

FLÁVIO FERREIRA *

REFLEXOS NA PRÁTICA E NA VIVÊNCIA JUDICIÁRIAS
DAS TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS
E LEGISLATIVAS OPERADAS EM PORTUGAL
NOS ÚLTIMOS DEZ ANOS:

TESTEMUNHOS DE UM JUIZ

1. Sendo a jurisprudência a resultante operativa e englobante da actividade judiciária e, traduzindo-se esta, na sua função específica, na aplicação do texto abstracto da lei à situação concreta em que se cifra «o caso» para a solução do qual é solicitada a intervenção do juiz, seguro é concluir que uma decisão judicial assenta numa escolha que mais não é que uma interpretação.

Isto é: para resolver o caso concreto submetido à sua apreciação o juiz escolhe quais as normas e princípios legais que devem ser aplicados à situação factual equacionada. Para o fazer terá de acolher esta ou aquela directriz interpretativa, dado a lei comportar, em regra, vários sentidos, obrigando o juiz a determinar qual o sentido prevalente, isto é, o decisivo para resolver a hipótese em apreço. E se o artigo 8.º do Código Civil estabelece que o juiz deve obediência à lei, não diz, nem podia obviamente dizer, qual o sentido legal que deve ser acatado. Daí a imprescindibilidade da actividade interpretativa. Daí, igualmente, a importância, na sinalização jurídico-normativa das sociedades politicamente organizadas, da jurisprudência: verdadeiro laboratório do direito vivo, como já foi dito.

2. Pois bem: face às transformações constitucionais e legislativas operadas no pós-25 de Abril, como se vem definindo a jurisprudência dos nossos tribunais judiciais?

* Juiz Desembargador.

Vale dizer: qual tem sido o comportamento do magistrado português, enquanto e como julgador, perante a produção legislativa destes últimos dez anos, no tocante aos aspectos mais inovadores da mesma?

Na impossibilidade manifesta de se proceder aqui a uma análise de conteúdo do conjunto das decisões judiciais que versaram questões candentes e de grande incidência social suscitadas pela aplicação dos preceitos e princípios vertidos na Constituição de 1976 e das normas contidas em vários e importantes diplomas legais publicados desde Maio de 1974 até aos nossos dias, seguiu-se o critério de seleccionar um reduzido número de situações inovadoras, ou de notório impacte público, apontando-se, do mesmo passo, as correspondentes posições jurisprudenciais.

3. Sem dúvida que, no campo da jurisprudência penal, adquire particular relevo e significado a forma e o ângulo de apreciação como foram encarados os problemas da liberdade de expressão e informação em geral e da liberdade de imprensa em particular, decorrentes da entrada em vigor da Constituição de 1976 e do Dec. Lei n.º 85-C-75 (a chamada Lei de Imprensa).

Sobretudo nos anos de 1977, 1978 e 1979 uma relativamente volumosa jurisprudência, constituída por decisões de tribunais de 1.ª instância e por acordãos das Relações de Lisboa, Porto e Coimbra, proferidos em processos criminais instaurados em consequência da prática, segundo o Ministério Público, de crimes de abuso de liberdade de imprensa cometidos através de escritos publicados em jornais diários e semanários visando o Presidente da República ou membros do Conselho da Revolução, gerou alguma perplexidade e uma crescente inquietação nos meios políticos e forenses que sempre se mostraram defensores de uma imprensa livre. Responsavelmente livre, melhor dizendo.

Essa orientação jurisprudencial, alicerçada num respeito aparente e formal da liberdade de expressão protagonizada pela imprensa escrita, envolve, no fundo, uma real desvalorização do significado cultural e do alcance político dessa liberdade instrumental. Tal resultou, se bem cuido, de uma descaracterização do seu conteúdo jurídico-constitucional, devida, a um tempo, a um entendimento acrítico do conceito normativo de liberdade de expressão e à diluição, deliberada ou involuntária, dos seus limites e contornos ético-sociais. No entanto, na mesma secção criminal do mesmo tribunal de 2.ª instância — no caso a Relação do Porto — é possível detectar em dois acordãos, ambos proferidos no ano de 1979, duas diferentes «sensibilidades», diga-

mos assim, mediadas por duas antagónicas clivagens jurídico-valorativas no respeitante aos limites da liberdade crítica exercida através da imprensa.

Um, datado de 16 de Março de 1979, absolutizando, a meu ver, a liberdade de imprensa ao ponto desta se confundir, no plano prático e objectivo, com a liberdade de injuriar e vilipendiar.

O outro, de 24 de Julho do mesmo ano, adequando, com rigor e exactidão, o exercício do direito de crítica através da imprensa ao fim para que tal direito é reconhecido.

4. Para mim, a jurisprudência contrastada e contrastante respeitante à mencionada matéria da liberdade de imprensa, elaborada e publicada no designado período revolucionário, não é mais do que índice de que os juizes portugueses, no seu quotidiano profissional, não ficaram indiferentes nem foram impermeáveis à luta política e à dinâmica social então desencadeadas entre nós. Antes reagiram perante estas, positiva ou negativamente, com ou sem apriorismos, ou acusando rigidez, empertigamento ou oposição ou, pelo contrário, denotando maleabilidade, abertura de espírito, se não adesão.

Como poderia de resto ser outra maneira?

Onde as imunidades de ordem psicológica e existencial, as defesas de natureza intelectual e cultural que os resguardassem desse contágio e os poupassem ao envolvimento, ainda que indirecto, na confrontação ideológica que então se desenrolava em cena aberta e num cenário com a dimensão do País?

Nessa altura, se não era forçoso ser-se actor, muito difícil, se não impossível, se tornava furtar-se alguém à condição de espectador activo.

5. Extrapolando direi que os acontecimentos que convulsionaram a sociedade portuguesa nos anos de brasa, ou seja, no sexénio 1974-1979, no que à instituição judiciária concerne, permitiram, além do mais, evidenciar que a enfatizada independência judicial não se confunde com a neutralidade política do sistema judiciário nem pode ser tomada como sinal do apoliticismo dos seus agentes. Aquela é um patamar de natureza ética que se pode tornar próximo ou parcialmente alcançável através da melhoria efectiva das condições materiais, sociais e institucionais do exercício da judicatura. A referida neutralidade e o apontado apoliticismo, ao invés, não passam de uma falácia que só engana quem quer e de um mito que só se mantém por inércia mental. Uma e outro, porém, com cada vez menos convictos propagandistas.

6. Outra vertente tipológica das divergências jurisprudenciais existentes nas decisões dos nossos tribunais, decorrentes das profundas alterações introduzidas no tecido da sociedade portuguesa, em consequência, no campo que ora nos ocupa, da evolução sofrida nas noções sociológicas e respectivas vivências comunitárias, de honestidade e pudor sexuais, cuja aceleração recebeu forte impulso com o abalo e consequente entrada em crise de certos padrões da moral tradicional e com a descompressão social provocada pelo 25 de Abril, pode ser rastreada em dois arestos de tribunais superiores. Como que antecipando-se ao ordenamento jurídico-penal de uma sociedade pretendidamente aberta, plural e democrática, que veio a ser consagrado ao Código Penal de 1982, o paradigmático Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 1974 (recolhido no *Boletim do M. da Justiça* n.º 242), fazendo-se eco das já então ascendentes concepções ideológicas em matéria sexual, deu ampla guarida ao que é de uso designar-se por interpretação actualista ou histórico-evolutiva. Desse modo, dando acolhimento à intervenção criativa dos juizes na interpretação e aplicação da lei penal, essa decisão judicial pôde graduar a pena ao autor de um crime de atentado ao pudor em função das modificações entretanto verificadas no meio social no tocante a comportamentos sexuais.

Por isso mesmo a qualificamos de paradigmática, no sentido de exponencial do que se pode apelidar de «jurisprudência sociológica». Porém, também aqui, e uma vez mais, se desenhou, ao nível da produção jurisprudencial, uma linha conceptualmente conservadora e sociologicamente fechada, ortodoxamente tributária do fixismo interpretativo, de que constituirá exemplo marcante o Acórdão da Relação do Porto de 4 de Julho de 1978 (ver «*Colectânea de Jurisprudência*», Ano III, p. 1193).

7. Mais recentemente, o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1983, incidindo sobre o ónus da prova nas acções de investigação de paternidade, em que o plenário se mostrou dividido em dois blocos de expressão quantitativa bastante próxima e onde no sector vencido surgem os nomes de alguns conselheiros conhecidos como portadores de um ideário político de cariz progressista, fornece a indicação, até então só possível de obter noutros domínios da produção intelectual, de que o progressismo político, mesmo quando militante, adentro do campo dos costumes sociais e, muito particularmente, da liberdade sexual da mulher, não raramente descamba na defesa apriorística desta. Subjaz a essa defesa uma concepção da mulher como ser humano irremediavelmente desprotegido e pas-

sivo. Tal procedimento corre a par dum entendimento moralista da honestidade sexual da mulher que, bem vistas as coisas, algo tem a ver com o paternalismo tradicionalista. Por sua vez, este releva de uma postura ideológica refractária do reconhecimento da assunção, plena e consciente, pela mulher da sua libertação em termos sociais, incluindo a do seu próprio corpo.

8. Exemplo frisante da superstição positivista no terreno movediço da interpretação da lei, exclusivamente informada por valores jurídico-formais e que curiosamente seduziu juízes de proclamada fidelidade aos postulados jusnaturalistas, descortina-se na forte corrente jurisprudencial que ao longo de uns seis anos se foi sedimentando nos nossos tribunais superiores. Respeita a mesma ao direito dos subarrendatários, ou dos coabitantes com o locatário há mais de cinco anos, celebrarem novo arrendamento com o senhorio, em caso de caducidade do contrato de arrendamento por morte do locatário.

Tal direito conferido pelo Decreto-Lei n.º 420/76, depois alterado pelo Decreto-Lei n.º 293/77, que veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 328/81, de 4 de Dezembro, foi por essa corrente considerado um simples direito de preferência e, por isso mesmo, não legitimador da ocupação do fogo pelo titular desse pretensão direito até se operar a celebração de novo contrato de arrendamento. A caracterizada sedimentação jurisprudencial ocorreu não obstante o legislador, no relatório do citado Decreto-Lei n.º 420/76, expressamente afirmar que o diploma visava garantir o direito à habitação das pessoas que, vivendo na habitação arrendada, por vezes há vários anos, se defrontavam, aquando da caducidade dos arrendamentos como consequência da morte dos arrendatários, com insuperáveis dificuldades de realojamento. Tal garantia fora, assim, estatuída em obediência a flagrantes princípios de justiça social. Diga-se, no entanto, em homenagem à verdade, que uma defeituosa técnica legislativa — o denominar-se esse direito impropriamente de «preferência» — favoreceu a génese e a expansão dessa corrente jurisprudencial tenazmente literalista. Proporcionou até uma inescapável ocasião para se acusar, em termos virulentos, o legislador de 1976 de ignorância jurídica e de in experiência legislativa. Com efeito, no Assento do Supremo de 27 de Outubro de 1984, a par da consagração definitiva da interpretação correcta do referido diploma legal, aproveitou-se o ensejo para verberar as alegadas incipiências técnicas e imperfeição terminológica das providências legislativas vindas à luz no período do imediato pós-25 de Abril. Tal flagelação crítica não encontrou, porém, a unanimidade e antes motivou a

discordância de três conselheiros, traduzida em outros tantos votos discrepantes, no que a essa diatribe concerne.

9. Formalmente abrigada no reduto protector da Constituição de 1976 e reafirmada na Revisão desta em 1982, pressupondo e tendo como suporte funcional o princípio da independência dos juízes enquanto tais, reconhecido e garantido nos artigos 4.º, 5.º e 6.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 85/77), a independência orgânica da magistratura judicial portuguesa nem por isso deixou de ficar exposta a emboscadas institucionais. Na verdade, o processo adoptado na composição do Tribunal Constitucional, misto de escolha electiva e de cooptação, permitindo, se não forçando, a laboriosos arranjos político-partidários, constitui um repto à independência estatutária da magistratura judicial. Pois que sendo três dos juízes desse tribunal designados pela Assembleia da República obrigatoriamente escolhidos de entre os juízes dos restantes tribunais, os magistrados judiciais que aceitaram, e aceitam, ser candidatos concordaram, e concordam, implicitamente quando não explicitamente, com a ligação umbilical que a aceitação do lugar lhes acarreta em relação ao agrupamento partidário que os indicou. Malhas que a ambição carreirista tece e que o poder político instituído desenvoltamente alimenta. Não se esqueça que os juízes do Tribunal Constitucional são designados por um período de seis anos, o que obriga os juízes profissionais ali em exercício a regressarem aos tribunais judiciais logo que cessem as suas actuais funções. Com a mais pragmática das intenções criou-se uma fonte de hybridismos presentes, de constrangimentos futuros e de tensões intraclassistas que se podiam e deviam evitar em nome não de sacrossantos princípios mas do singelo e assaz arredo bom senso.

A que outra luz encontra explicação lógica a atitude maioritária dos juízes profissionais membros do Tribunal Constitucional ao repudiarem a posição tomada em Agosto de 1984 pelo Presidente da República ao considerar o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça como o representantes dos Tribunais em matéria de precedências dos titulares dos órgãos de soberania no âmbito do protocolo do Estado?

Questão não tão secundária ou despicienda como um entendimento redutor da mesma procura fazer crer e, não por acaso, largamente difundida em certos círculos políticos. Outra e quiçá mais aguda percepção da questão teve o Conselho Directivo da Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses ao dar-se conta, numa auscultação à classe de que o que no fundo está em causa é o determinar-se, «hic et nunc»,

quem se situa no vértice da representação dos tribunais enquanto órgãos de soberania. Se o Supremo Tribunal de Justiça, se o Tribunal Constitucional.

10. Passarei de imediato a referir algumas características que de algum modo, creio, ajudarão a tornar mais nítida a fisionomia social da magistratura judicial portuguesa tal como hoje se apresenta, encarando-a, antes de mais, na sua expressão sindical.

11. Se dúvidas houvesse, as últimas eleições realizadas no ano em curso no seio da Associação Sindical dos Magistrados Portugueses, a nível nacional, vieram demonstrar que, entre nós, o sindicalismo judiciário não tem intuítos imediatamente políticos. Com efeito, não visa, ainda que indirectamente, participar no jogo de influências e contrainfluências político-partidárias, nem pretende aceder ao controlo, embora partilhado, dos mecanismos da decisão política. Não procura sequer desenvolver uma estratégia, posto que difusa, de robustecimento ou enfraquecimento dos «lobbies» políticos. Isto sem embargo de não prescindir de intervir, como grupo de pressão, nos lugares e órgãos onde se define, projecta e executa a política geral do País. Fá-lo, porém, em função de uma óptica utilitarista. Isto é: segundo uma linha preferencialmente orientada na defesa dos interesses da classe, mesmo quando insise na aprovação do novo Estatuto dos Magistrados Judiciais imposta pela lei da revisão constitucional ou solicita urgência na ultimação dos tão anunciados Códigos de Processo (Civil e Penal). Mesmo ainda quando não resiste a adoptar um tom protestatário e uma linguagem intimidativa que condena — no melhor pano cai a nódoa — quando utilizados por organizações sindicais de base operária. Esta orientação, que no ano em curso vem ganhando amplitude, ficou a dever-se, se bem me apercebi, à circunstância da maioria dos juizes, com significativa predominância dos mais jovens, ter concluído que a acção sindical é, em grande parte, movida em função das decisões, providências e medidas tomadas, ou a tomar, pelo Governo ou pelo Parlamento, interferentes com a orgânica e o funcionamento dos tribunais e, bem assim, com o estatuto profissional dos juizes; o que tem pouco ou nada a ver com directivas programáticas. Daí a escolha dos seus actuais dirigentes associativos ter obedecido menos a critérios de identidade ou afinidade políticas do que a razões de desinibido pragmatismo.

Quer isto dizer que a escolha da lista vencedora se deveu mais, se bem avalio, à confiança depositada nas suas presumidas eficácia interventora e capacidade de diálogo, face aos interlocutores orgânicos (governo e Assembleia da República), do que à sua real ou suposta coloração ideológica.

Posicionamento este gerador de um dinâmica sindical que permitiu superar divergências políticas, pessoalismos doentios, maniqueísmos estéreis, desfasamentos etários. Tal não seria possível se entretanto não se tivesse verificado um amadurecimento da prática associativa decorrente dum cada vez maior conhecimento recíproco dos juizes enquanto elementos interessados numa vivência colectiva, de matriz sindical, cada vez mais despremeditada e prospectiva.

Vivência e inter-relacionamento praticamente inexistentes anteriormente à criação da dita Associação Sindical em Novembro de 1974 e tornada legalmente possível pela publicação do Decreto-Lei n.º 261/74, de 18 de Junho.

12. Mais difícil se vem mostrando a possibilidade do corpo judiciário, mesmo na sua expressão sindical, assumir, questionando-se, o sentido e a apetência da auto-interpelação. Esta continua escassa e esquiva, porque evitada.

Tal acontece, ao que suponho, em consequência de não se querer correr o risco, nada imaginário, da denúncia pública e publicitada da burocracia judicial, irrecusavelmente arcaica e tantas vezes paralisante da pronta e eficiente administração da justiça, a ser feita de dentro para fora, isto é, por iniciativa própria e autónoma dos homens investidos na função judiciária, poder vir a ser considerada pela sociedade global como uma fractura interna da delicada independência orgânica da magistratura. Isto a par do receio de o preço de tal iniciativa, a ser tomada, poder vir a traduzir-se na fragilização, ou numa maior fragilização, da posição institucional da justiça enquanto fonte e instrumento da autoridade constituída.

13. Correlativamente à incapacidade de autocritica da magistratura judicial como corpo institucional e estrutura social, constata-se que número apreciável dos seus membros repele por sistema quaisquer referências de sinal crítico provindas dos diversos meios de comunicação social. Mas não só. Reage também mal a quaisquer manifestações de desagrado ou de censura que a tomem por alvo, ainda que segregados informalmente e sem carácter acintoso, provenientes de elementos disper-

tos ou sectorizados da população. Essa rejeição liminar de qualquer reparo crítico tanto ocorre nos casos em que são postas em causa, duma perspectiva não estritamente técnico-jurídica, decisões judiciais como em situações pontuais em que se veiculam juízos negativos sobre certos aspectos do funcionamento da máquina judiciária.

Fenómeno este que tem que ver, se não tomo a nuvem por Juno, não só com a ideologia profissional dos juizes (e, consequentemente, com o seu «status») mas ainda e também, com a maneira estratificada e algo distante e hermética como ao longo de decénios a justiça foi administrada. Num meio socialmente rarefeito e profissionalmente insulado o juiz era considerado e, por sua vez, era levado a considerar-se, o titular absoluto, quando não o proprietário exclusivista, do direito de julgar. Daí a criação de um universo judiciário fechado e, outrossim, da opacidade sociológica da função judiciária e da subsequente impermeabilidade às reacções críticas da sociedade englobante quando esta, mercê das mudanças operadas com o 25 de Abril, pode aceder à fruição, mediatizada ou não, da liberdade de expressão e de opinião.

Muito embora, com a entrada em vigor da Constituição de 1976, os tribunais passassem a ser órgãos de soberania com competência para administrar justiça *em nome do povo* — princípio este que a Revisão de 1982 manteve — uma franja importante de juizes ainda não assimilou ou se dispôs a aceitar tal princípio. Com efeito, essa franja não se consciencializou ainda que o juiz é hoje, no quadro jurídico-constitucional, um mandatário a quem, por mandato implícito ou tácito, foi conferido pelo povo português o poder-dever de julgar e cuja actuação deve ser pautada pelos valores e postulados da legalidade democrática, a qual, por sua banda, tem por fonte legitimadora o povo português. Convenhamos, no entanto, que não é fácil ser, ao mesmo tempo, isento e objectivo, humilde e lúcido, aberto aos vectores do ordenamento constitucional em cujo quadro normativo tem que exercer o seu já de si difícil ofício e, finalmente, receptivo ao debate sério com os seus concidadãos sobre o modo concreto e as condições raramente satisfatórias como e em que é exercida a função judicial. Tudo isto sem quebra do dever de sigilo e salvaguardando, do mesmo passo, a dignidade própria e da função.

Mais ainda: — tudo isto mantendo o discernimento bastante para recusar solidariedades emocionais e identificações mecânicas, evitando, desse modo, tomar a parte pelo todo, a

falha circunstancial pelo descrédito sem remédio, a independência pela imunidade.

Doutra maneira seria caso para nos interrogarmos com Casamayor sobre se: «a profissão de juiz é assim tão frágil que o menor atentado a um dos seus membros basta para abalar o corpo todo inteiro enquanto que a profissão de guarda-fiscal, mais sólida, pode sobreviver à indignidade de um dos seus»?