal — uma das principais inovações revolucionárias do liberalismo monárquico — nem que a data do julgamento seja marcada discricionariamente pelo Tribunal sem ouvir as partes, o que gera as mais extraordinárias e inimagináveis confusões. E, at last but not the least, é necessária uma nova atitude de espírito de todos os protagonistas do processo judicial, mais descontraída e natural, ou seja menos formalista.

O Anteprojecto do Código do Processo Civil foi objecto de um lúcido Parecer da Ordem dos Advogados, cuja leitura ainda hoje é da maior actualidade. (*)

Lendo o Projecto do Código do Processo Civil há dias distribuído verifica-se que uma grande parte das criticas formuladas nesse Parecer continua de pé.

É positivo que se tenha introduzido o direito ao registo da prova, a pedido das partes, a fim de se permitir um verdadeiro recurso de apelação da decisão final, abrangendo tanto a matéria de direito como a matéria de facto.

Parece-nos positiva a solução de se ter transferido a elaboração do questionário para a audiência final, em vez de o ser a meio do processo, na fase pré-instrutória, como acontece agora. É solução que talvez possa ser aperfeiçoada, mas que representa, a meu ver, um avanço.

O preceito que prevê a consulta das partes pelo Tribunal para se chegar a acordo sobre a marcação da data do julgamento também representa um progresso, embora esteja redigido de forma um tanto ou quanto ambígua, que necessitará de ser melhorada.

No entanto, o dirigismo autoritário criticado pela nossa Ordem no Parecer sobre o Anteprojecto mantém-se quasi sem alteração.

O combate à lentidão processual não se pode efectuar através dos dois remédios preferidos pelo Poder nos últimos anos: o encarecimento da justiça e o autoritarismo. São ambos anti-democráticos.

Esquece-se que uma justiça que assim proceda pode ser tudo, excepto uma justiça democrática.

Os advogados não são súbditos de ninguém, mas representantes dos utentes da justiça, e só nos regimes autoritários é que esta evidência não é reconhecida.

Por outro lado, a justiça tem de ser administrada através de julgamentos públicos e equitativos, como o impõe a C.E.D.H.. E é eminentemente retrógrada a orientação perfilhada pelo direito

(*) Parecer de que são Relatores os Drs. Armindo Ribeiro Mendes e José Lebre de Freitas e publicado na R.O.A., Setembro de 1989, a págs. 613 e segs.

vigente, e adoptada pelo Projecto, de dar ao Tribunal a faculdade de julgar a causa sem julgamento público e equitativo. Aliás, as jovens instituições democráticas portuguesas arriscam-se, ao proceder assim, a serem desautorizadas amanhã no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A vingar tal solução, nas causas cíveis que o juiz decida julgar sem audiência pública e contraditória das partes regressaremos ao velho processo das Ordenações Filipinas, 100% escrito, com bocas caladas, em que a decisão final é prolatada secretamente no silencio dos gabinetes.

A justiça portuguesa em 1990 tem de ser uma justiça democrática: melhor justiça com *maior liberdade*.

E só assim os tribunais serão órgãos *democráticos* de soberania.

Quem não quer escutar, dificilmente poderá fazer justiça. Tal método estimula até a preguiça intelectual. E quem foi que disse que a preguiça é um dos pecados capitais?

No fundo, o problema da justiça democrática é também um problema cultural.

Recordo aqui o espanto de Piero Calamandrei, esse grande jurista e democrata, que, ao visitar a Universidade de Cambridge, teve a surpresa de constatar que nas Universidades inglesas não se ensina o direito processual. O modo de se comportar diante dos juízes não é matéria de estudo: aprende-se na prática profissional, porque não é matéria de ciência, mas de educação — de todos. E, acrescentamos nós, de educação democrática.

As nossas tradições são outras. Temos ainda muito que caminhar.

A Justiça não está só nos livros. Está também nos corações.

Não acredito numa Justiça sem Liberdade, como também não creio em Liberdade sem Justiça.

Liberdade e Justiça são para mim a essência da Democracia.

E penso que a mais nobre função do advogado é por ela lutar.

Em conclusão:

a) a aprovação de um novo Código do Processo Civil é da competência reservada do Parlamento por se tratar de matéria atinente aos direitos, liberdades e garantias, como da competência reservada do Parlamento são as leis relativas às custas judiciais, pelos mesmos motivos e ainda por dizerem respeito à organização dos tribunais e ao mais referido no art. 168.º, n.º 1, al. f), da Constituição.

b) a renovação do actual Código do Processo Civil deve inspirar-se nos ideais democráticos e no respeito dos direitos do homem e não pretender combater a lentidão processual através de meios anti-democráticos, como, por exemplo, encarecendo inoportavelmente a Justiça e recorrendo a métodos autoritários obsoletos, convertendo as partes e os seus patronos numa espécie de súbditos dos órgãos judiciais de soberania;

c) essa concepção democrática encontra-se vazada quer nos arts. 6.º a 8.º e 10.º da D.U.D.H., quer no art. 6.º, n.º 1 da C.E.D.H., que impõe um processo civil equitativo, com igualdade das partes e o respeito pelos direitos destas e dos seus patronos, coroado por um julgamento público, oral e contraditório. Só assim se conseguirá uma melhor justiça com maior liberdade;

d) é positivo que se consagre o direito de as partes obterem o registo da prova, a fim de que exista um verdadeiro recurso de apelação da decisão final, abrangendo a matéria de direito e a matéria de facto;

e) mas é absurdo que se queira fazer consagrar no processo civil uma forma autoritária, em que os direitos das partes são secundarizados, como que numa repulsa não confessada pelo debate oral das partes e num apelo não aceitável aos doces encantos da preguiça intelectual;

f) uma democratização do processo civil actual implica também uma revisão profunda da inconstitucional legislação presentemente em vigor sobre as custas judiciais.

Lisboa, 10 de Setembro de 1990