

Escolha e liberdade na Justiça

► O DIREITO DE ESCOLHA NA JUSTIÇA.

O tema da liberdade de escolha será, provavelmente, uma das questões em que menos se pensará num debate sobre os problemas actuais da Justiça em Portugal. As prioridades desse debate vão habitualmente para os aspectos mais críticos do bloqueio dos tribunais e da demora das sentenças, os quais, pelo menos na aparência, nenhuma relação têm com o exercício dum direito de escolha do cidadão.

A propósito da magna questão da eficiência da Justiça, discute-se também a organização do sistema judiciário, ou o modelo do seu financiamento, ou as regras do seu processo, ou a formação dos seus juizes. Todo o esforço de reforma e de racionalização assume o pressuposto de que a Justiça é uma função que pertence essencialmente ao Estado e, ao mesmo tempo, que a responsabilidade do Estado no que respeita à Justiça se cumpre essencialmente no acto de julgar.

Os organizadores deste ciclo de debates quiseram, não obstante, incluir a Justiça no seu programa, para que houvesse uma oportunidade de discutir o lugar que a liberdade e o direito de escolha podem assumir no exercício da função de julgamento e, paralelamente, o papel que o Estado deve assumir na garantia da liberdade de escolha na função de representação e defesa dos cidadãos. Este segundo aspecto foi o que principalmente os motivou, pois na representação dos cidadãos perante a Justiça o ponto de partida é o do reconhecimento de uma liberdade (na relação entre o advogado e o seu cliente), conjugada com a atribuição de um direito fundamental (direito ao patrocínio). O conceito de Estado Garantia encontra aí as condições ideais para manifestar a sua importância. Mas o interesse deste conceito na primeira perspectiva, a perspectiva da função de julgamento,

embora menos evidente, não deve ser ignorado.

É verdade que a tendência para a identificação da Justiça com o poder e a herança histórica dum sistema judicial público parecem impedir que se fale de uma preferência social pela liberdade nesta matéria. A Justiça, do ponto de vista de quem a administra, é aos olhos de quase todos, pela sua própria natureza, uma função pública. Ao contrário de outras funções do Estado, não parece viável conceber, para a Justiça, uma alternativa verdadeiramente liberal. A Justiça reclama sempre uma mão visível, porque não pode ser construída apenas a partir da autodeterminação individual e das simples relações contratuais. Mesmo a justiça administrada por árbitros — que representa o espaço de eleição do direito de escolha — exige sempre uma garantia do Estado (pelo menos uma garantia de execução e de controlo, para já não falar da aplicação de medidas disciplinares e cautelares). E a verdade é que a Constituição, embora autorize em abstracto a justiça arbitral, não lhe confere a dimensão de um direito fundamental. A publicização da Justiça é, portanto, em larga medida, um dado incontornável. Neste aspecto, a margem de discussão do direito de escolha não é muito ampla.

Apesar de tudo isto, o tema da Justiça como “bem privado”, aberto à livre iniciativa de “juizes privados” em ambiente de concorrência, oferecendo os seus serviços num mercado tão amplo quanto possível, tem sido tratado e estudado em publicações científicas exigentes, sobretudo nos meios intelectuais e universitários anglo-saxónicos. Aí lhe têm sido também apontados diversos defeitos, dos quais o mais saliente e chocante seria — sem surpresa — o de abrir caminho a uma Justiça socialmente desigualitária, uma Justiça diferente para pobres e ricos. Tanto basta para que, pelo menos em nome livre debate, a função de julgar seja confrontada com os princípios do Estado Garantia.

Consideremos de novo a importância específica do patrocínio. Não é só por razões formais que a representação por advogado condiciona o exercício do direito de acesso à Justiça. Pouco importa saber se o patrocínio de advogado é apenas um direito (artigo 20.º, n.º 2, da Constituição) ou se é também um ónus ou condição do direito de acesso aos tribunais (arti-

A tendência para a identificação da Justiça com o poder parece impedir que se fale de uma preferência social pela liberdade nesta matéria



go 20.º, n.º 1). Mesmo que a lei não imponha sempre o patrocínio de advogado, a sua presença e a sua intervenção podem fazer a diferença. Tanto basta para que ele esteja no centro da discussão sobre o direito de escolha. Mas a importância do patrocínio depende também do modo como se formam as decisões no tribunal. O factor que ocorre mais facilmente é o julgamento com intervenção dum júri, que tende a conferir maior protagonismo ao advogado mas é hipótese rara em Portugal. Outro factor, de certo modo inverso, é a exigência de que a decisão judicial seja racionalmente argumentada. Quanto menor for esta exigência (e nos tribunais domina uma interpretação minimalista do dever de fundamentação das decisões), menor é o espaço de influência legítima do advogado. O papel do advogado pode também ser diminuído, tanto na percepção do público como na realidade dos factos, por virtude do papel activo assumido pelo juiz no processo, muito potenciado pelo recuo do princípio do dispositivo nas causas cíveis e pelas conhecidas idiosincrasias inquisitórias do processo penal. Em contrapartida, o peso do patrocínio pode fazer-se sentir em tribunal de outras formas, quanto mais não seja através do bom uso das formalidades. Todavia, sem serem em si mesmas ilegítimas, as armas do advogado não têm todas o mesmo valor para efeitos da justificação doutrinária do direito de escolha.

O papel do Estado na Justiça, visto do lado do patrocínio judiciário, é muito diferente do que encontramos do lado do juiz. O direito de acesso ao tribunal e o direito ao patrocínio não provocam a mesma reacção do Estado. A diferença é de pontos de partida históricos e culturais. O direito ao patrocínio judiciário é tradicionalmente garantido – na melhor das hipóteses – como uma liberdade formal, como uma não restrição da assistência de advogado ou como uma garantia de que este é re-conhecido como interlocutor em representação do seu cliente. De todas as profissões liberais relacionadas com o exercício de direitos fundamentais, a do advogado foi a que mais resistiu ao modelo do serviço público. O Estado reserva-se, nesta matéria, um papel comparativamente modesto, mesmo à luz dos desenvolvimentos operados nos últimos anos na legislação sobre acesso ao

direito e protecção jurídica dos cidadãos. Não existem em Portugal advogados assalariados pelo Estado para prestarem ao cidadão qualquer coisa que se assemelhe a um serviço público universal de patrocínio. A criação deste serviço público não estará, certamente, na agenda doutrinária do Estado Garantia. Mas a configuração constitucional do direito ao patrocínio judiciário e os passos dados na lei portuguesa em matéria de serviço público de consulta jurídica e de nomeação de patrono obrigam a reequacionar os problemas da liberdade e do direito de escolha nesta matéria.

► LIBERDADE DE ESCOLHA DO JUIZ.

A liberdade de escolha do juiz não se confunde com a liberdade de requerer a intervenção dum júri. Esta última é estranha ao nosso tema. A ampliação do papel do júri pode ser considerada desejável, mas coloca um problema diferente das questões propostas pelo conceito de Estado Garantia. Duma maneira geral, o problema do júri não é um problema de custos, nem de igualdade de oportunidades.

O direito de escolha do juiz não tem por fundamento uma escolha de valores jurídicos. Ao contrário, por exemplo, da educação, onde a liberdade de escolha tem, em grande medida, um fundamento ideológico e cultural, a Justiça não oferece uma variedade de conteúdos opcionais. A Justiça é plural na forma e na estrutura, mas do ponto de vista dos valores é uma e singular. Não porque os valores jurídicos sejam em si mesmos universais e perpétuos, mas porque na realidade aspiram a sê-lo e, em cada momento histórico, tendem a produzir um corpo de soluções materialmente coerentes. A coerência do sistema jurídico, seja qual for o mecanismo que a garante (obediência à lei ou ao precedente), retira significado à ideia de escolha quando esta é pensada por referência às qualidades intrínsecas da Justiça. Mesmo os julgamentos de equidade, quando possíveis, não se baseiam na preferência por soluções materiais predeterminadas. Os valores ou interesses associados à escolha do tribunal, no sentido que interessa ao tema, podem sumariar-se da seguinte forma:

A escolha do julgador cria um vínculo de especial confiança, normalmente superior ao que caracteriza a relação do cidadão com o juiz do Estado. A confiança no juiz do Estado vem apenas das suas presumidas capacidades profissionais e das garantias gerais de imparcialidade. Talvez venha também do prestígio e da autoridade do Estado, mas, se tal factor prevalecer no espírito do cidadão, claudicará uma das premissas do Estado Garantia, que é a preferência pela escolha livre. A relação de confiança, resultante da escolha, pode ser reforçada pelas qualidades e pela competência do julgador, sobretudo do julgador especializado.

Os passos dados na lei portuguesa em matéria de serviço público de consulta jurídica e de nomeação de patrono obrigam a reequacionar os problemas da liberdade e do direito de escolha nesta matéria

Os tribunais do Estado não permitem um grau elevado de especialização em razão das matérias, nem isso é porventura possível. A especialização (que também tem os seus inconvenientes) só pode ser obtida com soluções extra-judiciais ou para-judiciais. A escolha do julgador traz consigo a faculdade de renúncia ao recurso, retirando a causa por completo da esfera de intervenção dos tribunais do Estado e encurtando consideravelmente a demora do processo. A rapidez dos julgamentos arbitrais é, por sinal, a vantagem habitualmente mais invocada. A escolha do julgador traz também consigo o domínio das regras do processo (não das provas) e a possibilidade da sua simplificação ou flexibilização, por vontade das partes. Nos tribunais do Estado, é ao juiz que cabe avaliar a adequação formal dos trâmites e ajustá-los segundo o seu critério. As partes podem apenas solicitar ou propor esse ajustamento. De resto, a experiência mostra que não é de esperar um grande uso desta prerrogativa pelo juiz, dada a responsabilidade que acarreta e o evidente melindre que pode suscitar do ponto de vista da igualdade das partes.

As soluções que existem no sistema português, associáveis à ideia de escolha do tribunal, são em primeiro lugar as que respeitam às arbitragens voluntárias comuns. Durante muito tempo restringido aos litígios de direito privado sobre direitos disponíveis, o regime da arbitragem voluntária alargou-se progressivamente aos litígios de direito público. Passou a incluir genericamente o contencioso dos contratos administrativos e da da responsabilidade por actos de gestão pública (1985) e depois (2004) também as questões relativas a certos actos administrativos (actos de execução de contratos ou a actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade). De fora fica o núcleo mais tradicional do contencioso de legalidade, deixando a lei a pairar sobre as arbitragens administrativas dois motivos de perplexidade: um o de que são possíveis arbitragens de mérito, outro o de que a lei parece partir do princípio de que as revogações anulatórias (por invalidade) assentam em poderes vinculados e, portanto, indisponíveis.

Ao lado destes tribunais arbitrais, constituídos para julgar uma só causa, existem as chamadas arbitragens institucionalizadas. Criados a partir de 1986, são hoje cerca de 30 os centros de arbitragem institucionalizada. A grande maioria é de competência especializada (litígios de consumo, de propriedade e locação, de propriedade intelectual, de acidentes de viação; litígios laborais, desportivos, comerciais; litígios entre membros de associações empresariais). Algumas instituições mantêm ou patrocinam centros de arbitragem de competência geral (Ordem dos Advogados, algumas universidades). O Ministério da Justiça apoia financeiramente alguns centros no sector dos

A liberdade de escolha do juiz não se confunde com a liberdade de requerer a intervenção dum júri. Esta última é estranha ao nosso tema.

pequenos conflitos de consumo e no sector dos acidentes de viação, que beneficiam igualmente do apoio de outros departamentos governamentais (pequenas e médias empresas, turismo, etc.), assim como do instituto do Consumidor e de câmaras municipais. Alguns centros possuem painéis ou listas de árbitros, outros funcionam com um árbitro único designado pelo CSM. Estes últimos situam-se na área do consumo e têm listas de empresas aderentes, que aceitam genericamente a jurisdição do centro. A sua competência é normalmente limitada em razão do valor, com um tecto situado na maior parte dos casos (mas não todos) no limiar da alçada dos tribunais de 1.ª instância.

O apoio especial à arbitragem institucionalizada nos pequenos conflitos de consumo está enquadrada por diversos textos de direito comunitário, nomeadamente o Livro Verde de 16 de Novembro de 1993, a Recomendação 98/257/CE, de 30 de Março de 1998, e a Comunicação da Comissão de 4 de Abril de 2001. Todos os Estados-Membros comunicaram à Comissão a existência de organismos extrajudiciais de resolução de litígios de consumo. A partir deles, a Comissão lançou o projecto de uma rede europeia extrajudicial – Rede EJE (cfr. a Resolução do Conselho 2000/C 155/01, de 25 de Maio de 2000), destinada a facilitar a resolução extrajudicial de litígios transfronteiriços.

Existem ainda outros mecanismos alternativos de resolução de litígios. Muitos centros de arbitragem oferecem serviços de resolução não impositiva de litígios (mediação e conciliação), articulados com a arbitragem. No sector dos conflitos de consumo, a Comissão Europeia tem-se igualmente empenhado no desenvolvimento de tais serviços (Recomendação 2001/310/CE, de 4 de Abril de 2001). O Ministério da Justiça, por seu lado, desenvolveu projectos na área da mediação familiar (gabinetes especializados para questões de regulação do poder paternal e futuramente outras), da mediação laboral (com base num protocolo com associações sindicais e patronais) e da mediação penal (proposta de lei apresentada em Novembro de 2006). O processo é de base voluntária, mediante aceitação de um mediador indicado pelo MJ. Nos julgados de paz funciona também um serviço de mediação, com competência muito alargada (mais ampla do que a dos julgados).

As dificuldades e insuficiências do sistema são visíveis. Na pequena conflitualidade, o valor prevale-

cente é o da simplicidade e eficácia. Os litígios não teriam de outra forma solução, pois o custo do processo excederia sempre o montante da causa. Não se trata de verdadeiro mecanismo alternativo, pois não há outro a que os interessados possam recorrer. As arbitragens institucionalizadas materializam o modelo que repercute para fora dos tribunais a jurisprudência estabelecida, por mecanismos especializados de repetição de soluções de direito consolidadas, apoiadas em meios eficazes de mediação e conciliação. Os seus benefícios esperáveis são esses.

O problema da escolha coloca-se essencialmente na arbitragem comum. As condicionantes financeiras da constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais são muito pesadas. Mas a questão financeira tem de ser equacionada na perspectiva de uma questão de fundo, que condiciona doutrinariamente qualquer resposta que se queira dar à reivindicação do apoio do Estado. Essa questão reside em saber se o recurso à arbitragem constitui, para a lei, apenas um luxo tolerado, uma liberdade consentida, sem nenhum impacto significativo no dimensionamento dos tribunais do Estado e na pretensão de oferecer através deles aos cidadãos um serviço de Justiça universal; ou se, mais do que isso, os tribunais arbitrais representam para a lei uma verdadeira organização alternativa ao aparelho judicial do Estado e uma parceria desejada para viabilizar a Justiça.

A melhor resposta encontra-se no texto de um diploma de 2001 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 28 de Dezembro), onde o Governo de então, reconhecendo a existência de “um grande desajustamento entre a nova, muito multiplicada e diversificada procura de tutela judiciária e a capacidade oferecida pelo sistema judicial”, considerou que, “em contraste com a intervenção exclusivista e de reserva absoluta de poder que invariavelmente se atribuiu neste domínio, o Estado pode aqui e agora apostar numa verdadeira partilha de competências com outros agentes sociais, impulsionando um movimento que promova uma distinta repartição de atribuições, que melhor sirva os cidadãos e a colectividade”, acrescentando ainda que “o Estado pode, com vantagem, guardar apenas para si a sua primordial função de regulação e enquadramento imparcial”. Muito está em jogo nestes princípios e nestas proclamações, que aliás não frutificaram. Se o Estado realmente vier a assumir um modelo para

a Justiça diferente da visão exclusivista e de reserva absoluta de poder a que se referia esta Resolução, estará aberto o caminho para que o Estado reconheça também a sua re-sponsabilidade em garantir a todos os cidadãos uma efectiva liberdade de constituição das suas instâncias de julgamento.

► LIBERDADE NA ESCOLHA DO ADVOGADO

No vínculo de representação forense, a liberdade de escolha é crucial para o estabelecimento de uma relação de confiança entre o advogado e o seu cliente. A relação de confiança, por sua vez, condiciona decisivamente a qualidade do patrocínio, o empenho do advogado, a informação que lhe é transmitida pelo cliente e a capacidade deste último de aceitar insucessos. Não é só, portanto, o exercício efectivo do direito ao patrocínio judiciário que está em causa, é também a relação do cidadão com a Justiça e o prestígio desta.

A Justiça portuguesa está dotada de um sistema de protecção jurídica para cidadãos nacionais e comunitários (extensivo a estrangeiros residentes) que demonstrem estar em situação de insuficiência económica. Na sua configuração actual, o sistema de protecção jurídica nasceu do impulso dado pela introdução na Constituição (em 1982, com aperfeiçoamentos posteriores) dos direitos fundamentais de acesso ao direito, aos tribunais e ao patrocínio judiciário (artigo 20.º). O acesso ao direito e aos tribunais é garantido com a menção complementar de que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos. Estas matérias foram subsequente e sucessivamente reguladas pelo Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro, e pela Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, esta última hoje em vigor.

A protecção jurídica desdobra-se em duas modalidades: a consulta jurídica e o apoio judiciário. A consulta jurídica é restrita ao apuramento de fundamento legal numa pretensão para efeitos de nomeação de patrono oficioso, ou seja, é instrumental relativamente à propositura de uma acção ou a diligência análoga. É uma consulta pré-contenciosa. Pode incluir mecanismos de mediação e conciliação, mas não é um meio de orientação para decisões a tomar ou negócios a celebrar. A prestação da consulta deve, segundo a lei, ser feita em cooperação com a Ordem dos Advogados, que regulamenta e organiza os gabinetes de consulta jurídica. A avaliação da pretensão é feita por advogado designado pela Ordem, o qual em princípio se converterá em patrono do consulente, se houver fundamento para agir em tribunal.

A forma típica de apoio judiciário (para além da dispensa de taxa de justiça e outros encargos do pro-

O problema da escolha coloca-se essencialmente na arbitragem comum.

cesso) é a nomeação de patrono. O beneficiário da protecção jurídica, nestas situações, não tem intervenção na escolha do seu representante. Deve, em princípio aceitá-lo e dar-lhe colaboração, sob pena de o apoio judiciário lhe ser retirado. A lei admite que requeira à Ordem a substituição do patrono, mas terá de fundamentar o seu pedido, o que (sejam quais forem os fundamentos admissíveis) marca nitidamente a diferença relativamente a uma escolha livre. O apoio judiciário inclui o pagamento dos honorários do advogado, a menos que seja concedida apenas a possibilidade de pagamento faseado desses honorários a cargo do cliente. Os honorários, quando pagos pela Ordem, são estabelecidos segundo uma tabela oficial e financiados pelo Estado.

A insuficiência de meios económicos é avaliada (pelos serviços de segurança social) em função da capacidade ou incapacidade do requerente para suportar os custos normais do processo. A prova desta capacidade assenta predominantemente em documentos apresentados pelo requerente e em parâmetros submetidos a fórmulas rígidas de cálculo. A graduação do apoio a conceder é também estabelecida segundo critérios quantitativos fixos. A

derrogação destes critérios só pode ser feita por uma comissão especial representativa dos órgãos superiores do sistema de Justiça (CSM, CSMP, OA e MJ) e por iniciativa dos serviços de segurança social.

Em processo penal, a nomeação de advogado (defensor), quando não seja constituído mandatário pelo arguido, pode ser feita à margem dos mecanismos de apoio judiciário, por razões de urgência, e é antecedida da oportunidade de escolha do advogado dentro duma lista apresentada pela autoridade judiciária. É ao arguido, em princípio, que cabe suportar os correspondentes encargos, se não vier a obter o apoio judiciário.

As características do sistema português de protecção jurídica que acabaram de ser descritas, em especial as do apoio judiciário, revelam a reduzida importância dada ao direito de escolha do advogado. Poderá dizer-se porventura que, nas situações de maior carência, como são as cobertas pelo apoio judiciário, o direito

de escolha não é uma prioridade. Um tal pragmatismo, ainda que bem intencionado, representaria uma abdicção. A liberdade de escolha converte-se num privilégio de ricos quando é considerada um luxo dispensável para os demais. Se a liberdade de escolha importa – e todos o reconhecem no caso do patrocínio judiciário –, não é possível fechar os olhos às profundas desigualdades que decorrem do elevado custo do seu exercício. E essas desigualdades atingem ainda mais aqueles que, não preenchendo os requisitos do apoio judiciário, não estão em condições de suportar com os seus próprios meios um patrocínio minimamente eficaz. Só uma resignação ancestral pode explicar a tolerância de que em Portugal goza esta desigualdade social.

Todas as ideias que possam ser avançadas, para ul-



trapassar as limitações actualmente existentes a uma efectiva – e socialmente equitativa – liberdade de escolha no direito ao patrocínio, não-de parecer aos olhos de muitos como impraticáveis. Sê-lo-á, com certeza, ao menos por razões de escassez orçamental, a solução do financiamento directo ao consumidor de serviços de advocacia. Ainda que os critérios de elegibilidade e de formação dos preços fossem bem regulados e fiscalizados, o facto de o Estado ter de assumir um custo novo em pro-

porções substanciais seria sempre um obstáculo difícil de ultrapassar.

Mais modestamente, porém, o Estado poderia estimular com adequados incentivos fiscais ou financeiros um modelo de organização de serviços de patrocínio baseado na contratação de um seguro pelos próprios prestadores desses serviços, acompanhado de regras claras quanto à avaliação das necessidades dos clientes e à natureza e extensão dos serviços a prestar, assim como dos prémios e preços a pagar. Este modelo, que tem sido posto em prática noutras áreas (como a saúde), oferece a vantagem da acessibilidade dos serviços a quem de outra forma não os poderia comportar, mediante o efeito de dispersão de riscos próprio de qualquer seguro, associada à prática de preços moderados e aos mecanismos de regulação e controlo da entidade organizadora. Irrealista? Talvez. Mas que ao menos as ideias não sejam derrotadas por falta de debate.