ORDEM DOS ADVOGADOS
Conselho Distrital do Porto

21
JUNHO 2002

PROFESSOR FIGUEIREDO DIAS

"Erros judiciários sempre existiram e sempre existirão, nada pode garantir, à partida, a infalibilidade da justiça, nomeadamente em matéria de facto.

(...) ou as Escolas detêm o seu corpo docente próprio ou estão condenadas a desaparecer a prazo mais longo ou mais breve. Receio que, vista deste ângulo, a situação das escolas privadas (ponho fora da questão a Universidade Católica Portuguesa) não seja muito boa.

(...) um levantamento, decidido caso a caso, do segredo [de justiça] durante a fase de instrução não é solução que me choque deva ser recusada *a priori*."

• PRÉMIO
JOSÉ GUALBERTO SÁ CARNEIRO

• FUI ADVOGADO:
ANTÓNIO REBORDÃO NAVARRO

• HISTÓRIA DO CONSELHO DISTRITAL

• PARECERES: INCOMPATIBILIDADES E VALOR PROBATÓRIOS DAS CÓPIAS CERTIFICADAS POR ADVOGADO

• ACÓRDÃOS DO CONSELHO DE DEONTOLOGIA

• DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

• ADVOCACIA DE ONTEM E DE HOJE

1. Foi, nos últimos meses de 1990, no final de uma reunião do Conselho, presidido pelo Dr. Gil Moreira dos Santos, que nasceu a ideia da criação da Revista do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.

Projectos semelhantes tinham fracassado noutros Conselhos Distritais.

Poucos acreditaram que o "sonho", forma como o Dr. Gil Moreira dos Santos se referiu à revista no editorial do primeiro número, pudesse transformar-se numa realidade duradoura.

Fizemos parte, conjuntamente com os Drs. Fernando Sousa Magalhães, Alberto Luís e António Natário, do primeiro grupo de coordenação editorial da revista.

Ao aceitarmos o convite, feito pelo actual Presidente do Conselho Distrital, para suceder ao Dr. Amadeu Morais, como Director da Revista, cabe-nos a responsabilidade de continuar o percurso iniciado há mais de onze anos. É com o mesmo entusiasmo de então que nos propomos continuar o trabalho dos que nos antecederam.

2. É nosso propósito estimular a participação do maior número possível de Advogados na elaboração da Revista, pelo que aguardamos o envio de textos; de decisões judiciais inéditas que pelo nível científico, pela singularidade do caso ou pelo absurdo da solução mereçam ser divulgadas; de anotações críticas de decisões judiciais e de trabalhos sobre temas jurídicos da índole mais diversa.

Toda a colaboração que nos for enviada será analisada e apreciada pelo Conselho de Redacção que decidirá do interesse na sua publicação.

A Revista será, assim, aquilo que todos os Advogados quiserem que seja.

A qualidade e a diversificação dos conteúdos que ambicionamos dependerá, em larga medida, da receptividade que este nosso desafio merecer dos Colegas.

3. Entre as iniciativas através das quais se procurará incentivar a participação dos Colegas, conta-se a criação do prémio José Gualberto Sá Carneiro destinado a distinguir a melhor anotação crítica a decisões judiciais e cujo regulamento é publicado no presente número da Revista.

Com a criação deste Prémio, o Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados quis homenagear a "memória" do grande Advogado e Jurisconsulto que foi o Dr. José Gualberto Sá Carneiro.

O Dr. José Gualberto Sá Carneiro exerceu a profissão na cidade do Porto e foi proprietário e dirigiu, durante décadas, a Revista dos Tribunais que foi uma das mais prestigiadas publicações jurídicas do país e uma referência obrigatória em quase todas as grandes controvérsias que dividiram a doutrina e a jurisprudência dos anos quarenta aos primeiros anos da década de setenta.

4. A advocacia vive um momento particularmente complexo.

Algumas das últimas reformas legislativas consagraram soluções gravosas para o exercício da profissão. Transferiram-se tarefas administrativas e responsabilidades dos Tribunais para os Advogados enquanto em paralelo e ao mesmo tempo se anunciam alterações legislativas que irão restringir o âmbito do exercício da advocacia.

Entre muitos dos exemplos que se poderiam apontar contam-se a obrigação de notificação dos articulados e requerimentos introduzida pelo Decreto-Lei n.º 183/2000 de 10 de Agosto; a alteração ao artigo 26.º do Código das Custas Judiciais levada a efeito pelo Decreto Lei n.º 320 – B/2000 de 15 de Dezembro que inexplicavelmente retirou aos Tribunais o ónus da notificação para o pagamento da taxa de justiça subsequente, a aceleração do ritmo de trabalho em que se traduzem as novas regras de contagem dos prazos consagradas na Reforma Processual aprovada pelo Decreto – Lei n.º 329 – A/95, de 12 de Dezembro e o escandaloso atraso no pagamento das intervenções oficiosas nos processos.

5. A anunciada Reforma do Processo Executivo e a Privatização do Notariado irão ter também consequências para o exercício da profissão.

Muitas das soluções consagradas no projecto de Reforma do Processo Executivo que esteve em discussão pública transferem, na prática, para o "chamado" agente de execução uma parte das atribuições que, até agora, pertenciam aos Advogados .

Ao agente de execução é atribuída competência não só para realizar as diligências do processo de execução "stricto sensu", mas igualmente capacidade para a instauração do próprio processo executivo.

As funções de agente de execução serão exercidas por um solicitador de execução ou por um oficial de justiça consoante a espécie do título.

Quando a execução tiver por título decisão judicial ou arbitral, requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta a fórmula executória, documento exarado por notário ou documento particular com reconhecimento

presencial da assinatura do devedor, a competência para a realização das diligências do processo de execução pertence ao solicitador de execução. As execuções baseadas noutras espécies de títulos serão da competência do Oficial de Justiça.

São atribuídos ao Solicitador de Execução poderes para apresentar o requerimento executivo na Secretaria de Execução, o que constituirá o primeiro acto processual. Se tal apresentação for feita por Advogado ou Solicitador, o Solicitador de execução é notificado do requerimento.

A lei determina ainda que a competência para o andamento da execução pertence ao Solicitador de Execução e ou ao Oficial de Justiça e impõe que o requerimento das execuções para o pagamento de quantia certa obedeça a um modelo estereotipado.

Em todo o diploma é patente a subalternização da função do Advogado em relação ao Solicitador de execução.

Em última análise, desde que não exista nenhum "incidente anómalo", tal como embargos de terceiro ou de executado e ou oposição à penhora, a intervenção do Advogado deixará de ser necessária na fase executiva do processo.

6. Não menos significativas consequências terá, para o exercício da profissão, a privatização do notariado. Na prática, a função notarial dificilmente se circunscreverá à mera formalização de vontades negociais.

O Notário irá acabar por intervir e participar na formação da própria vontade dos contraentes, dando conselhos sobre a forma mais vantajosa de realizar os negócios, sugerindo soluções alternativas sobre a sua formalização e elucidando as partes sobre as normas legais pelas quais os negócios jurídicos se regem. **Aquilo que eram funções, atribuições e competências do Advogado irão passar a ser exercidas pelos Notários.**

7. A Ordem dos Advogados tem o poder/dever de tentar influenciar a política legislativa quando, como é o caso, está em causa a defesa da profissão.

E essa defesa passa pela estrita necessidade de a Ordem questionar o que se passa com o ensino de direito em Portugal.

Entre escolas públicas e privadas, há, neste momento, mais de duas dezenas de Cursos de Direito.

Ninguém terá dúvidas que o mercado de trabalho das profissões jurídicas será incapaz de absorver tantos licenciados em direito.

Os reflexos do grave desequilíbrio entre a oferta e a procura far-se-ão sentir na Profissão.

É preciso que a Ordem assuma o problema sem complexos e que denuncie aquilo que está errado.

Cada escola tem de ter o seu corpo docente próprio e determinadas quotas de doutorados, com provas públicas prestadas, perante júris que assegurem, de modo efectivo, a autenticidade do grau académico conferido.

É indispensável exigir que as escolas invistam na formação e preparação académica do seu corpo docente.

A Revista irá lançar nos próximos números um amplo debate sobre este problema.

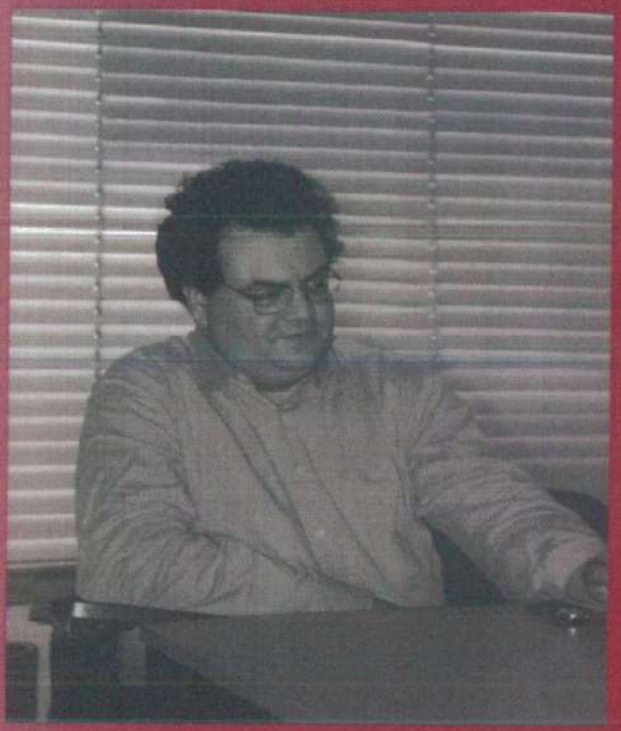
Porto, 20 de Junho de 2002

Joaquim Taveira da Fonseca

Joaquim Taveira da Fonseca

ORDEM DOS ADVOGADOS
Conselho Distrital do Porto

22
23
DEZ.02/JUN.03



MESA REDONDA SOBRE O NOVO CÓDIGO DE TRABALHO

Uma das mais controversas reformas legislativas dos últimos anos é seguramente a do novo Código Laboral que, para além da compilação/codificação de toda a legislação avulsa que regulava as relações laborais, introduz inúmeras alterações no direito actual. A reforma vai entrar em vigor no próximo dia 1 de Dezembro de 2003.

A Revista organizou uma mesa redonda entre os Doutores Pedro Romano Martinez e Júlio Gomes, ambos jovens Professores da Universidade Católica, com formação civilista de base, mas que há muito se têm vindo também a dedicar ao estudo do Direito de Trabalho.

O Professor Doutor Pedro Romano Martinez foi um dos autores do primeiro ante-projecto da lei e o Professor Doutor Júlio Gomes o autor do parecer solicitado pela Presidência da República onde, para além de outras críticas às soluções do projecto, foi evidenciada a duvidosa constitucionalidade de algumas das soluções adoptadas.

• **ACTIVIDADE DO CONSELHO:**
"A JUSTIÇA E OS MEDIA" Semana do Advogado

• **PRÉMIO** JOSÉ GUALBERTO SÁ CARNEIRO

• **OSSOS DO OFÍCIO**

• **FUI ADVOGADO:** MANUEL ANTÓNIO PINA

• **HISTÓRIA DO CONSELHO DISTRITAL**

• **DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

• **ACÓRDÃOS DO CONSELHO DE DEONTOLOGIA**

• **POLÉMICAS**

• **ADVOCACIA DE ONTEM E DE HOJE:**
Dr. Manuel Coelho dos Santos

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E DA PROFISSÃO

Nem o mais optimista dos optimistas ousará sustentar que é possível evitar que se cometam erros judiciários. Erros judiciários sempre existiram e sempre existirão porque errar é um risco inerente a qualquer actividade humana. A certeza dessa inevitabilidade não nos poderá impedir de tentar aperfeiçoar o sistema em ordem a diminuir as probabilidades disso suceder. Não se pode partir do pressuposto, nomeadamente ao nível da definição da matéria de facto, que o licenciado em direito que adquire o estatuto de magistrado passa a ter igualmente o "dom" da infalibilidade. O magistrado, a exemplo do que sucede com o advogado, o médico, o engenheiro ou qualquer outro profissional, pode errar.

Referem alguns historiadores que o rei D. Pedro puniu o exercício da advocacia com a pena de morte. A sensação que por vezes se tem é a de que o legislador actual tem o propósito de aplicar a pena de morte, não a quem exerce a advocacia, mas à própria profissão.

1. Nunca, como durante os últimos meses, se escreveu e falou tanto sobre a Administração da Justiça em geral e em particular sobre a actividade decisória dos Tribunais.

Aquilo que, até há pouco tempo, constituía matéria quase reservada de quem exerce profissões jurídicas, passou a ser objecto de comentário, discussão e debate nos "mass media" e tema de conversa da generalidade dos cidadãos.

A comunicação social descobriu a justiça e os seus problemas: todos se sentem com legitimidade e conhecimento para opinar não só sobre a administração da justiça em geral, mas também sobre o comportamento dos Magistrados e as decisões judiciais em concreto.

A "descoberta" da justiça pelos meios de informação suscita problemas complexos, mas tem a virtualidade de poder vir a constituir a semente que irá fazer germinar as reformas de que o sistema há muito carece, tendo em vista o seu aperfeiçoamento e a correcção de alguns dos defeitos que a generalidade dos Advogados vinha, quase em surdina, há muito denunciando e que o poder político não só sistematicamente ignorou, como agravou com alterações legislativas que, em nome do reforço da celeridade processual e do apregoado objectivo de reduzir o "excesso de garantismo", limitaram ou mesmo violaram alguns direitos fundamentais.

Pena é que o debate público tenha surgido a partir de processos judiciais concretos, pois tem sido notória a dificuldade em tratar os problemas abstraindo de pré – juízos sobre a culpabilidade e ou inocência dos arguidos. **Para além disso, tem também sido evidente que uma grande parte das opiniões emitidas está condicionada por uma perspectiva fundamentalista de defesa do sistema judiciário vigente e dos seus agentes que impede o reconhecimento das imperfeições existentes, que parte do postulado da infalibilidade das decisões judiciais, que subestima a possibilidade de existirem erros judiciários e que interpreta qualquer crítica às decisões judiciais ou qualquer reforço das garantias dos cidadãos e dos poderes processuais dos seus Mandatários como uma intolerável diminuição dos poderes do poder judicial.**

2. A actualidade de questões que têm vindo a ser objecto de controvérsia pública, como a da legitimação do poder judicial, dos perigos de "corporativização" que o auto – governo das magistraturas, nos termos em que tem sido entendido, potencia, das perversidades do segredo de justiça, dos fundamentos para a recusa do Magistrado como garantia da imparcialidade do julgamento, da necessidade de o legislador ser mais exigente em matéria de fundamentação das decisões judiciais para que o princípio da livre apreciação da prova corresponda a um juízo objectivo sobre a reconstituição dos factos e das garantias da sindicabilidade efectiva das decisões da primeira instância sobre a matéria de facto, não é de hoje.

[1] As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade do Director e de modo algum traduzem a posição institucional da Ordem e dos seus órgãos.

Por essa razão, foram as mesmas premonitoriamente tratadas na entrevista feita, ao Senhor Professor Doutor Figueiredo Dias, em Junho de 2002, e que publicámos no último número da revista.

Ousar reflectir sobre esses problemas e sugerir alterações ao sistema vigente, como forma de aperfeiçoar o estado de direito, não pode, nem deve ser confundido com qualquer afronta ao poder judicial, nem interpretado pelas Magistraturas como uma forma de iniciar um processo conducente à diminuição das garantias de independência do poder judicial. **A administração da justiça tem as fragilidades inerentes a toda e qualquer actividade humana, pelo que todas as alterações legislativas que permitam diminuir as probabilidades de ocorrerem erros judiciários e que reforcem a impossibilidade de interpretações de diplomas legais limitativas e ou violadoras dos direitos fundamentais dos cidadãos, devem ser perspectivadas de forma favorável.**

3. A questão do "auto-governo" das magistraturas é delicada pela necessidade de se encontrar uma solução de compromisso que assegure a independência e a imparcialidade no exercício da função e que evite uma lógica corporativa de afirmação perante os cidadãos e os restantes participantes do aparelho judiciário que o modo, como uma parte do membros dos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público exercem o cargo, potencia.

A actual solução constitucional[2] – a despeito dos reparos que muitos lhe fazem[3] - permite, apesar de tudo, o "controlo exógeneo[4]" suficiente, passível de minimizar os riscos de "corporativismo judiciário[5]". Para que isso suceda é, porém, indispensável que os membros designados pelo Presidente da República e eleitos pela Assembleia da República exerçam as funções em termos efectivamente interventivos, o que postula o exercício do cargo em regime de dedicação exclusiva e um regime de incompatibilidades idêntico ao dos Magistrados Judiciais.

A legitimação do poder judicial e do exercício da função jurisdicional já no século XVIII constituiu um dos temas de reflexão de Montesquieu no seu Espírito das Leis. Não se trata, por conseguinte, de uma preocupação de hoje, nem de um pretexto para tentar limitar a crescente afirmação dos poderes das Magistraturas.

Do que se trata é de tornar efectivo o princípio de que a justiça é administrada em nome do povo e de salvaguardar a representação efectiva deste nos órgãos que superintendem na organização do poder judicial.

Tal representação encontra-se formalmente assegurada na Constituição: importa que o esteja na prática, o que só será conseguido se os membros eleitos ou designados pelos restantes órgãos de soberania forem juristas e cidadãos prestigiados que exerçam o cargo com a mesma disponibilidade dos membros escolhidos pelos Magistrados e sujeitos ao mesmo regime de impedimentos.

Por outro lado, cremos não ser nenhuma heresia sustentar que - atenta a forma de designação dos seus Magistrados, cuja legitimação decorre directamente do próprio modelo de recrutamento - as deliberações dos Conselho Superiores da Magistratura e do Ministério Público passem a ser sindicadas pelo Tribunal Constitucional : seria mais uma forma de tentar evitar a quase inevitável "tentação" de perspectivar certas decisões a uma luz irrecusavelmente "classista" que, em larga medida, resulta do facto de inexistirem canais de comunicação no processo de formação de Advogados e Magistrados.

Tal tentação "classista" não transparece, porém, apenas quando estão em causa desinteligências, atritos ou meras divergências entre Magistrados e Não Magistrados e não é sequer um exclusivo dos órgãos que tutelam as Magistraturas.

[2] O Conselho Superior da Magistratura é composto pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que preside ao órgão e por dezasseis vogais, sete eleitos pela Assembleia da República, dois designados pelo Presidente da República e sete eleitos pelos Magistrados.

[3] Veja-se o que a esse propósito por exemplo afirmou o Professor Figueiredo Dias na entrevista publicada no último número da revista.

[4] A fórmula é do Dr. Paulo Castro Rangel, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica, e autor de uma das mais bem conseguidas e profundas reflexões sobre as questões decorrentes da necessidade de legitimação democrática da função jurisdicional e os seus reflexos no estatuto e função do Juiz – cfr. Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos, Publicações Universidade Católica, 2001, p.p. 56 e ss e 159 e ss.

[5] A fórmula é também do Dr. Paulo Castro Rangel, obra citada, p. 176.

A evidência que esse risco existe está reflectida inclusivamente em decisões judiciais publicadas de que é paradigma o Acórdão de um Tribunal de 2ª Instância que considerou não ser injuriosa a afirmação, feita por um Magistrado Judicial, no âmbito de um processo, onde referiu ser o " Ministério Público um cão a quem o Estado paga para ladrar"[6]!!!

4. Mais importante, na prática, do que o problema da legitimação democrática do poder judicial, é a prevenção da possibilidade de ocorrerem erros judiciários.

Ao contrário do que o legislador tem, nos últimos anos, entendido, são a segurança e a certeza - e não a celeridade - os valores cuja realização a Ordem Jurídica Positiva deve privilegiar.

Em nome da celeridade e da eficácia e do combate àquilo que ironicamente se chamou de "garantismo" do sistema, tomaram-se medidas legislativas que têm vindo a sacrificar a certeza e a segurança do direito.

Permitiram-se citações e notificações por simples depósito da correspondência na caixa do correio do citando ou notificando, ignorando que um dos mais elementares direitos do cidadão é o de se poder ausentar do seu domicílio habitual por um período mais ou menos longo e que não existe – que se saiba – qualquer obrigação ou dever jurídico de abrir a caixa do correio; alargou-se o número de decisões que na prática são inimpugnáveis e reduziu-se, no caso dos agravos em matéria cível, a possibilidade de recurso a apenas uma instância, ainda que as decisões sejam diferentes e contraditórias; permitiu-se que as decisões dos recursos fossem tomadas através da confirmação "telegráfica" dos fundamentos da decisão recorrida; alargaram-se os poderes do Ministério Público em sede de investigação criminal; aumentou-se desnecessariamente os casos em que os direitos constitucionais à reserva da intimidade da vida privada podem ser limitados pelos Tribunais de Instrução Criminal; impediu-se a impugnação do despacho de pronúncia e ainda dos despachos que, em sede de instrução, indefiram diligências probatórias; transformou-se a fundamentação da decisão da matéria de facto no cumprimento de um mero formalismo que, na prática, impossibilita a sua sindicabilidade e impede que as partes saibam em concreto - e especificadamente em relação a cada facto - como e com base em que provas se formou a convicção; permitiu-se, através de normas que possibilitam interpretações quase discricionárias, que os Tribunais superiores não exerçam o poder/dever de controlar as decisões da primeira instância em matéria de facto.

A má qualidade das leis e a própria complexidade do sistema jurídico ampliou substancialmente os poderes do Juiz. Por essa razão, a margem de discricionariedade das interpretações aumentou significativamente. **Os Magistrados cada vez menos são – se alguma vez foram - "a boca que pronuncia as palavras da lei" de que falava Montesquieu. Por essa razão, a segurança e certeza do direito impõem que as leis sejam as mais perfeitas possível, a fim de reduzir a margem de discricionariedade interpretativa.**

5. O processo psicológico conducente à formação da convicção em relação à matéria de facto e à própria opção quanto à controvérsia interpretativa das normas jurídicas é extremamente complexo, porquanto subjacente ao mesmo estão razões de ordem emocional, de formação humana, cultural e por vezes até ideológica.

A pura racionalidade de qualquer decisão é uma ilusão e um mito[7]. As decisões judiciais só porque são tomadas por um Juiz e a despeito da sua vinculação à lei não escapam ao condicionamento, ainda que porventura em muitos casos inconsciente, da personalidade e formação de quem tem o poder/dever de decidir.

O sistema não pode assim partir do pressuposto que o Juiz julga sempre os factos e interpreta a lei com o rigor e objectividade do "bonus pater familia".

O acto de julgar enquanto acto do conhecimento está sempre condicionado pela subjectividade inerente a qualquer actividade humana. **Mas tal subjectividade tem de ser controlada, a fim de que a livre convicção não se confunda com arbítrio.**

Por essa razão, e nomeadamente em matéria de facto, a lei tem de ser muito mais exigente quanto à fundamentação da convicção do que é actualmente. As partes têm de ser conven-

[6] Ver B.M.J. n.º 395 – p. 198 – O arguido, Magistrado de Profissão, afirmou que o Ministério Público era um "cão a quem o Estado pagava para ladrar quando é preciso", tendo-o Tribunal da Relação absolvido com o fundamento na não existência de dolo específico.

cidas que a apreciação dos factos correspondeu à avaliação que uma pessoa normalmente experiente e inteligente faria dos mesmos de acordo com as regras de plausibilidade.

A lei deveria impor que o Tribunal fundamentasse as decisões, esclarecendo e justificando, facto a facto, a razão pelo qual o mesmo foi, ou não, provado, com a indicação do meio probatório em que se baseou o juízo e, no caso da prova testemunhal, extractando as passagens do depoimento ou depoimentos que conduziram à formação da convicção. Em caso de contradição entre depoimentos, a lei deveria impor que o Tribunal esclarecesse, com rigor e precisão, por que razão optou por um dos testemunhos em detrimento do outro.

O património, o bom nome e muitas vezes a liberdade dos cidadãos não se compadece com perspectivas dogmáticas de infalibilidade que não existem: a única forma de minimizar o risco de erros é criar regras para potenciar ao mínimo a possibilidade da sua ocorrência.

É evidente que a maior exigência em matéria de fundamentação terá de ser acompanhada da criação de regras que claramente vinculem as Instâncias superiores ao exercício do dever de sindicarem a apreciação da matéria de facto, o que, evidentemente, terá de pressupor se não uma contingentação, pelo menos, uma diminuição do número de processos pendentes nos casos em que claramente tal se justifique.

Uma conclusão nos parece inquestionável. A Justiça, para não ser uma mera técnica de resolução formal de conflitos, tem antes de tudo ser certa e segura. Se, para além disso, puder ser célere, será o ideal. A celeridade não poderá, porém, constituir pretexto para sacrificar a certeza e segurança, nem é forçoso que assim suceda.

6. A imparcialidade é essencialmente um estado de espírito, pelo que a possibilidade de se criarem instrumentos legais que a assegurem será sempre relativa. Apesar disso, o ordenamento jurídico não pode renunciar a tentar criar regras que a garantam na medida e tanto quanto a mesma pode ser garantida.

O incidente da recusa não pode ser vulgarizado, mas também não pode, nem deve ser interpretado como um agravo, gratuito e desnecessário, feito ao Magistrado.

A ausência de imparcialidade não pode ser confundida com um processo doloso. Pode-se não estar em condições de se ser imparcial se por formação e factores de ordem emocional, psicológica e até ideológica, se tiver a objectividade condicionada ainda que ao nível do subconsciente.

A permeabilidade das decisões judiciais às influências da sociedade é um facto indesmentível. Bastará recordar, por exemplo, o que foi a evolução da jurisprudência em matéria do requisito da necessidade, para efeito da denúncia do contrato de arrendamento para habitação própria, para concluir que assim é.

Sistemas processuais existem em que um simples facto capaz de em abstracto poder comprometer essa objectividade constitui motivo de impedimento do juiz e consequentemente de fundamento para a recusa.

7. Nem o mais optimista dos optimistas ousará sustentar que é possível evitar que se cometam erros judiciários. Erros judiciários sempre existiram e sempre existirão porque errar é um risco inerente a qualquer actividade humana. A certeza dessa inevitabilidade não nos poderá impedir de tentar aperfeiçoar o sistema em ordem a diminuir as probabilidades disso suceder. Não se pode partir do pressuposto, nomeadamente ao nível da definição da matéria de facto, que o licenciado em direito que adquire o Estatuto de Magistrado passa a ter igualmente o "dom" da infalibilidade. O Magistrado, a exemplo do que sucede com o Advogado, o Médico, o Engenheiro ou qualquer outro profissional, pode errar.

Ninguém, em consciência, poderá ter a percepção exacta das deficiências do sistema ao nível dos erros de julgamento quer em matéria de facto, quer inclusivamente no plano das decisões de direito.

Uma solução para, sem ferir susceptibilidades, se poder fazer uma avaliação das eventuais fragilidades do sistema a esse nível, seria a de gravar um conjunto significativo de audiências de julgamento em vídeo e permitir que outro ou outros Magistrados apreciassem, de novo, a

[7] Como António Damásio demonstrou no " Erro de Descartes" a razão é inseparável da emoção e dos sentimentos.

matéria de facto e decidissem o direito no desconhecimento das decisões proferidas no processo.

Os resultados da comparação entre as decisões, deveriam ser registados apenas para efeito estatístico, pelo que a reapreciação da matéria de facto e de direito pelos Magistrados, não titulares do processo, seria de imediato destruída, a fim de não poder ser posta em causa a autoridade do caso julgado.

As conclusões de tal análise permitiriam fazer uma avaliação estatística, com rigor científico, da existência, ou não, de uma percentagem expressiva de decisões díspares e, consequentemente, da necessidade de se criarem instrumentos que façam diminuir a álea do sistema.

A Administração da Justiça é, antes de tudo, um serviço que o Estado está obrigado a prestar aos cidadãos. A Administração da Justiça só sairá prestigiada se se concluir que a álea do sistema é insignificante.

A competência para fazer a apreciação dos resultados deveria ser atribuída a um **Observatório Independente**, composto por personalidades com formação em áreas diversificadas , e cuja autoridade e prestígio científicos fossem inquestionáveis, a fim de que as conclusões reflectissem uma avaliação pluridisciplinar.

8. Referem alguns historiadores que o rei D. Pedro puniu o exercício da advocacia com a pena de morte[8]. A sensação que por vezes se tem é a de que o legislador actual tem o propósito de aplicar a pena de morte, não a quem exerce a advocacia, mas à própria profissão.

Paradigma disso é o que se tem passado com as "reformas legislativas" que têm vindo a ser realizadas e bem ainda com as que se anunciam.

A orientação de quase todas as alterações legislativas dos últimos anos tem sido a de transferir encargos e tarefas dos Tribunais para os Advogados.

Legisla-se cada vez mais e cada vez pior. A tarefa de quem tem como missão elucidar e aconselhar os cidadãos torna-se particularmente difícil. Lêem-se e relêem-se certos diplomas legais e só com muita dificuldade se consegue – quando se consegue – determinar aquilo que o legislador pretendeu exprimir.

Paradigma de texto legislativo equívoco é o Decreto – Lei n.º 38/2003, de 8 de Março que instituiu o novo regime jurídico da acção executiva e bem ainda os diplomas que o regulamentaram e completaram.

Dificilmente se poderia imaginar maior "babilónia legislativa". Imprecisão de conceitos, erros gramaticais, impossibilidade de concatenar a interpretação de algumas das normas, inexistência de um preâmbulo que, à falta da divulgação dos estudos preparatórios, possibilitasse a compreensão da vontade do legislador e facilitasse, consequentemente, a interpretação, são apenas alguns dos muitos reparos que podem ser feitos. Poder-se-á dizer que a reforma do processo executivo constitui um verdadeiro modelo de como não se deve legislar.

9. É normal haver uma certa resistência às mudanças. Mas aspectos há da reforma que são verdadeiramente incompreensíveis.

Não se percebe por que razão não poderão existir Advogados de Execução se, inexplicavelmente, se permitiu que os Solicitadores de Execução pudessem continuar a exercer normalmente a profissão e a praticar todos os actos para os quais actualmente têm competência, excepção feita ao exercício de mandato judicial no processo executivo onde exercem a função[9]– cfr. n.º 1 a) do artigo 120.º do Decreto – Lei n.º 88/2003, de 28 de Abril.

Não se percebe que razões existiram – a não ser de interesse corporativo - para se exigir o exercício da função de solicitador durante três anos como requisito para a inscrição como Solicitador de Execução e não se alargou essa possibilidade a quem tenha exercido a advocacia.

A experiência irá revelar se a reforma irá aumentar a eficácia da liquidação judicial dos bens dos devedores. Não há, porém, razões para se ser optimista. Os solicitadores de execução quererão, naturalmente, rentabilizar ao máximo o exercício da sua actividade, pelo que as estru-

[8] " As repercussões sociais da nossa universidade na Idade Média são capítulo que nunca se estudou. Há indícios de que foram mais importantes do que nos habituámos a pensar. Um deles é o facto de a revolta dos concelhos contra D. Dinis ter tido o seu mentor num Advogado muito eloquente, filho de um carpinteiro de Beja. Havia Advogados desde o princípio da monarquia: eram os vozeiros que emprestavam a sua voz aos que não se sabiam explicar diante dos Juízes. Mas na Universidade ensinava-se Direito e muitos dos antigos vozeiros passaram a ser verdadeiros advogados. Sabiam a lei e as tricas do processo e não deixavam os juízes decidir tão depressa como eles gostam. D. Pedro, o Justiceiro, achou que isto era «prolongar os feitos com maliciosas demandas e puniu com a pena de morte o exercício da Advocacia" – José Hermano Saraiva, História de Portugal, p. 120, 3ª edição.

turas que possuirão serão necessariamente limitadas. Não nos surpreenderemos, por essa razão, se o sistema se vier a revelar ineficiente.

10. Entre as reformas que se anunciam, contam-se a privatização do notariado, a criação de um novo regime de acesso ao direito e a reforma do código das custas que engloba o aumento significativo das taxas de justiça.

No que respeita à privatização do notariado tudo indica que se irá repetir o que sucedeu em relação aos Solicitadores de Execução. O acesso à profissão irá ser condicionado em termos de favorecer os actuais Notários.

Na prática, a função notarial dificilmente se circunscreverá à mera formalização de vontades negociais.

O Notário irá acabar por intervir e participar na formação da própria vontade dos contraentes, dando conselhos sobre a forma mais vantajosa de realizar os negócios, sugerindo soluções alternativas sobre a sua formalização e elucidando as partes sobre as normas legais pelas quais os negócios jurídicos se regem.

No que concerne à reforma do Apoio Judiciário anuncia-se uma solução que irá "funcionalizar" um conjunto de Advogados que serão contratados em regime de avença pelo Instituto do Apoio Judiciário e que potenciará os riscos de agenciamento ilegítimo de clientela. No fundo, numa altura em que se "sacraliza" o mercado, ir-se-ão criar, a exemplo do que sucede com os Médicos, os alicerces dos futuros "Advogados da Caixa de Previdência".

A garantia do acesso ao direito tem de constituir uma preocupação de um Estado de Direito. Mas, todos sabemos que a questão da qualidade dos serviços prestados no âmbito do Apoio Judiciário tem apenas a ver com o valor da remuneração paga ao Advogado Oficioso.

A actual solução tem a virtualidade de assegurar a rotatividade no exercício da função e de evitar o "nascimento" de esquemas, mais ou menos "ínvios", de angariação de clientes. **A qualidade dos serviços só depende de uma remuneração justa e minimamente compensadora dos serviços prestados, de modo a permitir um estudo atento e interessado do processo.**

11. O exercício da advocacia, designadamente nas comarcas de província de menor dimensão, vive, essecialmente, da cobrança de dívidas do pequeno comércio e indústria, da cobrança de dívidas de pequenos empréstimos, de partilhas, muitas das vezes extra judiciais, de compras e vendas de imóveis, de litígios no âmbito do direito de família e de acções de responsabilidade cuja fonte são acidentes de viação em que a insuficiência ecomómica dos lesados se presume.

Não será difícil adivinhar as consequências, no exercício da profissão, do facto de nas dívidas até ao valor da alçada da Relação ser apenas necessária a intervenção do Solicitador de Execução; de todas as partilhas extra-judiciais, compras e vendas e demais operações sobre imóveis passarem tendencialmente a ser orientadas e tratadas pelos Notários; e de os cidadãos – com a tendência que os portugueses em geral têm para se "dependurarem" em tudo quanto é público e gratuito – descobrirem que passaram a ter acesso aos Advogados Oficiosos, num regime semelhante ao dos Médicos dos Centros de Saúde.

Oxalá as nossas previsões pessimistas estejam erradas. Sempre entendemos o pessimismo como uma forma de "optimismo" bem "informado e realista", pelo que os factos irão, por certo, demonstrar que não nos enganamos.

Se a tudo quanto se referiu, se acrescentar o anunciado aumento em espiral das taxas de justiça, concluiremos que o Poder Político tudo tem feito para aplicar a pena de morte à profissão.

Junho de 2003

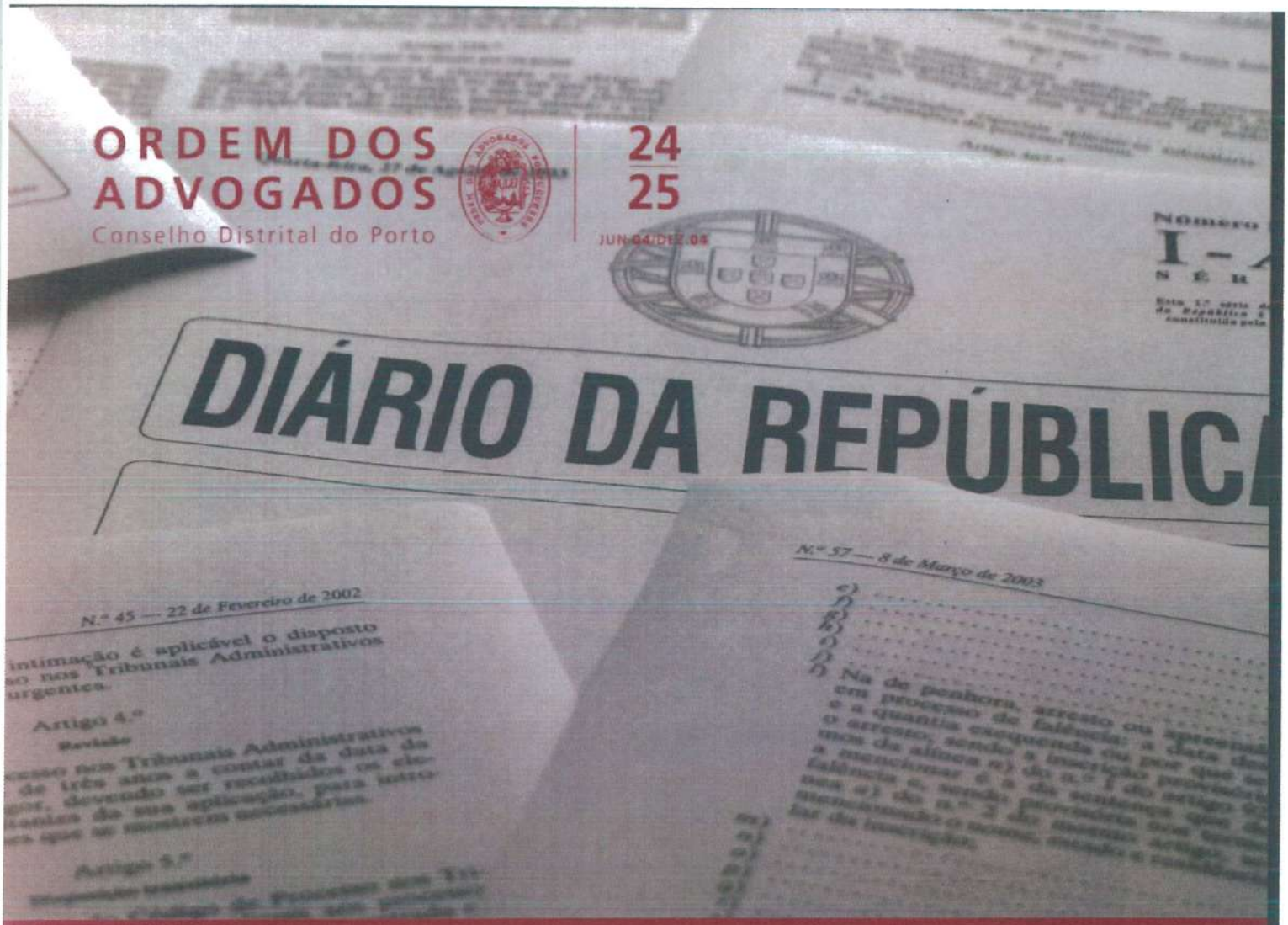
Joaquim Taveira da Fonseca

Joaquim Taveira da Fonseca

* Uma vez que é obrigatória a constituição de Advogado nas execuções de valor superior à alçada da Relação (cfr. n.º 1 do artigo 60.º do Código de Processo Civil), o impedimento é pouco mais do que teórico.

ORDEM DOS ADVOGADOS
Conselho Distrital do Porto

24
25
JUN 04/DEZ 04



REFORMAS LEGISLATIVAS:
TEMPO DE ANÁLISE E DE BALANÇO

- **ACTIVIDADE DO CONSELHO**
- **PRÉMIO** Dr. JOSÉ GUALBERTO SÁ CARNEIRO
- **TEMA DE FUNDO: REFORMAS LEGISLATIVAS**
  Novo Regime do Contencioso Administrativo I Nova Tributação do Património e seus Efeitos na Tributação do Rendimento I Subcapitalização societária e o regime do artigo 35.º do CSC 4.4 I Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas I Novo Código de Trabalho
- **DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA**
- **PARECERES DO CONSELHO DISTRITAL**
- **ELEIÇÕES**
- **ACÓRDÃOS DO CONSELHO DE DEONTOLOGIA**
- **IN MEMORIAM** Dr. VASCO AIRÃO

EDITORIAL

Se fosse possível determinar a "densidade" de normas jurídicas por habitante, Portugal teria seguramente uma das mais elevadas taxas do mundo. Os resultados dificilmente poderiam ser piores. A legislação é labírintica, complexa e não raras vezes contraditória e equívoca.
A Administração da Pública, apesar do "mare magnum" de normas que regulamenta a sua actividade, continua a ser desastrosamente ineficiente. O funcionamento da Justiça, não obstante as sucessivas reformas, dirigidas ao aperfeiçoamento do sistema, conduz, normalmente, na prática, a resultados frustrantes.

I - REFORMAS LEGISLATIVAS SOBRE REFORMAS LEGISLATIVAS: PARA QUÊ ?

Se fosse possível determinar a "densidade" de normas jurídicas por habitante, Portugal teria seguramente uma das mais elevadas taxas do mundo. Os resultados dificilmente poderiam ser piores. A legislação é labírintica, complexa e não raras vezes contraditória e equívoca.

A Administração da Pública, apesar do "mare magnum" de normas que regulamenta a sua actividade, continua a ser desastrosamente ineficiente. O funcionamento da Justiça, não obstante as sucessivas reformas, dirigidas ao aperfeiçoamento do sistema, conduz, normalmente, na prática, a resultados frustrantes.

O tema de fundo do presente número da revista tem por objecto a análise de algumas das reformas legislativas que têm vindo a ser feitas.

Em relação a algumas delas, já decorreu o tempo suficiente para se ensaiar um "balanço". E este não poderá considerar-se, de modo algum, positivo.

A Reforma do Código de Processo Civil de 1997, e todas as alterações que se lhe foram seguindo, traduziram-se numa diminuição de algumas das garantias das partes, de que a existência de apenas um grau de recurso em matéria de agravo é um exemplo, sem que, ao contrário do que o legislador de então anunciou, através das campanhas publicitárias cujo custo seria interessante conhecer, a prometida celeridade tenha aumentado: apesar de alguma coisa ter mudado, tudo, no essencial ficou na mesma. Os grandes objectivos prosseguidos pela Reforma não foram atingidos.

No que respeita aos resultados da Reforma da Acção Executiva, seria impossível conceber um consenso negativo tão alargado. A generalidade dos Magistrados, Advogados e Exequentes reconhece o que é uma evidência indesmentível. O grande objectivo prosseguido pela Reforma: aumentar a eficácia da cobrança judicial das dívidas não só não foi alcançado, como a realidade vem demonstrando que a situação piorou substancialmente.

A realização das citações, penhoras e, consequentemente, da liquidação dos bens é, de uma forma geral, muito mais demorada do que era possível conseguir antes da Reforma. E até os próprios Solicitadores de Execução vêm sendo forçados a admitir que os resultados da reforma têm sido uma desilusão, inclusivamente para os próprios, conforme as múltiplas desistências do exercício da função o vêm demonstrando.

A moda " da celeridade a todo o custo" e da "desjudicialização" dos processos, chegou também à nova legislação sobre a Insolvência e a Recuperação de Empresas onde se irá correr o risco de passar de um exagero ao outro: de uma legislação vocacionada para a recuperação " a outrance" da empresa, passamos para um modelo que se norteia pelo objectivo primordial da liquidação em benefício dos credores. Os credores irão, mais do que nunca, ser dominados pela tentação de instrumentalizarem o processo, transformando-o numa forma de "pressão" para obterem a satisfação dos seus créditos. A nova definição de insolvência irá permiti-lo, pois a lei não se refere à impossibilidade generalizada de cumprimento de obrigações vencidas, bastando-se com o mero incumprimento de algumas das obrigações. E a possibilidade de desistência do pedido ou da instância pelo credor até ao momento da sentença irá potenciar, de forma exponencial, o desvirtuamento do uso do processo - cfr artigo 21.º do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa

A nova legislação, relativa ao regime de Acesso ao Direito, constitui, em muitos aspectos,

um retrocesso em relação ao direito anterior: tendo em atenção o aumento exponencial das custas, considerar, como a lei o faz, que constitui um índice de suficiência económica, a existência de rendimentos superiores a dois salários mínimos nacionais, é um absurdo e um contra senso.

Para nem tudo ser negativo, forçoso é reconhecer que o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código do Processo nos Tribunais Administrativos constituem uma legislação invulgarmente cuidada e traduzem um esforço muito bem conseguido de modernização de leis anacrónicas que não acautelavam suficientemente o exercício dos direitos e garantias dos particulares perante a Administração.

Quanto ao novo Código de Trabalho, para além do mérito da codificação das leis avulsas que regulavam as relações laborais, não se vê que nada de essencial tenha mudado. É caso para se dizer que as expectativas criadas foram inversamente proporcionais ao resultado, pois a lei reproduz de uma forma geral o direito anterior, sendo, globalmente, as modificações pouco mais do que insignificantes.

II - ELEIÇÕES PARA OS ÓRGÃOS DA ORDEM

Em Dezembro haverá, mais uma vez, eleições. Será, como invariavelmente sucede, tempo para a discussão animada em relação a muitos dos assuntos que interessam à classe.

A assistência na doença e a fixação de pensões dignas para aqueles a quem o infortúnio atinge em idade jovem, deverão constituir um dos grandes temas de debate e de discussão.

A Ordem não pode despender grande parte das suas energias e recursos na formação que é um problema do Estado a quem compete dignificar os cursos e assegurar que os graus académicos conferidos pelas universidades têm uma efectiva correspondência com os conhecimentos possuídos pelo licenciado.

À Ordem competirá, quando muito, sindicar se esses conhecimentos existem, o que poderá ser feito de muitas formas e nomeadamente através de um exame de acesso. Não compete à Ordem estar a suprir as eventuais insuficiências de formação dos estabelecimentos de ensino com que o Estado vai contemporizando. Concederam-se alvarás sobre alvarás para a aberturas de Faculdades de Direito Privadas, sem cuidar de saber se as mesmas tinham docentes qualificados, se tinham políticas de formação de um corpo docente próprio, se investiam na sua formação e, finalmente, se o patamar de exigência na avaliação asseguraria que os conhecimentos dos licenciados tinham uma efectiva correspondência com o grau académico outorgado. Paralelamente, enquanto concedia alvarás para a abertura de novas Escolas, o Estado ia, contraditoriamente, aumentando a sua oferta e criando assim dificuldades aos Estabelecimentos de Ensino Privado que, funcionando de acordo com as regras de mercado, teriam de ter receitas que lhe permitissem investir na formação do corpo docente.

Trata-se de um problema que não é da Ordem. À Ordem competirá apenas assegurar aos cidadãos que os seus membros têm conhecimentos para exercer a função. E para a realização desse controlo, bastará um simples exame de acesso.

III - NOVO MINISTRO DA JUSTIÇA

Na altura em que escrevemos este editorial, acabou o Dr. José Pedro Aguiar Branco, Presidente do Conselho Distrital, de tomar posse como Ministro da Justiça.

Depois do que se passou com os seus antecessores é com grande esperança que, finalmente, vemos o Ministério entregue a alguém que conhece os problemas com que se debate a Administração da Justiça. Estamos certos que os Advogados e a Justiça em geral irão ter gratas recordações do Ministro. Quem o conhece não terá dúvidas de que assim sucederá.

Porto, 29 de Julho de 2004

Joaquim Taveira da Fonseca

Joaquim Taveira da Fonseca