

## A tutela jurisdicional efectiva ainda existe?

Muito obrigado pelo convite para estar aqui<sup>1</sup>, que aceitei, a título pessoal, na medida em que a minha experiência como juiz, que é essencialmente da jurisdição laboral e cível, me permita contribuir para debater a questão.

Perguntar se a tutela jurisdicional efectiva ainda existe supõe que há graves problemas com ela. E supõe que as pessoas estão descontentes, que o povo em cujo nome os tribunais administram a justiça está descontente, que descrê da possibilidade de reconhecimento e defesa das suas pretensões pelo sistema judiciário.

Enquanto juiz, há uma parte da carga acusatória ao sistema judiciário e mais concretamente aos juízes, que entendo que não deve ficar às suas costas.

Não é este o momento próprio para abordar duas primeiras partes da carga com decisivo efeito no sentimento de descrédito na efectividade da tutela jurisdicional. Elas são o Direito e a Lei, sendo pressuposto necessário de qualquer discussão séria que se tenha ideias relativamente sólidas sobre o que são, quando nascem, como nascem, de quem nascem, porque razão nascem e para que é que servem.

Uma terceira parte da carga adjudico às opções políticas em matéria de administração da justiça.

A pergunta que é tema deste colóquio é espelho daquela verdade do senso comum que afirma uma crise da justiça.

Crise da justiça sempre houve, já havia no século XIX, mas esta crise dos nossos tempos, esta crise que as opções políticas em matéria de administração da justiça tentam debelar, tem um fundamento específico: a diferença de velocidade entre a economia e o direito, do ponto em que a lentidão deste se torna obstáculo à rapidez daquela.

Não falamos de economia em sentido geral, falamos de livre iniciativa dos agentes económicos privados a nível mundial, que os Estados, na perspectiva neoliberal, devem facilitar: - é que a crise da justiça não é só nossa, ela é afirmada para todos os países em que o sistema de lei escrita dificulta a rápida acomodação do direito.

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde à intervenção oral no Colóquio “A tutela jurisdicional efectiva ainda existe?”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 25 de Maio de 2017.

E não somos nós que fazemos estas afirmações: elas estão perfeitamente plasmadas, por exemplo no que respeita à América Latina e Caribe, no documento técnico nº 319 do Banco Mundial, datado de 1996.

Não se trata dum simples estudo ou constatação, mas duma preocupação efectiva em reformar a administração da justiça a nível mundial de modo a alcançar rapidez e previsibilidade das decisões, sendo o sector tão importante que se justifica, como se lê no relatório do Banco Mundial de 2014, que a maior fatia de financiamento que este Banco fez no biénio anterior, se dirigiu à reforma da Administração Pública, Leis e Justiça.

Repare-se que a consagração portuguesa do princípio da razoável duração do processo procede da revisão constitucional de 1997.

Repare-se que o Memorando de Entendimento de 2011 que Portugal celebrou e em cumprimento do qual se implementou em 2014 a reforma da organização judiciária, usa exactamente o mesmo discurso que o referido documento técnico do Banco Mundial de 1996.

E veja-se o que diz a Comissão nomeada pelo Governo Português, em 2012, para elaborar um *“Ensaio para a reorganização da estrutura judiciária”*: *“Evidentemente não se esgota nesta questão da celeridade tudo aquilo que é exigido a um sistema de justiça de um país – para além de célere, quer-se uma pronúncia justa -, e que mesmo esta questão pode ter diferentes perspetivas, seja porque mais centrada na eficiência económica, ou orientada para o cidadão e direitos sociais. Em todo o caso, toda a discussão sobre os diversos sistemas de justiça tem passado pelo tema da celeridade, ou dos atrasos processuais (...)”*.

É aqui que passo para a quarta parte da carga de culpa que assenta especificamente sobre os tribunais e que centro, por facilidade de exposição, nos juízes. Mas não sem antes referir que a teleologia duma reforma que visa acelerar o direito para não obstaculizar a economia é determinante no espírito de gestão da administração da justiça: comprovado que a crise da justiça persiste, apesar de se dotarem os tribunais de mais recursos humanos, o que há a fazer não é aumentar a dotação de recursos, mas sim gerir eficazmente os recursos existentes.

Esta quarta parte da carga de culpa principia por percebermos a recepção da nova lógica para-económica da justiça, ou seja, analisar a composição das magistraturas, quem são os magistrados, que características têm e de que modo é que estas se acomodam ou não à nova lógica.

A primeira característica é simples e fundamental: são humanos.

A partir daqui, dividiria a magistratura precisamente em coincidência com a divisão legal – primeira e segunda instâncias e Supremo – e desde logo por uma razão genericamente óbvia: a respectiva idade.

O Centro de Estudos Judiciários começou há poucos anos a fazer estudos sobre a caracterização dos auditores de justiça e futuros magistrados, mas não temos esses dados, pelo menos em estudo completo quanto ao grosso dos magistrados em funções.

Genericamente estarão na 1ª instância pessoas entre um pouco menos de 30 anos e até um pouco menos de 50 anos de idade. Nas Relações encontramos pessoas de 50 a 60 e poucos anos de idade, e no Supremo encontramos – pelo menos entre os juízes de carreira – pessoas com mais de 60 anos.

Se recuarmos estas idades à data de nascimento, para perceber em que contexto histórico, social e económico ocorreu o seu crescimento, a formação da sua personalidade e a formação da sua personalidade jurídica, aventuro dizer que a 1ª instância se encontra repleta de quem cresceu num período de direitos, liberdades e garantias políticos e sociais adquiridos, caracterizado ainda por expansão e desafogo económico, no qual o essencial, politicamente determinado, da construção que faltava fazer era a recuperação do atraso do País por via económica, indiscutivelmente, de livre mercado europeu, sob a orientação, entretanto afirmada ao senso comum, da superioridade intelectual dos agentes deste mercado e da sua aptidão para a organização social conducente ao bem comum.

Portanto, e continuando a falar em termos gerais ou maioritários, independentemente da origem social e geográfica dos magistrados, tivessem já as suas famílias meios de fortuna para sustentar a sua formação ou resultassem estes meios da melhoria generalizada das condições de vida após 1974, estamos em presença duma elite, ao menos enquanto dispensada de sustentar a sua formação por meio de trabalho próprio, e evidentemente enquanto dispensada de lutar por qualquer direito.

Outro aspecto decisivo da natureza elitista dos juízes – aqui transversal aos três grupos – é a inculcação ideológica a partir do assento constitucional da qualidade de titulares de órgãos de soberania. Esta qualidade dificulta muito aos juízes a compreensão do seu duplo, trabalhador, e tolhe decisivamente o seu poder reivindicativo neste aspecto. Remete-os também ao silêncio público, renova neles a virtude do silêncio privado, e dá origem a um esforço de resolução corporativa ao ritmo possível do relacionamento com o poder político. Subordina-se pois a parte em que os próprios juízes, apercebendo-se das dificuldades do seu trabalho que são simultaneamente dificuldades de realização duma tutela jurisdicional efectiva para os casos que lhes são submetidos, poderiam reivindicar uma reforma coerente.

Suponho poder caracterizar o ensino jurídico e a formação específica de magistrados deste período sob a batuta da gradual complexificação do direito e da crescente resposta de especialização técnica, coerente com o objectivo de recuperação do atraso do País, com a inerente e inevitável secundarização da contextualização histórica e até filosófica do próprio Direito e da lei.

Com estas características falamos duma elite técnica, geralmente pouco apta a colocar-se no lugar concreto das partes que a procuram, tendencialmente menos sensível do ponto de vista social e auto desresponsabilizável a partir dos resquícios soberanos da autoridade e do poder, do “*magister dixit*”, que se contêm na “*dura lex, sed lex*”. Falamos duma elite atulhada em trabalho técnico, pouco capaz de reivindicar um tempo de pensamento que permita contextualizar as especificidades técnicas no quadro mais geral da matriz do ordenamento jurídico e ainda mais além numa cultura geral que não se limite à apreensão do espírito do tempo segundo o sentido comum veiculado pelos meios de comunicação social.

Mas não falamos, é a minha convicção profunda, de gente desatenta e despreocupada, de gente que não se toque pela experiência quotidiana e repetida de contacto directo com as partes. Como garantia de tutela jurisdicional efectiva, porém, não ficaremos longe da decepção.

Concretizando um pouco a conjugação entre a natureza humana dos juízes e a imposição dum paradigma para-económico na reforma da justiça, marcado pela produtividade e pela celeridade, consciente da importância publicitária da imagem da justiça, o binómio processos existentes e recursos para os decidir sendo resolvido pela gestão eficaz dos recursos existentes, o que se exige afinal dos juízes é que trabalhem muito e muito rapidamente, sem curar de perceber as consequências deste muito trabalho muito rápido na qualidade das decisões. Ora, o lado humano dos juízes é evidentemente sensível aos incentivos de gestão de recursos humanos: dito de outro modo, hoje, muito poucos juízes se encontram em condições de não se preocuparem com o cumprimento do dever de trabalhar muito, muito depressa, enquanto condição de progressão profissional, na medida em que esta se tornou uma condição de satisfação da sua própria vida pessoal. E isto é tão mais acutilante quando falamos na geração de 1ª instância.

E convém não esquecer que, quase ridicularizada hoje a concepção da magistratura como um sacerdócio, a influência desta condição se continua a fazer sentir: sem dúvida, os juízes trabalham e trabalham muito, porventura mais do que a sua plena realização enquanto pessoas exigiria.

Um entre vários critérios de ponderação em sede de inspecção ao trabalho dos juízes com vista à sua classificação profissional, a produtividade e a celeridade passaram a ser critérios absolutamente determinantes, e a penetração da lógica para-

económica estendeu-se à fixação de valores de referência processual, numa contingência satisfeita apenas pelo mínimo, isto é, a fixação de um número mínimo de processos a serem resolvidos anualmente sem que, sendo distribuídos ao juiz mais processos do que esse mínimo, se excepcionem estes processos das exigências de celeridade e produtividade.

Sabendo-se que a classificação é condição de acesso a determinados tribunais, o não cumprimento das exigências de produtividade e celeridade estagna o juiz no acesso aos tribunais que lhe seriam pessoalmente mais gratos, seja por razões de afinidade de matérias, seja por razões geográficas, familiares ou de melhoria remuneratória. E em caso de reorganização judiciária pode levar a um efectivo retrocesso, com repercussões dramáticas a nível da vida pessoal do juiz.

Se conjugarmos as características e fundamentos da natureza elitista da geração de 1ª instância acima assinaladas, com a legítima necessidade humana de cumprimento do novo paradigma da justiça, o que temos é uma magistratura sem tempo para o exercício do que é o mais fundamental do trabalho do juiz, que é a apreciação da prova e a decisão da matéria de facto. E se ainda somarmos a isto o renovado papel condutor do processo que cabe agora ao juiz, a premência deste corre o risco de diminuir o direito da parte em se valer das competências profissionais do mandatário forense que tenha escolhido. Mais, podemos ter juizes altamente preocupados com a não demora dos julgamentos e que para tanto estudaram muito bem os processos antes do julgamento, estando absolutamente conscientes dos factos necessários à subsunção nas diversas soluções de direito aplicáveis. Este risco de contaminação da decisão de facto pelas possíveis decisões de direito é hoje acrescido pela supressão – determinada pelo efeito da celeridade sobre a legislação de processo – da fase da resposta à matéria de facto. Responder à matéria de facto no prazo para elaboração da sentença é um encurtamento notável do tempo que o juiz pode precisar para uma decisão minuciosa e ponderada dos factos.

Se a justiça não se faz nos factos, não é possível ter uma justiça concreta, porque toda a componente técnica da solução jurídica, excelente que seja, só faz sentido se aplicada aos factos que com maior probabilidade terão acontecido. Não basta uma afirmação de reorientação do processo para a aquisição da verdade material, o apuramento desta exige tempo.

Este tempo é também o tempo da diluição do desconhecimento do mundo ao qual a decisão se dirige por parte duma elite com pouca capacidade e sem formação, do ensino universitário à formação de magistrados, de se colocar no lugar do outro.

Se os auditores de justiça todos visitaram estabelecimentos prisionais para terem uma ideia da repercussão possível das suas futuras decisões, em matéria laboral, por exemplo, nunca estagiaram em contexto real de trabalho numa empresa,

nunca se puderam aperceber em concreto dos problemas específicos dum empregador ou dum trabalhador.

Esta distância em relação ao mundo ao qual as decisões se destinam não é apanágio da geração de 1ª instância, ela perpassa todo o universo da magistratura.

Se a justiça não se faz nos factos, o máximo que conseguimos ter é uma imagem da justiça.

Por outro lado, a referida celeridade e o referido distanciamento dos magistrados segundo uma concepção de superioridade necessária à decisão isenta – concepção que não tem fundamento substancial – mesmo quando reportada apenas à procura da solução jurídica da causa, é desairosa na integração de conceitos indeterminados, preenchidos por um bom pai de família que não teve condições de vivência cultural que o elevassem da áurea mediocridade.

Verdade seja dita que o investimento em tecnologia acelera e muito a resolução dos litígios. Está à distância de um clique a procura *Google* da jurisprudência existente sobre o caso a decidir. A certeza e a segurança do direito – cujo fundamento e razão de ser passam sem nota – é hoje assumida como fundamento jurídico para inúmeras citações às quais se adere sem prévio exercício crítico, exercício que os magistrados, não fora a celeridade processual, teriam condições de fazer, assim como seguramente teriam condições de construir a sua própria solução jurídica.

Prosseguindo para a geração que se encontra na Relação, esta, não deixando de participar na natureza elitista já referida, guarda porém a memória do tempo de conquista e sobretudo de discussão dos mais básicos direitos políticos e sociais, tendo presenciado a decisiva transformação do País a nível político, económico, social e mesmo ao nível do próprio Direito, até do ensino jurídico. A distância a esse tempo provoca porém um alheamento quanto à necessidade de luta, e uma acomodação ao inculcado mito da inelutabilidade relativamente à inversão do percurso. Porém, entre essa memória e esta acomodação, existe um nível acrescido de percepção da injustiça e da ineficácia do sistema judiciário para a combater, que se não opera numa frente reformista, pode operar ao nível específico do trabalho judicial concretamente a desenvolver.

Por outro lado, esta geração não sofreu as hoje acutilantes necessidades de celeridade processual e a elas é menos sensível, sendo inegável que a especialização exercida em condição de isolamento e uma pendência processual francamente menor do que a existente na primeira instância, lhe permite, quando permite, uma intervenção correctiva. Trata-se também da geração que, preocupada em fazer jurisprudência, mais questiona a jurisprudência existente.

Finalmente, o Supremo Tribunal de Justiça. Notada a distância ao mundo real destinatário das decisões que pode estar implicada na composição por não juízes de carreira, e que pode estar implicada na inexistente garantia de que os magistrados se encontrem colocados nas áreas da sua prévia especialização, o específico papel deste tribunal torna menos relevante a análise da sua composição geracional: o Supremo, em regra, não interfere na decisão de facto das instâncias, decide em matéria de direito com a evidente preocupação de criação de doutrina que a sua autoridade e prestígio converterão, mesmo fora a voluntária intenção, em prática uniformização da jurisprudência. Com esta serve-se essencialmente o valor, a todos os títulos defendido, da certeza e segurança do Direito.

Vence também a evidência de que esta superioridade supõe a devida e aturada ponderação das questões e que a referida certeza e segurança fica abalada com alterações de posição. Verifica-se assim uma tendência para o enquistamento das posições adoptadas, que além do mais pode levar a desconexão com as alterações reais e não jurídicas do mundo destinatário das decisões, tanto mais quanto não deixa de ser verdade que a velocidade do Direito é bem menor que a da economia.

Por outro lado, aquela valência uniformizadora, apesar de obtida sobre factos concretos, não deixa de abstractizar o direito. A repercussão destas posições atinge a segunda instância, mas mais, pelas razões explicadas, a primeira instância.

Concluindo:

A minha convicção sobre a capacidade de ser tocado que a generalidade dos juízes têm, a possibilidade de assim se romper a sua armadura técnica e o seu genérico pendor formalista e securitário, faz-me responder, relativamente ao corpo de magistrados actuais, que sim, ainda existe tutela jurisdicional efectiva, na medida em que o Direito e a Lei se não oponham à justiça, embora as garantias dessa tutela jurisdicional possam não ser seguras nem confiáveis.

Ainda vemos afloramentos notáveis dessa tutela: assistimos à recente jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça determinando às Relações uma interpretação menos exigente do cumprimento dos ónus de impugnação da decisão sobre a matéria de facto, numa reorientação pelo princípio da verdade material.

Mas a minha convicção diz-me também que, com a manutenção do actual paradigma político da administração da justiça, o risco de responder não à pergunta que aqui nos traz, quando referida à generalidade da população, é percentualmente muito grande.

Lx, 25 de maio de 2017.

EDUARDO PETERSON