



TOMO II

ÉTICA E DEONTOLOGIA JUDICIÁRIA
COLETÂNEA DE TEXTOS

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Com a publicação deste Tomo II – integrado por uma colectânea de textos sobre Ética e Deontologia Judiciárias – dá-se sequência à iniciativa de seleccionar, coligir e colocar ao dispor da comunidade jurídica e não só, um conjunto alargado de elementos documentais que permitam problematizar e compreender as diversas questões que se colocam naqueles domínios, e que reclamam a reflexão e a participação de todos nós.

A maioria dos textos integrantes deste volume estiveram na base das sessões que ministrámos, na qualidade de docente, no âmbito do 30.º Curso Normal de Formação de Magistrados Judiciais e do Ministério Público, ao longo das quais – munidos dos mesmos, dos correspondentes instrumentos nacionais e internacionais, de códigos de conduta e de decisões provenientes dos órgãos disciplinares, com base em exemplos retirados da vida, e do recurso, quando possível, a simulações – sempre tentámos realçar a crucial importância desta temática para o exercício independente, sério e justo, da profissão de magistrado, no âmbito de um Estado de Direito, onde os tribunais enquanto órgãos de soberania administram a justiça em nome do povo, de onde lhes advém a sua legitimidade. Foi também nossa preocupação, inserir textos que pudessem, nesse domínio, revelar alguns dos “passos” do nosso caminhar colectivo histórico, desde que, a partir de 25 de Abril de 1974, Portugal se tornou num país democrático.

Os demais textos provieram da pesquisa que entretanto fizemos, no sentido de conferir uma maior abrangência às matérias abordadas e de lhes conceder um cunho mais actualizado face aos novos desafios que a hodierna sociedade coloca ao exercício da magistratura, e de onde se destacam os respeitantes às relações dos magistrados no seio da sociedade, com a imprensa e no âmbito de organizações político-partidárias ou outro tipo de organizações.

Oxalá que o vasto acervo documental em que se decompõe a trilogia de que este II Tomo faz parte, possa servir os objectivos a que nos propusemos e que a Direcção do Centro de Estudos Judiciários entusiasticamente subscreveu.

Albertina Aveiro Pereira
Juíza-Desembargadora
Docente do CEJ

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

TOMO II – ÉTICA E DEONTOLOGIA JUDICIÁRIA – COLETÂNEA DE TEXTOS

Categoria:

Caderno Especial

Conceção e organização:

Albertina Aveiro Pereira (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ)

Autores dos textos:

Álvaro de Sousa Reis Figueira (Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça)

António Henriques Gaspar (Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça)

António Quirino Duarte Soares (Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça)

Carlos Manuel Ferreira da Silva (Advogado)

Eduardo Arala Chaves (Juiz Conselheiro do STJ; ex-Procurador Geral da República)

Francisco Vaz Antunes (Advogado)

Guilherme da Fonseca (Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça)

João Lobo Antunes (Professor Catedrático da Faculdade de Medicina de Lisboa)

João Paulo Dias (Sociólogo)

Jorge Almeida (Advogado)

Jorge Baptista Gonçalves (Juiz Desembargador – Tribunal da Relação de Lisboa)

Jorge F. Malem Seña (Professor da Universitat Pompeu Fabra-Barcelona)

José António Henriques dos Santos Cabral (Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

José Moreira das Neves (Juiz de Direito – Círculo de Ponta Delgada)

José Narciso da Cunha Rodrigues (Juiz Conselheiro; ex-Procurador Geral da República)

José Renato Nalini (Desembargador; atual Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Miguel Bettencourt da Câmara (Advogado)

Noémia Neves Anacleto (Advogada)

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado do Tribunal Supremo – Espanha; ex-vogal do Consejo General del Poder Judicial)

Philippe Abravanel (ex-Presidente da União Internacional de Magistrados)

Rui Silva Reis (Juiz de Direito - Tribunal Cível de Barcelos)

Sydney Sanches (Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal - Brasil)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes (Juiz de Direito, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ)

Joana Caldeira (Técnica Superior do Departamento da Formação do CEJ)

O Centro de Estudos Judiciários agradece as autorizações prestadas para publicação dos textos constantes deste e-book

Nota:

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico

ÍNDICE – TOMO II

I - ÉTICA. CÓDIGOS DE CONDUTA. FORMAÇÃO JUDICIÁRIA	9
• Ser, dever ser e parecer. Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta - <i>Álvaro Reis Figueira</i>	11
• Processo e Ética - <i>Carlos Manuel Ferreira da Silva</i>	33
• A formação do Juiz - <i>José Renato Nalini</i>	49
II - DEONTOLOGIA PROFISSIONAL	75
1. Independência, liberdade, responsabilidade e legitimação.....	75
• Legitimação do Poder Judicial - <i>Noémia Anacleto</i>	77
• A Deontologia do Juiz - <i>Philippe Abravanel</i>	93
• Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre condições externas e internas - <i>João Paulo Dias e Jorge Almeida</i> ..	107
• Estatuto do juiz, Garantias do cidadão. Da independência à Responsabilidade (itinerário de direito comparado) - <i>Álvaro Reis Figueira</i>	135
• A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário) - <i>Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara</i>	193
• A profissão de juiz - <i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	207
2. Deveres profissionais	227
• O dever geral e urbanidade nas relações entre advogados e magistrados - <i>Francisco Vaz Antunes</i>	229
• Relações entre as partes, os juízes e os advogados no Processo Civil Português - <i>Carlos Manuel Ferreira da Silva</i>	259
• Do dever de reserva dos juízes - breves considerações - <i>José Moreira das Neves e Rui Silva Reis</i>	275
III - O MAGISTRADO E A SOCIEDADE.....	303
• Ser Juiz Hoje - <i>João Lobo Antunes</i>	305
• O tempo judiciário e a qualidade da decisão - eficiência do sistema e eficácia da decisão - <i>António Henriques Gaspar</i>	315
• A Deontologia dos Juízes - <i>Eduardo Arala Chaves</i>	327
• O Processo Penal e os Media: algumas reflexões - <i>Jorge Baptista Gonçalves</i>	343
• Podem as "más pessoas" ser bons juízes? - <i>Jorge Malem Seña</i>	367

- O Magistrado, hoje: Exegeta ou "Arquitecto Social"? Crise e redefinição da identidade das magistraturas nas sociedades modernas - *José Narciso da Cunha Rodrigues* **395**
- O insustentável Peso do "Ser" e o "Mal-Estar"- *José Narciso da Cunha Rodrigues* .. **415**
- O juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça - *Sydney Sanches* **431**
- Cinco Estórias Exemplares - *António Quirino Duarte Soares*..... **443**
- IV - DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL..... 471**
- A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional - a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho - *António Henriques Gaspar* **473**
- Constituição e Jurisdição. Novos desafios e velhas questões - *José António Henriques dos Santos Cabral* **495**

NOTA:

Pode “clicar” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando no símbolo  existente no final de cada página, será **redirecionado** para o índice.

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
Versão inicial – 03/06/2014	

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

I – Ética. Códigos de Conduta. Formação Judiciária

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ser, dever ser e parecer. Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta



[Álvaro Reis Figueira]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ser, dever ser e parecer**Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta**

Publicado na Revista Subjudice, n.º 32, 2011, pp. 9 a 21

*“A mais altura mais tristeza, a mais consciência
mais sofrimento”
(Papini)*

É difícil encontrar, no complexo das disposições legais que desenham o conteúdo do estatuto do juiz, por mais afastadas que pareçam da função de julgar, algo que nada tenha a ver com o núcleo essencial dos seus deveres: o dever de ser imparcial, ou seja, a sua independência e respectivas condições de garantia: irresponsabilidade e inamovibilidade.

Tudo no estatuto tem a ver, directa ou indirectamente, com a imparcialidade e formas de a garantir¹.

Será talvez conveniente fazermos uma prévia arrumação de conceitos, para só depois verificarmos que a *deontologia*, mergulhando raízes fundas na moral e na ética, e sendo por isso de grande perenidade, tem, em termos de direito legislado, estreitas relações com a *disciplina*. Uma e outra dependem, na sua caracterização e extensões, do modelo em que os juízes se integram: forma de selecção e papel que lhes é reconhecido.

O objecto deste escrito é procurar descobrir o que explica o aparecimento de códigos éticos ou de conduta de magistrados (em especial juízes) em países tão diferentes como são os de “civil law” e os de “common law”. Questões laterais a esta, ainda que muito importantes, serão na medida do possível evitadas.

¹ Vem aqui a propósito a frase-ícone de Papini, que assim se adapta ao nosso tema: *mais poder significa mais dever, portanto, mais exigência. Mas mais dever também implica mais poder*. O que não pode haver é desequilíbrio, mais num dos termos e menos no outro: mais dever com menos poder ou mais poder com menos dever (o que se explicará melhor na sequência, a propósito dos contrapesos entre responsabilidade “política”, responsabilidade disciplinar e responsabilidade civil, hoje de grande acutilância em Portugal).

Ética, Moral, Deontologia

A Ética corresponde a uma concepção coerente e pessoal da vida: ela traduz-se numa exigência de sistematização de grandes princípios, originada muitas vezes por uma investigação metafísica (por exemplo, ética de Aristóteles, ética de Heidegger).

A Moral designa sobretudo as exigências veiculadas por uma sociedade ou uma cultura, num determinado momento histórico, mais ou menos interiorizadas pelos indivíduos que a integram, sendo por isso localizada no tempo e no espaço: a Moral corresponde aos costumes (“*mores*”) característicos de uma sociedade, de um povo, de um indivíduo.

No entanto, os costumes variam com o tempo e com os diferentes enquadramentos sociais. O objectivo da Moral é responder às questões do quotidiano: que devemos fazer, por que é que um acto é preferível a outro? A distinção entre o *Bem* e o *Mal* está na base da Moral.

Por seu turno, a Deontologia corresponde ao “código dos deveres”. Ela consiste na concretização dos deveres num plano mais específico: a Deontologia é a Ética e a Moral dos *papéis sociais* (de pai, de mãe, de filho, de cidadão, de autarca, etc.), entre eles os *papéis profissionais*.

Tem-se assistido nos últimos tempos a um grande interesse pela *ética aplicada* (a problemas de biologia, de medicina, de ecologia, de política, de jornalismo, etc.) e pela *ética das profissões* (médicos, advogados, magistrados, jornalistas, etc.), com o conseqüente aparecimento de códigos de conduta elaborados pelas respectivas profissões, em especial pelas profissões liberais ou equiparadas (as já acima referidas e mais, por exemplo, a dos notários).

Mas, como, quando se fala de Moral, facilmente se passa da *descrição* das condutas boas e das condutas más à *prescrição* das condutas boas e à *proibição* das condutas más, o que tudo se faz através da formulação de *normas* gerais e abstractas, passa-se na realidade do *valor à norma*, isto é, da *moral ao direito*. Por isso, se confunde frequentemente Moral com Direito, Deontologia com Disciplina.

Ser como se deve ser, e parecer como se é, é a chave da questão ética e deontológica.

Deontologia e disciplina

A *deontologia* define modelos de perfeição, que, porque são modelos de perfeição, não são alcançáveis por todos e não são por isso em geral exigíveis, não sendo conseqüentemente a respectiva inobservância passível de sanção; pelo contrário, a *disciplina* refere-se à violação de mínimos éticos (deontológicos), necessários à vida em sociedade e que por isso funcionam como instrumento de controlo social. Por isso, as normas de disciplina, tal como as normas penais,

sendo alcançáveis pelo comum das pessoas, e por isso delas em geral exigíveis, engendram responsabilidade (disciplinar).

A disciplina é o comportamento que *se exige*, e cuja inobservância por isso se sanciona; a deontologia é o comportamento a que *se aspira*, e que por isso não pode ser sancionado se não for atingido. A deontologia propõe modelos positivos de comportamento (o que se deve fazer em cada caso: condutas prescritas), desenhando o perfil do profissional perfeito. A disciplina invoca obrigações e deveres negativos (o que em cada caso se não deve fazer: condutas proibidas), por isso sancionáveis.

A disciplina e a deontologia não se confundem, mesmo quando, como frequentemente sucede, as normas de disciplina recebem no seu seio conceitos ou valorações éticas. O Estado nem sempre se interessa pela deontologia. Interessa-se à medida em que se passa de uma actividade sem especial relevo social para uma actividade com relevo social (por exemplo, os médicos, os advogados); e mais quando se trata de uma actividade inserida na estrutura organizativa do Estado (por exemplo, os magistrados). A estes níveis, o Estado cria códigos de disciplina (estatutos) e insere neles algumas normas imbuídas de princípios éticos (deontologia).

Em geral, as normas de disciplina consagram deveres éticos ao seu próprio nível, isto é, ao nível do direito positivo². Mas a disciplina não esgota a ética dos comportamentos.

A existência de códigos éticos ou de deontologia não garante que os comportamentos recomendados sejam sempre por todos obedecidos. Mas tem uma enorme vantagem prática: quem se comportar conformemente ao código ético, porque mais exigente que o código de disciplina, fica seguramente a respaldo de responsabilidade disciplinar.

A grande dificuldade na abordagem, a nível de direito comparado, do tema da *deontologia profissional dos juízes* reside em que existe uma grande proximidade (por vezes ambiguidade ou até confusão):

- a) nos países de “common law”, entre os conceitos de *deontologia profissional e responsabilidade “política” (“lato sensu”)*;
- b) nos países de “civil law”, entre os conceitos de *deontologia profissional e responsabilidade disciplinar*.

² Mas tem-se assistido, também no plano do direito positivo, à inserção de normas de conteúdo ético e deontológico, não no direito disciplinar, como seria lógico, mas no direito processual: é o caso por exemplo da consagração dos deveres de cooperação e de recíproca correcção na lei processual civil (art. 266, n.º 1 e 266-B do CPC), que deixam justificadas dúvidas sobre a consequência – disciplinar ou processual -da sua eventual inobservância. Tais regras teriam melhor assento num estatuto profissional ou num código deontológico que num código de processo.

Na realidade, sendo a Deontologia sempre “a ciência ou a teoria sobre o que deve ser feito no exercício de uma actividade profissional”, a forma como tem sido configurada e tratada a Deontologia profissional *dos juízes* depende do paradigma judiciário em que se enquadram, e muito especificamente: do tipo de intervenção que lhes é reconhecida e da forma como são seleccionados.

Aqui, dois paradigmas judiciários essencialmente se perfilam, cada qual desenhando o seu próprio modelo de judicatura³:

- a) o paradigma anglo-saxónico, que modela o chamado juiz-profissional (ou seja, um juiz oriundo de outra profissão, paradigmaticamente das profissões liberais, e pelos respectivos valores por isso ainda essencialmente pautado, nomeado ou eleito por critérios não exclusivamente técnicos, por um determinado período de tempo, embora *em princípio renovável*, e a quem é reconhecido um papel de criador de direito);
- b) e o paradigma europeu continental, de matriz napoleónica, que modela o chamado juiz-burocrata ou juiz-funcionário (ou seja, um juiz “de carreira”, seleccionado por concursos públicos, por critérios em princípio exclusivamente técnicos e em princípio por toda a vida activa, como a generalidade dos funcionários do Estado, regulado por um estatuto próprio e específico, mas que assume o estatuto dos funcionários públicos como direito subsidiário, e cujo papel é de aplicador do direito).

Sem embargo de estes dois modelos de juiz serem aqui desenhados como modelos “puros”, terem ambos evoluído e se encontrarem hoje reciprocamente permeados por valências próprias do outro, a classificação continua a ser de grande interesse didáctico.

E, se é certo que esta classificação pode suscitar equívocos, porque o juiz continental é claramente um profissional da judicatura, concebida esta como “carreira”, em princípio por toda a vida activa, tem a vantagem de vincar a origem e o conseqüente estatuto social e é correntemente adoptada pelos estudiosos do direito judiciário comparado⁴.

³ Ver: “Estatuto do juiz/garantias do cidadão. Da independência à responsabilidade (itinerários de direito comparado)”, em *“Colectânea de Jurisprudência”*, ano XVI, 1991, tomo II, 41 e seguintes, e “Sistemas políticos, paradigmas judiciários, modelos de magistratura”, em *“Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo”*, Braga, 2002, pp. 283 e seguintes. Bem como, mais recentemente, Paulo Rangel, *“Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos”*, 2001, pp. 161 e seguintes e Giovanni Verde, *“L’Ordinamento Giudiziario”*, 2003, pp. 91 e seguintes e 107 e seguintes.

⁴ O conceito de “profissionalismo” aqui utilizado, de raiz sociológica e inserido nas correntes antiformalísticas, encontra especial expressão nos EUA. A ideia de “profissão” surge como um mecanismo de controlo social e remete para os “papéis ocupacionais”, isto é, papéis em que os titulares exercem certas funções socialmente reconhecidas e através desse exercício a tempo inteiro ganham a sua subsistência (eufemismo de: fazer fortuna) e prestígio social. Entre os papéis ocupacionais revestem especial importância os papéis profissionais, caracterizados pela independência dos respectivos titulares, que constituem parte

Pensa-se que ao leitor português interessará saber o que se passa no Mundo, porque o que se passa no Mundo passa-se também em Portugal – ou mais cedo ou mais tarde irá passar-se em Portugal. E saber o que se passa no Mundo ajuda sempre a perceber o que se passa aqui. Por exemplo, o conflito que neste momento se vive em Portugal, entre Governo e Magistratura, e que se analisa na configuração desta como titular de um órgão de soberania (ou poder soberano), ou como um corpo especial de funcionários do Estado, no essencial equiparados aos funcionários públicos, é uma querela típica do modelo burocrático, que não se afasta muito da dicotomia juiz-profissional e juiz-burocrata e cujas chaves essenciais do problema se encontram todas na riquíssima literatura jurídica italiana dos últimos 30 anos.

Os modelos de juiz

a) Nos Países de “common law”

Nos países de “*common law*”, os juízes participam na formação do direito. São oriundos sobretudo das profissões forenses (“*barristers*”), dentre as quais são preferencialmente recrutados. A forma de selecção tem em conta a qualidade técnica e o prestígio adquirido no exercício de uma profissão (paradigmaticamente uma profissão liberal), mas também inequivocamente a ideologia de cada um. Por isso, se eles têm especiais deveres de imparcialidade em relação às partes no processo, não têm muito que zelar pela preservação de uma imagem de neutralidade em face das grandes opções políticas ou sociais, visto que a sua “marca” (origem e pertença) política foi um dos factores tidos em conta no momento da sua escolha. Há uma natural relação de confiança entre Poder e Justiça (donde resulta, entre outras coisas, que o Poder acarinha o estatuto sócio-económico dos Juízes e zela o enorme poder e prestígio de que desfrutam).

Daí que o paradigma (“*professional*”) em que se integram seja perfeitamente conciliável com a ideia de que a “*responsabilidade disciplinar*” é um problema “*interno*” da magistratura, problema que, como tal, cabe à magistratura resolver e regular, no plano deontológico.

Por isso, o Poder político não necessita de intervir legislativamente: com muita frequência, são as próprias ordens profissionais (corporações) que se encarregam de regular o exercício das respectivas profissões. Na Grã-Bretanha, de um modo absolutamente informal, através da figura tutelar do Lord Chancellor, nos EUA e na Austrália, designadamente através da elaboração de

importante da tradição cultural daquela sociedade (Pearson, citado por Giuliani e Picardi, em “*La Responsabilità del Giudice*”, 1987, pp. 199-210). O conceito de profissionalidade analisa-se em três parâmetros essenciais: 1) preparação finalizada para o exercício da profissão, 2) determinação de normas de conduta, 3) manutenção do prestígio da profissão.

“Códigos de Conduta”, frequentemente esboçados por associações profissionais de advogados. Esta a razão (inexistência, em princípio, de um direito disciplinar) do cedo aparecimento e grande importância dos códigos éticos ou de conduta em países de “common law”, geralmente elaborados por associações profissionais, de juízes ou até de advogados.

Também sob o *aspecto político*, os juízes de “common law” não têm que se preocupar especialmente com uma imagem de neutralidade: eles foram escolhidos porque é conhecida a sua pertença ideológica, por isso, o que se espera deles é precisamente que ajam de acordo com o que era esperado: o seu posicionamento em face das grandes questões políticas e sociais. Se eles frustrarem as expectativas, naturalmente não serão reconduzidos findo o mandato. Não há, portanto, imposições de natureza tipicamente disciplinar, mas, “*hoc sensu*”, “*política*”. Nem há responsabilidade civil, seja do Estado (“*the King can not be wrong*”, como se diz no Reino Unido), seja dos juízes (“*immunity from civil liability*”, como se diz em geral nos países de “common law”)⁵.

Importante é ponderar que nos países de “common law” (estamos a pensar especialmente na Grã-Bretanha, nos EUA, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia) os juízes provêm essencialmente da profissão de advogados e estes têm nesses países e dentro da sua própria classe, parâmetros de exigência muito altos. Por isso, a responsabilidade civil, do Estado ou do Juiz, é em princípio excluída; e, como os juízes foram seleccionados (eleitos ou nomeados, conforme) mediante critérios muito exigentes (e que nos países do continente por vezes se apelidam de *menos fiáveis* ou até de *obliquos* ⁶), o seu afastamento apenas se torna possível, em princípio, através de um procedimento muito pesado e de todo excepcional: o “*impeachment*” nos casos mais graves e o “*debate on address*”, nos menos graves – que não são, evidentemente, procedimentos de natureza disciplinar.

Nestes países, a responsabilidade disciplinar dos juízes é (pode ser) muito fluida, só em datas recentes começando a aparecer, em alguns estados, “conselhos judiciais” e formas ténues de responsabilidade disciplinar, ainda por muitos vistas com claro desagrado e alguma sobrançeria⁷.

⁵ O princípio da não responsabilidade civil é plenamente válido em Inglaterra para os “judges”, mas não inteiramente para os “magistrates”, que respondem em caso de “*excess of jurisdiction*”.

⁶ Giovanni Verde, “*L’ Ordinamento Giudiziario*”, 2003, 107.

⁷ Uma importante excepção à não responsabilidade disciplinar dos juízes norte-americanos foi introduzida no início dos anos oitenta, com a “*Judicial Council Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*”, que criou um controlo disciplinar interno sobre os juízes, salvo os do Supremo Tribunal. O “*Judicial Act of 1980*” apresenta características que no continente europeu não seriam aceitáveis: além de se não aplicar aos juízes do Supremo Tribunal, os ilícitos disciplinares são muito genéricos (“quando o juiz tenha tido uma conduta prejudicial à eficiente e rápida administração da justiça”, ou “quando seja incapaz de cumprir os deveres do seu ofício por incapacidade física ou mental”), indeterminação de sanções (podem ser aplicadas sanções

A exigência, sempre presente, de “*high standards of conduct*” e a constante preocupação de protecção da “imagem” do corpo profissional respectivo – a “imagem” como *metáfora* que se encontra na base da ética profissional⁸ – conduzem frequentemente a uma descrição demasiado generalista dos actos que constituem ilícito disciplinar e a uma grande indeterminação das sanções, o que tudo deixa margem a uma desconfortável insegurança.

Nos países de “*common law*”, a independência é assegurada sobretudo por regras sociais (diz-se que em Inglaterra a independência dos juízes é um dado cultural muito mais que um dado institucional...). Típico dos “*Code of Conduct*” anglo-saxónicos é versarem mais o controlo e preservação da imagem da própria corporação (a chamada “disciplina interna”), do que uma disciplina concebida como instrumento de organização hierárquica do poder (concepção “continental”).

Daí que a responsabilidade disciplinar praticamente não exista, ou não tenha a proeminência que encontra nos países de “*civil law*”, quer porque os parâmetros de qualidade (que doutro modo seriam aferíveis em sede administrativa ou disciplinar) foram já ponderados com rigor no momento da selecção (por eleição ou por nomeação), quer porque a ideia de disciplina não é coerente com a forma *de* escolha. Por isso, não tem que haver necessariamente uma responsabilidade disciplinar. O controlo não é disciplinar porque é (foi) “político”. Se o juiz não corresponder ao que dele se esperou, a solução plausível não é o seu sancionamento, mas a sua não recondução.

Embora a imparcialidade lhes seja imposta e a actividade política não lhes seja admitida, não têm os juízes de “*common law*” que zelar muito por uma imagem de neutralidade, pois é sabida a sua pertença ou proximidade ideológica e política. O que se espera deles é que ajam de acordo com ela.

Características próprias dos juízes de “*common law*” são, também e conseqüentemente, o discreto interesse pelo associativismo judiciário (frequentemente os juízes mantêm-se membros dos clubes a que já pertenciam enquanto advogados), a rejeição do sindicalismo e da greve, ou de simples reivindicações salariais (não precisam, quer porque o seu estatuto sócio-económico é zelado pelo Poder, quer porque muitos deles já enriqueceram como advogados).

diferentes das previstas no “*Act*”), e muito particulares trâmites processuais (cada “*Judicial Council*” pode estabelecer as suas próprias normas processuais, desde que no quadro do “*Act*”, o processo é inquisitório, não é público, as decisões não são impugnáveis). Ver Edward D. Re, “*Judicial independence, judicial discipline and removal federal judges in the United States*”, em “*L’Indipendenza della Magistratura Oggi – Judicial Independence Today*”, 1999, pp. 295 e seguintes.

⁸ Giuliani-Picardi, “*La responsabilità del Giudice*”, 1987, pp. 201 e 210.

b) Nos Países de “civil law”

Nos países de “civil law”, onde os juízes são profissionais de carreira, seleccionados em princípio entre recém licenciados, através de concursos públicos e por critérios exclusiva ou predominantemente técnicos (concurso público, curso, estágio), semelhantes aos demais funcionários do Estado, de que valências políticas ou ideológicas estão em princípio excluídas, o modelo chamado de juiz “burocrático” (ou de “juiz-funcionário”, na concepção weberiana), é perfeitamente coerente com a ideia de responsabilidade disciplinar do juiz, regulada directamente pela própria lei através de estatutos, e nunca por grupos profissionais através de códigos éticos ou de conduta.

Pode aqui haver, em certos casos, uma responsabilidade civil, mas em princípio é uma responsabilidade directa apenas do Estado para com o cidadão, pelo defeituoso funcionamento do “serviço público” da Justiça – embora excepcionalmente o Estado possa reservar-se (em apertados casos, para não ferir o princípio da independência, no cerne do seu corolário: a irresponsabilidade), acção de regresso contra o juiz. Pelo contrário, a responsabilidade disciplinar é típica dos países de “civil law”: a responsabilidade disciplinar é a forma como, num país de “civil law”, se molda ou plasma a responsabilidade chamada “política” (em sentido lato): não há responsabilidade política (mesmo “lato sensu”), nem em princípio responsabilidade civil, precisamente porque há responsabilidade disciplinar.

E, porque esta responsabilidade disciplinar é definida pelo Poder político através de leis, a independência (e sobretudo a chamada independência externa) é assegurada por normas jurídicas vinculativas e nunca por códigos deontológicos⁹.

Em países de “civil law”, o juiz não faz o direito, aplica a lei feita por outros: o juiz é mero executor da lei, tendo-se como adquirido que esta, no seu processo de feitura, já resolveu e plasmou todas as pulsões ideológicas ou sociais que havia a resolver. A magistratura é concebida como um corpo especial de funcionários, enquadrado numa “burocracia” (Weber). O que também se insere e conjuga com a transição, verificada em França, entre “*pouvoir judiciaire*” e “*service publique de la justice*” (Hauriou, Duguit). Por isso não há uma relação de confiança, mas antes por assim dizer uma relação de “natural” desconfiança, entre Política e Justiça (donde resulta, entre outras coisas, que o Poder “esquece” o tratamento sócio-económico dos Juízes: estes é que têm de providenciar por isso, gerando-se nessa área frequentes tensões entre ambos).

⁹ Quem pode ficar a perder, aqui, nos países de “civil law”, é a independência interna, frequentemente esquecida ou descurada, deslumbradas as pessoas como estão com as condições e garantias de independência externa.

Além do já dito a respeito da predominância da responsabilidade disciplinar sobre a responsabilidade civil, um sistema vasado no paradigma burocrático tende a privilegiar a antiguidade como critério de progressão na carreira e de promoção aos tribunais superiores, em princípio reservados aos juízes de carreira; admite a actividade sindical, pode inclusivamente tolerar o direito à greve.

Este modelo europeu continental (de juiz-burocrata ou juiz-funcionário) tem evoluído muito, pela ultrapassagem do positivismo jurídico e pelo conseqüente alargamento das funções cometidas aos juízes (controlo da constitucionalidade das leis, controlo da legalidade dos actos do governo e da administração, defesa dos direitos fundamentais, largas margens na interpretação das leis e na integração de lacunas, uniformização de jurisprudência, obediência também a leis supranacionais, etc.). Mas o assento básico, o alicerce fundamental e típico, que é o paradigma burocrático, continua o mesmo. Por isso, não se entende adequado que um juiz de “civil law” mostre ostensivas preferências por um determinado partido político ou movimento social especialmente marcante, ou que as exiba de forma pública. Aqui, o “parecer” vale pelo menos tanto como o “ser”. O juiz pode ter as suas preferências ideológicas, político-partidárias ou outras, como qualquer cidadão. Mas não *deve* exibi-las publicamente, nem (muito menos) dar a ideia *de* que *exerce* a sua função de acordo com elas: executor da lei, o juiz dá cumprimento aos valores legais (sem embargo, naturalmente, de a sua cultura ser uma das componentes da muito larga margem *de* interpretação e integração da lei e liberdade de decisão *de* que desfrutam). O juiz deve ser neutral *em* relação aos conflitos sociais e zelar uma imagem de neutralidade, precisamente porque a sua obediência é em exclusivo à lei e como tal importa que seja visto. Daqui o simbolismo da toga: negra, isto é, sem cor. Não é apenas uma questão de imagem (ao estilo “corporativista” do modelo profissional), é sobretudo uma substancial questão de confiança: os juízes administram justiça em “nome do Povo”, pelo que têm sempre de merecer e nunca trair a confiança do Povo. A administração da justiça em “nome do Povo” não pode ser reduzida a uma ficção jurídica (“*fictio juris*”)¹⁰, ou mera figura *de* retórica, visto que tal administração da justiça *em* nome do Povo é por vontade do Povo e *em* obediência exclusiva à lei e às instituições que o mesmo Povo criou através dos seus representantes eleitos; e tem a densidade democrática de significar que os juízes não administram a justiça em nome *de* um vago Soberano, ou de uma maioria eleita (mesmo que absoluta), mas no de toda a Comunidade que os investiu *nessas* funções. Os juízes não são garantes apenas dos direitos, liberdades e garantias individuais, cabendo-lhes também a defesa dos direitos das minorias. A administração

¹⁰ Como Vital Moreira e Gomes Canotilho escreveram em 1993, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, 1993, p. 791, em anotação ao então artigo 202 (hoje art. 205), mas, ao que se sabe, não renovada em trabalhos posteriores.

da justiça em nome do Povo e *em* submissão exclusiva à Lei são a fonte e o farol do estatuto do juiz e de todos os seus deveres éticos¹¹.

Segundo a velha tradição, não existem aqui códigos de conduta ou deontológicos, mas sim leis (estatutos), que definem os deveres dos juízes em termos de disciplina; normas, por isso, vinculativas.

Nas leis dos países de “civil law”, as condutas proibidas são descritas nos Códigos Penais e nos Estatutos Judiciários (e por vezes nos códigos de processo), muito mais que em códigos de conduta, e são *em* princípio iguais para todos os cidadãos.

Os Estatutos Judiciários dos países de “civil law” são leis, por isso sempre vinculativos.

Acentuam, não directamente o valor imparcialidade (que se divisa só a propósito dos impedimentos e frequentemente nos códigos de processo), mas directamente o valor independência (externa) e seus corolários: irresponsabilidade e inamovibilidade. Valorizam muito mais os requisitos da independência externa do que os requisitos da independência interna ou da conduta “moral” dos juízes – ao contrário dos códigos de conduta dos países de “common law”, que acentuam mais as incompatibilidades e as suspeições (deveres dos juízes para com as partes) que as condições de independência externa (relações com os restantes órgãos de soberania ou outros poderes fácticos).

Prescrevem e regulam a responsabilidade disciplinar (embora a tradição seja de descrição atípica do ilícito disciplinar, a mais recente tendência, ainda pouco convertida em lei, é, como diremos, para abandonar descrições genéricas e adoptar descrições típicas) e deixam a porta

¹¹ A exigência de uma legitimação democrática, de tipo representativo como a eleição, para o exercício de poderes soberanos pelos juízes, só teria sentido se estes exercessem as suas funções por critérios políticos ou se tivessem poder para criar direito. Como isso não sucede em Portugal, a legitimação democrática reside, por um lado, em que toda a matéria de organização judiciária, incluindo a selecção dos juízes e seu estatuto, é, por força da Constituição, reserva da Lei (e esta concebida como a última e mais lídima expressão da vontade popular); e, por outro lado, também por força da Constituição, em que apenas à Lei os juízes devem obediência. E, complementarmente, pela composição ecléctica do CSM, onde têm assento vogais designados pelos Órgãos de soberania oriundos directamente da vontade popular: PR e AR. O seu estatuto de independência e a imediação directa do juiz à Lei, tudo por força da Lei, constituem o mais substancial título legitimador, sendo outro o seu dever de motivar. Sobre o importante tema, ver, na literatura portuguesa: Figueiredo Dias, “Nótulas sobre temas de direito judiciário”, em “*Revista de Legislação e Jurisprudência*”, ano 127 (1995), pp. 354 e ss., Paulo Rangel, “*Repensar o Poder Judicial*”, citado, 2001, pp. 157 e ss.; Orlando Afonso, “*Poder Judicial (Independência in Dependência)*”, 2003, pp. 49 a 62, e Maria de Fátima Mata-Mouros, “A fundamentação da decisão como discurso legitimador do poder judiciário”, em “*Boletim Informação e Debate*”, órgão da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 4.ª série, n.º 2 (2003), pp. 109 a 123.

aberta à responsabilidade civil, embora esta seja em princípio uma responsabilidade directa apenas do Estado: a acção de regresso é sempre excepcional¹².

A definição do ilícito disciplinar é nos países de “civil law” levada a efeito através de normas muito amplas e vagas, “fattispecies” abertas, de conteúdo assaz impreciso. Assim, no direito português: “factos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos deveres profissionais, e actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam, incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções” (art. 82 do EMJ)¹³. No direito italiano, “il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che compromette il prestigio dell’ordine giudiziaria” (art. 18 do Decreto Legislativo n.º 511/1946). No direito francês, “tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l’honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire” (art. 43 da “Loi Organique Relative au Statut de la Magistrature”: Ordonnance n.º 58-1270, de 22/12/58).

São tudo fórmulas “abertas”, de conteúdo impreciso, que fazem muito mais apelo à *imagem do magistrado* e ao *prestígio da classe* do que à forma concreta do exercício da função.

Fórmulas herdadas ainda da matriz napoleónica, de que, ao que sabemos, só a Espanha se tem desprendido, nun1a muito louvável tentativa de tipicização; aí, o ilícito disciplinar encontra-se exaustivamente tipicizado (ou tipicizado o mais exaustivamente possível), através de três grandes categorias (faltas muito graves, graves e leves), conceitos estes depois perfeitamente, ou o mais perfeitamente possível, definidos na respectiva espécie (art. 416, 417, 418 e 419 da Lei Orgânica do Poder Judicial, n.º 6/85, de 01/07), não se encontrando conceitos vagos, corporativos ou elitistas, como se encontram nas leis francesa, italiana ou portuguesa¹⁴.

¹² Já se tem dito, preto no branco, que a cobertura dos riscos pelo Estado é o preço (modesto) que o Estado paga para continuar a manter controlo (disciplinar) sobre os juízes: Vincenzo Vigoriti, “Le Responsabilità del Giudice”, 1984, 58. Portanto, compensação entre (maior) responsabilidade disciplinar e (menor) responsabilidade civil, como a forma de equilíbrio estatutário que permite assegurar a independência.

¹³ O facto de o Estatuto Disciplinar dos Funcionários da Administração Central Regional e Local (DL 24/84, de 16/01) ser direito subsidiário em matéria disciplinar – art. 131 do EMJ – ajuda bastante, apesar da especificidade das funções do Juiz em face das dos funcionários administrativos: a maior parte dos deveres gerais destes (art. 3 do DL 24/84) são também deveres gerais daqueles, mas os deveres de obediência e em certa medida de lealdade têm um âmbito bastante diferente, dado o dever primacial de independência. Também o estatuto dos magistrados do MP apresenta especiais particularidades, que em muitos aspectos o aproximam do dos juízes.

¹⁴ No entanto, detecta-se ainda no direito disciplinar espanhol uma nota muito característica do paradigma burocrático: são consideradas faltas graves ou leves, conforme sejam ou não ostensivas, as faltas de respeito para com os superiores na ordem hierárquica. Por outro lado, de ser a falta leve, grave ou muito grave depende também a competência para a aplicar. Portanto, temos em Espanha, ao lado de um notável esforço

A tradicional definição do ilícito disciplinar através de fórmulas vagas e imprecisas, comporta necessariamente maior risco e diminuição de garantias para o magistrado inculpaado.

Mas tal risco é ainda potenciado pela concorrência de outro factor, também aqui tradicional: o exercício da acção disciplinar não é obrigatório, não obedece ao princípio da legalidade, mas facultativo (embora decerto não arbitrário), obedece ao princípio da oportunidade. Donde, o sistema permitir violações do princípio da paridade de tratamento: quando os limites entre lícito e ilícito são esfumados, o exercício de poderes disciplinares segundo critérios de oportunidade pode comprometer a certeza do direito e o valor da paridade de tratamento; preenchida a mesma “fattispecie” disciplinar, poderá num caso haver procedin1ento disciplinar e noutro não. Mas, a acção disciplinar obrigatória também apresentaria graves inconvenientes, como o de sujeitar um magistrado a procedimento disciplinar apenas com base em meras denúncias, queixas, tantas vezes infundadas e motivadas apenas por interesses de parte ou mesmo puras vinganças, ou pela intenção de o pressionar. Na presença de uma denúncia verosímil, a chave da solução está na instauração de processo de averiguações ou de inquérito, findo o qual o CSM instaura procedimento disciplinar, se houver real fundamento para isso, ou arquiva o processo de averiguações, no caso contrário. Penso que esta é a política do CSM português.

Por outro lado, o sistema disciplinar português tem nítidas vantagens sobre o italiano e sobre o francês, pois não há nele interferências do Executivo (nem do Ministro da Justiça, nem do PGR) sobre o CSM: o exercício da acção disciplinar depende de decisão apenas do CSM. Em Itália, o procedimento disciplinar, naturalmente que da competência do CSM, abre-se por iniciativa do PGR ou do Ministro da Justiça e tem uma estrutura baseada no processo penal: embora o órgão de decisão seja a secção disciplinar do CSM, é o MP quem instruí e acusa, o que é altamente criticável, e efectivamente muito criticado em Itália, dada a aplicação aqui do princípio da oportunidade¹⁵. Em França, o PR preside ao CSM e o Ministro da Justiça é o seu Vice-Presidente, embora nem um nem outro integrem o CSM quando se trata de exercer a acção disciplinar quanto a juízes.

Em Espanha, o órgão competente em matéria disciplinar depende de a falta ser leve (Presidente do Tribunal respectivo, ou do Tribunal Superior respectivo), grave (sala de governo do Tribunal respectivo), ou muito grave (Comissão Disciplinar do Conselho Geral do Poder Judicial [CGPJ]). O procedimento abre-se por iniciativa do próprio Órgão ou a pedido do ofendido, em virtude de ordem judicial superior ou por iniciativa do Ministério Fiscal (MP). O que

de tipicização do ilícito disciplinar, ainda uma consistente impostação burocrática no que toca ao processo disciplinar relativo a faltas leves e graves.

¹⁵ Giuliano Scarselli, “*Ordinamento Giudiziario e Forense*”, 2004, pp. 100-104.

tem justificadamente sido objecto de críticas, até porque o CGPJ espanhol não é isento de penetração político-partidária.

Quando as fórmulas legais definidoras do ilícito disciplinar são muito amplas, muito genéricas, deixando praticamente em branco os respectivos conteúdos (*“prestígio da ordem judiciária”, “falta aos deveres da função”, “frustração da confiança que devem merecer”,* etc.), é sobretudo aí (Portugal, França, Itália) que ganham razão de ser os códigos éticos ou de conduta. Na sua falta, a “jurisprudência” das secções disciplinares dos conselhos da magistratura desempenha uma função integradora de enorme importância. E é assim que em França e em Itália (e agora também em Portugal) os respectivos Conselhos Superiores da Magistratura publicam as decisões das suas secções disciplinares, designadamente na Internet (casos da França e da Itália), através da publicação integral das mesmas (naturalmente que com ressalva dos nomes das pessoas envolvidas), ou de resumos dos conteúdos das mesmas (*“máximas”*). Ver www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapportsannuels/ e www.csm.it/quaderni. Estas publicações funcionam naqueles países como referenciais da maior importância para a conduta dos juízes.

Esta é a política recomendável, pois “o juiz, para o cabal desempenho da sua função, deve cultivar, e ser estimulado a cultivar; em permanência, determinadas virtudes (a que já se chamou de *judiciais*), quais a verdade, a coragem, a lealdade, a prudência, a contenção, a discrição, todas elas funcionais do seu dever de independência e imparcialidade. A grande maioria dos juízes portugueses angustia-se diariamente com problemas de ética profissional.

Falta-lhes, porém, uma tábua de comportamentos referenciais mínimos, que vá para além do seco regime disciplinar a que estão submetidos: separação entre vida pública e vida privada, incompatibilidades, limites à liberdade de expressão, tratamento dado aos intervenientes processuais, etc.

A maior parte das questões de disciplina tratadas no CSM, ao que julgo saber, terão mais a ver com éticas comportamentais que propriamente com disciplina. Ora, a deontologia é uma parte da ética, não se confundindo com disciplina, que é uma parte do direito positivo”¹⁶.

O aparecimento de códigos de conduta

O aparecimento de códigos éticos ou de conduta, devido naturalmente à constatação de que regras de comportamento elaboradas pelas próprias categorias profissionais, seriam por elas

¹⁶ *“Interrogações à justiça”*, Coimbra, 2003, 160

mais fácil e espontaneamente observadas, começa a verificar-se na América do Norte nos anos setenta e na Europa nos anos noventa¹⁷.

E é assim que, em 1973, aparece nos Estados Unidos um *“Code of Judicial Ethics”* (ou *“Judicial Conduct”*), proposto pela *“American Barristers Association”* (ABA) e pela *“American Bar Foundation”*; em 1990, um *“Model Code of Judicial Conduct”*, adoptado pela *“House of Delegates of the ABA”*; em 1996, o *“Code of Conduct for the United States Judges”*, elaborado pela *“Judicial Conference of the United States”*. Foi editado em Março de 1997 pelo *“Committee of Codes of Conduct”*, da *“Judicial Conference of the United States”*.

O *“Code of Conduct”* americano é composto por sete cânones ou grandes princípios: 1) os juízes devem preservar a integridade e a independência do Judiciário, 2) devem evitar comportamentos incorrectos (*“impropriety”*) ou que aparentem ser incorrectos, em todas as suas actividades, 3) devem desempenhar as suas funções profissionais de forma imparcial e com diligência, 4) podem desempenhar actividades extrajudiciais com o objectivo de aperfeiçoar as leis, o sistema legal e a administração da justiça, 5) devem regular as suas actividades extrajudiciais de forma a minimizarem os riscos de conflito com o exercício das suas funções, 6) devem regularmente apresentar relatórios sobre compensações e reembolsos por eles recebidos por estudos jurídicos feitos ou actividades extra-judiciais desempenhadas, 7) os juízes devem abster-se de actividades políticas.

Cada um destes cânones é seguido de grandes princípios, complementados por comentários.

Como se vê, os primeiros códigos de conduta nos EUA têm origem *“profissional”* e só o terceiro natureza legislativa, embora de inspiração profissional. Quando nos Estados Unidos o Poder Legislativo tomou uma iniciativa nesta matéria (1980: *“Judicial Council Reform and Judicial Conduct and Disability”*, de que já falámos), fê-lo com extrema cautela, confiando essa tarefa a um órgão composto só por magistrados: o *“Judicial Council”*.

Por outro lado, foram nos EUA criadas comissões encarregadas de velar pela aplicação dos princípios éticos contidos no *“Code of Conduct”*, donde resultou estar a nascer um poder disciplinar susceptível de substituir o pesado procedimento do *“impeachment”* como processo de remoção de juízes; criados foram também comités consultivos vocacionados para responder

¹⁷ No entanto, tem-se feito notar que a codificação de regras de conduta, se apresenta caras vantagens como referencial de comportamentos e conseqüente garantia para os juízes, também importa alguns riscos. Com a evolução dos costumes, comportamentos hoje censuráveis do ponto de vista ético podem não o ser amanhã, da mesma forma que no futuro podem aflorar novas formas de ilícito, hoje ainda não configuradas: conforme o conhecido adágio, a regra mata: *“the rule kills...”*.

às dúvidas sobre a regularidade deontológica de comportamentos, que os juízes necessitem de lhes submeter.

Também no Canadá (1998), o *“Canadian Judicial Council”*, inspirando-se no *“Code of Conduct”* americano e com o apoio das associações de juízes e de advogados, aprovou um documento designado *“Ethical Principles for Judges”*, ou *“Princípios de Déontologie Judiciaire”*, composto de seis capítulos, correspondentes a grandes temas (independência, integridade, diligência, igualdade, imparcialidade), a propósito de cada um dos quais se formula um enunciado e vários princípios, a que se segue um comentário. *“A publicação dos Princípios de Deontologia judiciária é a mais recente de uma série de medidas destinadas a ajudar os juízes a cumprirem as suas pesadas responsabilidades. Os princípios são enunciados de forma concisa mas cobrem um largo leque de espinhosas questões de deontologia com que, de forma concreta, os juízes se confrontam nas suas actividades no seio da comunidade. Além disso, estes princípios permitem melhor perceber o papel do juiz na sociedade e os dilemas éticos com que ele frequentemente se depara”* (do Prefácio).

Estes princípios, em cuja elaboração expressa e intencionalmente se recusou a ideia de que se trate de um *“código disciplinar”*, e onde se acentuam sobretudo as qualidades *morais* que os juízes devem ter, não são vinculativos, mas dão preciosas sugestões para os comportamentos diários.

Outro importante Código de Conduta encontramos na Austrália: o *“Guide to Judicial Conduct”*, publicado em 2002, pelo *“Australian Institute of Judicial Administration Incorporate”*, para o *“Council of Chief Justices of Australia”*.

Aí se sublinha que a confiança do público nos Tribunais é sustentada pela conduta ética dos juízes: dos juízes se exigem determinados standards de comportamento, tanto dentro como fora do Tribunal, bem como que manifestem sentimento de honra e que imponham público respeito pela sua profissão. O *“Guide to judicial Conduct”* pretende ser um guia prático de condutas em referência a situações concretas: honestidade intelectual, respeito e observância da lei, condução prudente de assuntos financeiros, diligência e cuidado no desempenho dos deveres judiciais, discrição nas relações pessoais, nos contactos e nas actividades sociais. Na prática, o último destes pontos é o que cria mais dificuldades: é imperativo que os juízes evitem situações, públicas ou mesmo da sua vida privada, que possam razoavelmente causar menos respeito pela sua profissão ou dúvidas sobre a sua imparcialidade, tanto em casos presentes como mesmo futuros, como frequentemente sucede, por exemplo, quando ocorrem, ou podem suscitar-se, conflitos de interesses.

Igualmente na África do Sul encontramos um *“Code of Conduct”* (1993), composto de dezassete breves regras, mas aqui de dimensão e importância bastante mais modestas e diferentes entre si.

Também em alguns países de “civil law” se começa a revelar um movimento de codificação dos comportamentos éticos, através da publicação, pelas associações de juízes, de códigos éticos ou de conduta, que possam funcionar como referencial de comportamentos.

O “*Codice Etico*” italiano surge-nos, em 1994, como o primeiro código de conduta em países de “civil law”, mas que, em substância, segue o estilo continental: as condutas descritas estão muito mais próximas da ideia de defesa da independência externa do juiz e dos direitos dos cidadãos do que da ideia de defesa da imagem e da corporação. Contém normas bastante desenvolvidas, mas não comentários. Depois de consagrar como valores e princípios, na vida social, os da dignidade, da correcção (“*correttezza*” é um conceito muito mais amplo que “*correcção*”), da sensibilidade pelo interesse público, e, no desempenho das respectivas funções, o desinteresse pessoal, a independência e a imparcialidade (artigo 1.º), o código ético italiano desenvolve esses conceitos e adequa-os a situações mais concretas: relações com os cidadãos e os utentes da justiça, o dever de operatividade e de actualização, a proibição da utilização de informações obtidas no exercício das funções para fins não institucionais, relações com os meios de comunicação, adesão a associações, dever de correcção, conduta (do juiz e do MP), deveres do dirigente.

São, a nosso ver, mais lei (“*rule of law*”) que deontologia, mais Direito (“*law*”) que Ética.

No entanto, o “*Codice Etico*” não tem força obrigatória. Interessante e muito significativo é notar que em Itália o Decreto do Parlamento (Decreto Legislativo n.º 29, de 03/02/93), que confiou às associações profissionais (neste caso a associação dos juízes) a elaboração de um código ético, mesmo que não vinculativo, foi já acusado de inconstitucional por violação de reserva *de lei*, na medida em que permite que associações profissionais intervenham na definição da conduta dos juízes, acusação que levou a sublinhar (e valorizar) o carácter não vinculativo das respectivas normas.

Códigos éticos no Continente europeu existem já em Itália (1994), na Suécia, na Eslovénia (2001), na Polónia, na República Checa, na Eslováquia (1994), na Lituânia, na Estónia e na Croácia. E, nos restantes países ainda de incidência civilística (“civil law”), no México (Estado Federal, Distrito Federal e Estados federados do México e de Puebla).

Portanto, há nos países do continente europeu, e genericamente nos países de “civil law”¹⁸, uma recente tendência para a progressiva publicação de códigos éticos ou de conduta, a exemplo da tradição anglo-saxónica. Salvo o caso da Suécia, o surgimento de códigos de conduta em países de “civil law” parece estar historicamente relacionado com o facto de se tratar de

¹⁸ Na América latina encontram-se fenómenos de “mestiçagem”, ou de “tropismo”, entre os dois modelos: tratando-se aí, sobretudo, de culturas de raiz portuguesa e espanhola, portanto de matriz “civilística”, são em muitos aspectos permeados pela influência dos EUA.

países em que, em dado momento do seu evoluir histórico, se sentiu a necessidade de realçar o princípio democrático e de sublinhar que a independência dos juízes é um sinal da sua adesão aos princípios democráticos: Itália em 1945, Portugal em 1974, Espanha em 1978, países do leste europeu depois de 1989.

Em países de “civil law”, sobretudo se aderentes ainda à tradição da não tipicização do ilícito disciplinar, como são a generalidade deles, a alternativa à elaboração de códigos de conduta, é a publicação da “jurisprudência” dos CSM em matéria disciplinar.

Outra particularidade interessante é que o carácter vinculativo, ou não vinculativo, dos Códigos de Conduta, onde eles existem, não depende necessariamente de terem origem corporativa ou legislativa. O “*Code of Conduct*” norte-americano, com origem legislativa mas com larga influência profissional (corporativa), tem carácter vinculativo. Os “*Ethical Principles for Judges*”, do Canadá, apesar de elaborados pelo “*Canadian Judicial Council*”, não têm carácter vinculativo. O “*Codigo Etico*” italiano, elaborado pela “*Associazione Nazionale Magistrati*” ao abrigo de uma autorização parlamentar, não tem carácter vinculativo.

O mesmo sucede com o “*Code of Judicial Ethics*” da Eslovénia, elaborado pela associação de magistrados.

O “*Code of Conduct for the United States Judges*”, dos Estados Unidos, os “*Ethical Principles for Judges*”, do Canadá, o “*Guide to Judicial Conduct*”, da Austrália, e o “*Code of Judicial Conduct*”, da Eslovénia, são compostos de pequenos enunciados de grandes princípios, acompanhados de explicações, desenvolvimentos e exemplificações da maior importância, cuja leitura recomendamos vivamente ao leitor interessado. O dos EUA pode ler-se em www.justiceintheworld.org/issue n.º 10, o do Canadá em www.cjc-cem.gc.ca e o da Austrália em www.aiia.org.au/onlinepub/GuidetoJudicialConduct. O código de conduta da África do Sul pode ler-se também em www.justiceintheworld.org/issue n.º 10.

O “*Codice Etico*” italiano encontra-se publicado em *Documenti Giustizia*, 1994, n.ºs 7 e 8, em “*Deontologia Giudiziaria*”, AAVV, coordenado por Ricciotti e Mariucci, Cedam, Pádua, 1995, bem como em “*Codice dell'Ordinamento Giudiziario (a cura di Franco Fiandese e Ippolito Parziale)*”, segunda edição, Giuffrè, Milão, 1996. Pode ler-se também em www.justiceintheworld.org/ n.º 10. Uma tradução portuguesa encontra-se na “*Colectânea de Jurisprudência*”, ano XX, 1995, tomo III, 9.

A mesma preocupação ética e deontológica se tem verificado a nível da internacionalização da respectiva problemática.

Assim, depois de em 1985 as Nações Unidas terem aprovado os “Princípios Fundamentais Relativos à Independência da Magistratura”, foi a vez de o Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovar, em 1994, a Recomendação R (94) n.º 12, sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes. Também o Conselho Económico e Social da ONU aprovou recentemente (2002)

um conjunto de princípios, conhecido como “*The Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002)*”, onde se encontram contidas as mais importantes regras de conduta dos juízes e onde se referenciam inúmeros códigos de conduta existentes em outros tantos países, designadamente da Ásia. O Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, do Conselho da Europa, pronunciou-se sobre os “*Bangalore Principles*” no sentido de que a eventual violação das regras de conduta ali enunciadas não podem motivar sancionamento disciplinar.

Também a União Internacional de Magistrados, depois de ter ensaiado, através dos seus grupos europeu e ibero-americano, estatutos referidos àquelas áreas mundiais, condensou os princípios ali encontrados e, em 1999, aprovou um “Estatuto Universal do Juiz” (www.justiceintheworld.org), em que se contêm algumas normas de índole ética, voltando a ocupar-se de novo desta importante temática, através da sua 1.ª Comissão de Estudos, que, na sua reunião anual de 2004, se debruçou especificamente sobre “os princípios de deontologia judiciária e sua aplicação”: relatório geral e conclusões em www.iaj-uim.org. Finalmente, em data muito recente (Maio de 2005), a Conferência de Procuradores Gerais da Europa adoptou as “*European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors*” (chamadas “Linhas Directivas de Budapeste”), onde expressamente se consigna que “estas linhas directrizes não são vinculativas para os MP nacionais, mas devem ser consideradas princípios gerais geralmente aceites pelos membros do MP no exercício das suas funções, na medida em que fornecem orientações a nível nacional no que diz respeito a comportamentos éticos e conexos”. Podem ler-se em www.coe.int/prosecutors.

A importância da casuística

Em matéria de deontologia, a formulação de grandes regras de conduta é necessária, mas está longe de bastar. Só caso a caso se pode avaliar se, num determinado contexto, uma certa conduta é eticamente admissível ou não. Por isso, os Códigos de Conduta dos EUA, do Canadá, da Austrália e da Eslovénia, que já referimos, acabam por ser mais importantes pelos comentários que formulam a propósito da máximas que contêm, do que propriamente pelas máximas que contêm, algumas bastante generalistas.

Como já se disse, os juízes portugueses, na falta de um código de conduta, angustiam-se quotidianamente com problemas e dúvidas de natureza deontológica, alguns sem verdadeiro recorte disciplinar, e que o seco Estatuto lhes não resolve – os mais frequentes de entre eles parecendo situar-se na esfumada fronteira entre vida privada e vida pública, com a conseqüente dificuldade em saberem se os seus comportamentos pessoais são ou não socialmente adequados; entre o dever de reserva ou de segredo profissional e o direito de liberdade de opinião e expressão de pensamento, “maxime” a candente delicadeza das relações com a

comunicação social; entre o dever de diligência e de dedicação exclusiva e o direito de exercerem actividades extra-judiciais, de natureza assistencial, cultural, científica, docente, desportiva, etc.; entre o dever de julgar e as muitas incompatibilidades legais e éticas que perfilam diversos conflitos de interesses; o tipo de relacionamento com os outros “operadores” judiciários ou outros intervenientes processuais, como os advogados, as partes, as testemunhas, os intervenientes acidentais; a utilização para fins diversos da fundamentação das decisões; o exercício de cargos políticos por juízes no activo e posteriores dificuldades no regresso às funções judiciais, etc.

É todo um universo de hipóteses e de dúvidas.

Em jeito de conclusão

Parece assim poder concluir-se que, em países de “common law”, o surgimento de códigos éticos ou de conduta se deve primacialmente à origem “profissional” dos juízes e subsequentemente à inexistência de um direito disciplinar; ou, onde ele já existe, à total indefinição do ilícito disciplinar. Ao passo que, nos países de “civil law”, o aparecimento de códigos de conduta se deve, sobretudo, à existência de um direito especificamente disciplinar, mas com tradicional indefinição do ilícito; e encontra alternativa na publicação da “jurisprudência” disciplinar dos conselhos superiores da magistratura.

A ideia de “nova profissionalidade”, ou *de* “profissionalidade forte” – que faz insistente apelo a maior rigor na selecção e a melhor formação profissional (técnica e prática), a mais exigente deontologia, mais rigor disciplinar, e conseqüente maior prestígio da função (mais *da junção* que da classe), – e que tem nos últimos trinta anos sido reclamada pelos juízes de “civil law”, com semelhanças mas também afastamentos do modelo dito profissional, é peça fundamental de dignificação do estatuto do juiz, encarado como esteio e garantia dos direitos dos cidadãos, no quadro de um Estado de Direito. O maior prestígio da classe, evidentemente desejável, não é o objectivo imediato da nova profissionalidade, mas resulta necessariamente, por natural acréscimo, do maior prestígio da função e da forma como é exercida.

Mas também, por outro lado, é bastante evidente que o desenvolvimento de novas formas de responsabilidade civil (traduzidas, por exemplo, no alargamento das hipóteses de responsabilidade ou das condições para o exercício da acção de regresso), num país vazado essencialmente no paradigma burocrático, em que o controlo coerente e típico é a responsabilidade disciplinar, pode quebrar o equilíbrio estatutário e ferir o valor constitucional da independência, absolutamente essencial num estado de direito, no seu coração garantístico, que é precisamente o princípio da não responsabilidade civil.

Como escreveram Giuliani e Picardi, e continua neste momento de dramática actualidade, “a classe política tenta hoje recuperar um arranjo de poderes com vantagem para o legislativo e o executivo, através de uma utilização alternativa do clássico instrumento da *responsabilidade civil*. A magistratura visa, pelo contrário, encontrar uma solução dos problemas colocados pelo novo papel do juiz *em termos de* profissionalidade, que parece tolerar apenas uma forma de *responsabilidade disciplinar interna*”¹⁹.

(Setembro de 2005)

¹⁹ Ob.cit.,p.197.

Processo e Ética



[Carlos Manuel Ferreira da Silva]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Processo e Ética*

Publicado na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, 1999, pp. 1081 a 1096

I. O bom sistema de justiça

Ao iniciar a minha intervenção neste painel, as minhas primeiras palavras são necessariamente para agradecer o honroso convite para nele participar. Mas o que mais importa ainda é felicitar a organização pela escolha deste tema: *Processo e ética*.

Na verdade, se ninguém porá em causa que a todo o processo, a todo o sistema de justiça deve presidir uma ideia de ética, não é menos certo que muitas vezes isso é, no dia-a-dia, esquecido.

A multiplicação de normas, a sua agregação em Códigos, acabaram por se transformar num sistema tão vasto e complexo que a preocupação dos teóricos e práticos vem a centrar-se em problemas técnicos de interpretação e de harmonização de algum modo se esquecendo o princípio último que é a sua conformação ética.

No entanto, na ciência processual ultrapassou-se há muito a fase que via o processo como um agregado de formas de carácter eticamente neutro – a ética diria apenas respeito ao direito de fundo a aplicar e não às próprias regras processuais.

Neste momento, mesmo sem lhe fazer expresso apelo, são claras preocupações éticas que estão por detrás da generalidade dos temas em que hoje se centra a ciência processual, p.ex.:

- o acesso à justiça;
- o combate à morosidade;
- a tutela dos interesses difusos e colectivos;

* Intervenção no painel “Processo e ética” do XX Congresso Nacional Argentino de Direito Processual realizado em San Martin de Los Andes de 5 a 9 de Outubro de 1999.

As intervenções foram divididas em três partes nas quais se procurou responder às seguintes interrogações:

I – Quais são os pressupostos éticos envolvidos num “bom sistema de justiça”?

II – Quais são as exigências éticas básicas que são requeridas pelo “bom juiz” e pela “boa magistratura”?

III – Quais são os requisitos éticos indefectíveis que se perfilam ao “bom advogado” e à “boa advocacia”?

- o recrutamento e formação dos protagonistas processuais: juízes e advogados.

Porém, não obstante a ciência processual estar hoje já dominada pelo desejo da concretização efectiva dos valores, na sociedade imperam outras linhas de força que conflituam com a ética:

- No plano do Estado, é a racionalização da sua actividade apenas com base em critérios económicos, do tipo custo/proveito, próprias até há bem pouco tempo apenas da iniciativa privada, esquecendo-se que os direitos fundamentais, nomeadamente o de obter justiça, não tem preço;
- No plano individual, é a lógica exclusiva do sucesso, com desconsideração dos meios para o atingir.

É, pois, cada vez mais necessário continuar a pensar a ética, falar da ética, regressar à ética.

E neste sentido que a escolha do tema deste painel foi extremamente feliz e oportuna.

A evolução do direito no seu conjunto tomou possível que as preocupações éticas deixassem de ser eminentemente teóricas para se tomarem direito vivo.

E o seu assento privilegiado - deixando de lado os tratados internacionais que não vamos considerar - são as Constituições.

A Constituição deixou, de facto, de conter apenas as regras relativas à mera organização do Estado para passar a dar guarida à enumeração cada vez mais exaustiva dos direitos fundamentais nas suas mais diversas vertentes. Mas a Constituição não pode bastar-se com o elenco dos direitos fundamentais devendo necessariamente preocupar-se com a sua efectividade. Nesta sede, os tribunais desempenham um papel último e decisivo.

Daí que tenham que ter assento constitucional todas as regras básicas que garantam:

- o combate à morosidade;
- o acesso de todos e cada cidadão aos tribunais, como direito a uma protecção jurisdicional eficaz e temporalmente adequada;
- que a cada direito possa corresponder a sua efectivação através dos tribunais;
- que o processo seja equitativo, o *due process of law*.

Uma intervenção de 10 minutos não me permite analisar todos os requisitos para que um sistema garanta o acesso aos tribunais e o processo equitativo.

Apenas quero acentuar que um sistema ético começa na Constituição de cada Estado e está estritamente dependente dela.

Mas não se basta com uma Constituição perfeita nas suas estatuições.

A conformidade moral de um sistema afere-se não pelas normas mas pelo que ocorre no plano dos factos, pois, na verdade, onde há uma norma, gera-se o desvio e um sistema ético exige uma atenção constante a esses desvios.

Não resisto a dar um exemplo.

Creio que neste momento todos os países medianamente desenvolvidos procuram garantir aos desprovidos de meios económicos o não pagamento de despesas judiciais e o patrocínio por advogado. O problema deixou de ser, para os mais desfavorecidos, não tanto o do acesso à justiça em termos absolutos como o da igualdade das partes.

De facto, há que curar de que o beneficiário da assistência judiciária disponha, nomeadamente, de um advogado tão competente e empenhado como o da parte contrária.

Esta questão remete para o pagamento do advogado oficioso.

Em Portugal, numa primeira fase, o advogado oficioso não era remunerado. Neste momento, existe uma remuneração pelo Estado segundo uma tabela bastante abaixo da que um advogado aplicaria no seu escritório, o que acarreta que os advogados não estejam muito interessados nas nomeações oficiosas e que sejam designados maioritariamente advogados estagiários, logo menos experientes e sabedores.

Há também a suspeita ou a possibilidade de que os advogados oficiosos se não empenhem tanto como nos seus casos particulares.

Parece, assim, ser uma exigência ética do sistema que os advogados oficiosos sejam remunerados como se estivessem a cobrar livremente de um cliente particular, o que seria o único meio de assegurar uma verdadeira igualdade das partes.

Ora, parece que, em alguns países, onde os advogados oficiosos são remunerados pelo Estado conforme conta que apresentam como a um cliente normal, isso acarretou que, p.ex., num divórcio simples com assistência judiciária se deduzissem todos os incidentes e recursos, acabando sempre o processo no Supremo Tribunal, ao contrário do que normalmente acontece nos casos sem assistência judiciária. Quer dizer, o sistema ideal – ético – de remuneração dos advogados oficiosos introduziu uma distorção, um resultado não ético – mais do que a solução expedita, consensual do caso que é o que interessa, sobretudo em direito de família, o que passou a procurar-se foi a radicalização de posições de forma a engordar os honorários.

Parece útil referir este caso para acentuar que a procura da ética é um trabalho que jamais estará completo, exigindo uma preocupação e uma atenção constante pois, repete-se, a ética, em última análise, afere-se, no concreto, no resultado prático e não na abstracção da norma.

P. ex., a Constituição Portuguesa prevê no seu art. 20.º que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável”.

Mas que interessa esta norma perfeita na sua formulação se todos os dias se constata que os processos pelas mais diversas razões se arrastam nos tribunais por anos e anos e, em enorme percentagem, de tal maneira que a decisão final acaba por carecer de efectividade – o credor quando obtém o reconhecimento do seu crédito já faliu por não ter logrado a cobrança em tempo útil, a indemnização de um dano moral já não é recebida por quem sofreu a dor mas pelos seus herdeiros ...

A propósito da ética efectiva do sistema, julgo ainda útil afastar uma ideia que parece ser comum a muitos operadores judiciários e até a estudiosos da ciência processual, a de que a resolução dos problemas do sistema de justiça passa exclusivamente pelo Código de Processo Civil, pela marcha do processo.

P.ex., na Disciplina Direito Processual Civil normalmente, pelo menos em Portugal, estudam-se apenas as normas do C.P.C.

Na verdade, de um ponto de vista estritamente prático isso é imprescindível mas hoje a conformidade ética do sistema, a meu ver, já não passa tanto pelo C.P.C. como por uma correcta organização dos tribunais e pelo número e qualidade dos operadores judiciários.

As questões que um C.P.C. resolve estão já geralmente equacionadas de uma forma, não final – a procura da ética não acabará nunca –, mas satisfatória. É o caso, p.ex.:

- da igualdade processual das partes;
- do princípio do contraditório;
- da resolução do caso com recurso à verdade material;
- da conformação do processo segundo os direitos fundamentais;
- da necessidade de fundamentação dos actos processuais;
- da supressão de condicionantes indevidas para que se profira uma decisão sobre o fundo (p.ex., em Portugal, um processo não prosseguia sem que estivessem pagos os impostos relativos ao contrato que se pretendia tomar efectivo, obstáculo claro ao acesso à justiça que só há dois anos se suprimiu).

O que não está resolvido são, fundamentalmente, parte dos problemas de acesso aos tribunais e, acima de todos, o da morosidade.

Ora, a solução efectiva destes problemas passa mais do que pelas normas do C.P.C., pela Organização Judiciária, a qual por sua vez está dependente dos recursos que o Estado afecta à justiça.

Nomeadamente, os tribunais tem que estar perto das pessoas, das partes e das testemunhas, a sua inserção geográfica tem que ponderar o efectivo acesso de todos à justiça.

E o número de juízes tem que ser de molde a que os processos obtenham solução em tempo útil pois, como dizia D. Duarte, um rei português dos alvares do Séc. XV: “Aqueles que tarde vencem, ficam vencidos”.

Creio que o meu tempo se esgotou.

Não era possível abordar todas as exigências de um sistema de Justiça ético.

Optou-se por acentuar algumas ideias, a saber:

- a necessidade de uma constante referência ética;
- a Constituição é a sede ideal para a enumeração dos requisitos éticos do sistema;
- a ética não se afere na generalidade da norma mas no seu resultado, na sua concretização prática;
- a solução dos défices éticos passa hoje mais pela Organização Judiciária (número e localização dos tribunais, quadro e formação de juízes ...) do que pelas normas do C.P.C.

II. O bom juiz e a boa magistratura

Durante muitos anos em Portugal a magistratura permaneceu intocada e incontestada.

Creemos que fundamentalmente por três factores:

1.º – A tradição histórica: a função de julgar era uma emanção da soberania e exercida por delegação do Rei, a supremacia e incontestabilidade do Rei mantinha-se nos seus delegados;

2.º – A neutralidade da função e a sua passividade: bastaria assistir à exposição das razões pelas partes e depois decidir; neste contexto, uma única qualidade lhe seria exigível, a independência;

3.º – A autonomização dos juízes, a sua não organização, o que implicava que não assumissem posições comuns e que se um juiz era “mau”, esse desvalor individual se não estendesse ao conjunto.

Todos estes factores se alteraram:

1.º – Se a função de julgar continua a ser uma manifestação de soberania não é menos, sobretudo no que concerne à justiça cível, um serviço público: os cidadãos requerem uns contra os outros e sejam reconhecidos os seus direitos, cada vez mais, massivamente, e exigem que esse reconhecimento e a sua efectivação seja pronta e correctamente exercida; a justiça passa a ser uma prestação de serviço equiparada, p.ex., aos serviços de saúde;

2.º – Ao juiz deixou de ser exclusivamente cometido o mero papel de árbitro, irresponsável pelo resultado dos pleitos, cumprindo-lhe descobrir a verdade material e sendo responsável quando tal não acontece;

3.º – Os juízes organizaram-se sindicalmente, obtiveram uma situação de quase autogoverno, só por si próprios são controlados; hoje, existe uma classe organizada, a existência de um mau juiz, de vários maus juízes é uma responsabilidade da classe, da magistratura, repercute-se sobre toda ela.

Por outro lado, o funcionamento da justiça deixou de ser conhecido apenas de uma minoria – que cada vez é menos minoria – de cidadãos que a ela recorrem para estar sob o escrutínio constante dos meios de comunicação social.

Neste contexto não faz hoje qualquer sentido que ao juiz se não dirijam rigorosas prescrições éticas, que a ética dos juízes não seja estudada ou objecto de atenção, como acontece infelizmente em Portugal, como se pudesse pensar-se que para que exista um bom juiz basta que obedeça à lei.

Se o exercício ético de uma profissão se bastasse com a conformidade com normas técnicas, também, p.ex., os advogados não estariam sujeitos em todo o mundo a regras deontológicas extensas e exigentes sendo bastante que ao bom advogado se prescrevesse que exercesse as suas funções conforme dispõe o C.P.C., nada mais se lhe exigindo.

Ora, no Estatuto dos Magistrados Judiciais – refiro-me sempre a Portugal – o que se encontra é a enumeração de uma série de regalias, muitas delas puros privilégios e quase nenhuma regras de base ética. A excepção estará apenas na fixação de incompatibilidades e, p.ex., na proibição de actividades político-partidárias de carácter público. Mesmo a independência que devia estar prevista como um imperativo, um dever, acaba por surgir, aqui até na decorrência da Constituição, como uma garantia.

Não queria mostrar-me negativo para com a magistratura, até por ser um tipo de abordagem que em nada pode contribuir para resolver os problemas da justiça.

No entanto, sobretudo para defesa dos próprios magistrados, é certo que há que alterar o seu posicionamento no sistema e a primeira das tarefas nesse sentido será precisamente a elaboração de um Código Ético ou ao menos de um conjunto alargado de regras éticas a que a magistratura judicial se deve submeter, para esclarecimento dela própria e do conjunto dos cidadãos.

Por felicidade tive acesso a um excelente trabalho do nosso Colega Rodolfo Luis Vigo, também participante neste painel, intitulado “Algunas exigências actuales de una ética judicial” que enumera catorze exigências éticas para os juízes. Não saberia fazer melhor. No mínimo, é uma base de trabalho indispensável.

Por falta de tempo, destacaria aqui, apenas três pontos.

1.º – O primeiro é a de que o trabalho de um juiz não é simplesmente aplicar a lei. Isso seria fácil, uma mera operação de lógica, quase um computador o poderia fazer.

O que ao bom juiz cumpre é fazer justiça no caso concreto.

Isso implica muito mais que aplicar automaticamente a lei, pode quase implicar interrogar a lei. E implica que o juiz não se baste com os factos que as partes lhe trazem – no que podem falhar, p.ex., por incompetência ou desatenção do advogado, por falta de meios para conseguir prova – antes se empenhe activamente, seja qual for o esforço ou o tempo que isso lhe custe, na descoberta da verdade material. Creio que ainda se não descobriu melhor sentença que a de Salomão e certamente não aplicava a lei nem se alheava – antes procurava – a descoberta da verdade.

Há-de, pois, estabelecer-se como regra ética que ao juiz cumpre fazer justiça no caso concreto, regra que não cumprirá se aplicar a lei da maneira mais simples e imediata de forma a ter menos trabalho, ou se aplicar da maneira mais segura, menos contestável para que não venha a ter problemas que, p.ex., lhe afectam a evolução na carreira.

2.º – Também o juiz tem que banir do seu comportamento qualquer resquício de autoritarismo, vício esse que ocorre com alguma frequência. O juiz tem a direcção do processo e dentro dele amplos poderes. Mas o processo é um trabalho de colaboração, só com a participação plena do juiz, advogados, partes, testemunhas, peritos e até terceiros (p.ex. entidades públicas detentores de certas provas) poderá chegar-se à melhor decisão. Por isso a Nova Reforma do Processo Civil Português estabeleceu o princípio da colaboração nestes precisos termos:

“Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

Este princípio universal de cooperação, estendido aos magistrados, substituiu-se a um anterior dever de colaboração apenas dirigido às partes que só a elas cumpria.

Neste sentido tem ainda relevância o novo dever de recíproca correcção, também agora estabelecido, nos termos do qual “todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correcção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade”.

Também este dever de urbanidade, como eticamente se impunha, se estendeu agora ao juiz sendo que, na situação anterior, só existia da parte dos advogados, previsto no respectivo Estatuto.

3.º – Finalmente, é um imperativo ético que deixe de vigorar a regra da irrestrita irresponsabilidade dos juízes pelas suas decisões.

É um tema muito delicado mas que tem que ser afrontado.

Deixamos apenas a ideia, não a podemos desenvolver.

Vou, antes, passar a uma matéria ainda mais delicada e que é a da organização da magistratura, o seu possível auto-governo.

Em Portugal, chegou-se a uma situação em que há um auto-governo de facto e em que até já houve um auto-governo de direito – a maioria dos membros do Conselho Superior da Magistratura, órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial, chegou a ser, constitucionalmente, de juízes.

Ora, salvo melhor opinião, não convém aos juízes terem um auto-governo. Num país em que a magistratura não é eleita, falta-lhe na origem legitimidade democrática.

A esta incontestável falta de legitimidade não pode acrescentar-se a inexistência de controlo externo pois só ele pode conferi-la.

A falta de controlo pode conduzir aos piores vícios: em Portugal, p.ex., há inspecção do trabalho dos juízes mas é feita por outros juízes: o resultado tem sido que a quase generalidade dos juízes é classificada de Muito Bom ou Bom com distinção, o que é absurdo; por outro lado, a responsabilidade disciplinar ou não se exerce ou não é efectiva: um juiz acusado de factos gravíssimos pode manter-se em funções, durante um processo que se arrasta, p.ex., por mais de dez anos ...

Sustentou-se que o autogoverno da magistratura é uma condição da sua independência, mormente face ao governo. Podia, de facto, parecer que assim era. Mas, hoje, já se tornou claro que, se é certo que desaparece a eventual dependência face ao executivo, a dependência de cada juiz face à cúpula da sua organização torna-se real.

Em Portugal, os juízes estão sindicalmente organizados, o preenchimento dos lugares no Conselho Superior da Magistratura faz-se por eleição. Naturalmente, nestas eleições tem papel decisivo o grupo que lidera a organização sindical. Ora, p.ex., poderá algum juiz manifestar independência face a esse grupo, às ideias que ele sustenta? Não, pois é esse grupo que, ao fim e ao cabo, classifica os juízes, que lhes possibilita a progressão na carreira e o acesso aos tribunais superiores!

Temos por certo que não pode haver autogoverno da magistratura, como condição ética para o seu correcto desempenho.

A magistratura não pode assumir-se nem aparecer como uma casta, separada da sociedade, risco que está a correr.

O tempo esgotou-se. Sinteticamente, apenas a enumeração de algumas ideias explanadas:

- Deve, em paralelo com o que acontece para os advogados, haver um código deontológico mínimo, vertido em lei, para os juízes;
- A verdadeira função do juiz é fazer a justiça nos casos concretos e não, quanto aos factos, assumir uma posição passiva, e, quanto ao direito, aplicá-lo de forma automática, optando pela solução mais simples ou menos controversa;

- O juiz não deve em momento algum assumir uma posição autoritária, sendo que a solução de um processo deriva de um trabalho de cooperação entre todos os envolvidos, é o resultado do diálogo e não de um acto de autoridade;
- O juiz tem que ser responsável pelos seus actos;
- A magistratura não pode autogovernar-se, a legitimidade democrática que falta aos juízes na nomeação e progressão na carreira tem que ser-lhe dada por um controlo externo efectivo.

III. O bom advogado e a boa advocacia

Já vimos que não existindo, ao menos com força de lei, regras éticas para os juízes, sucede o contrário com os advogados.

Apenas a título de reforço desta ideia, saliente-se que o Estatuto da Ordem dos Advogados prevê para os Advogados:

- 15 incompatibilidades
- 7 deveres para com a comunidade
- 8 deveres para com a própria Ordem
- 11 deveres para com o cliente
- 7 deveres para com outros advogados
- deveres para com os julgadores, etc.

Por detrás de cada um destes deveres encontra-se certamente uma regra ética.

Não é possível abordar cada um dos deveres. Certamente a maioria deles tem validade universal.

Outros, porém, integram-se na tradição nacional ou até de família jurídica – são, p.ex., próprias da *civil law* (por oposição à *common law*).

Num mundo em acentuada globalização penso que se devia procurar suprimir as regras de conduta que não são universais e que por isso não integram um património ético comum e que, talvez por isso mesmo, acabam por ser com muita frequência desobedecidas.

É o caso, p.ex.,:

- da proibição de qualquer publicidade;
- da proibição da quota litis;
- da proibição de o advogado falar com as testemunhas (em Portugal, até recentemente,

a jurisprudência da Ordem ia mesmo no sentido que o advogado não podia falar com a testemunha, antes da audiência, ainda que apenas lhe aconselhasse que dissesse a verdade...).

Não há qualquer vantagem e é mesmo nefasto no que concerne a imperatividade que subjaz a qualquer norma que se saiba que a mesma é desobedecida no dia-a-dia.

E as proibições referidas são contestáveis. P.ex., se é certo que o advogado não pode "ensinar" à testemunha o que deve dizer, para além do que ela sabe, talvez seja inerente a uma boa defesa do cliente e à obtenção da justiça do caso concreto, que o advogado possa avaliar da prova de que dispõe de forma a poder com mais rigor, p.ex., aconselhar uma solução conciliatória ou a evitar que a verdade material se não descubra por errada escolha da prova testemunhal, etc.

No que concerne à proibição por lei da quota litis, neste momento, as organizações de defesa do consumidor defendem a sua revogação, sustentando que a quota litis é a única forma de interessar os advogados nas acções de defesa de interesses difusos e colectivos.

Assim, é certo que a proibição absoluta de falar com as testemunhas, a proibição da quota litis, a proibição de qualquer publicidade, não só não se praticam como não são sentidas pela comunidade e pelos advogados como regras morais.

Ora, o Estatuto da Ordem dos Advogados deve conter apenas as grandes regras éticas incontestáveis e não subnormas de concretização pois estas, na prática, se umas vezes funcionam, outras tantas vezes, na sua aplicação, produzem resultados contraditórios com a intenção que levou ao seu estabelecimento.

Mesmo regras absolutas como a de que o advogado não pode pleitear contra lei expressa ou não pode promover expedientes dilatatórios podem, em casos concretos, não dever ser obedecidas em nome da justiça.

Certamente, p.ex., à generalidade dos advogados já terá aparecido um cliente que lhe diz: tenho uma acção contra mim, pedindo a minha condenação a pagar a quantia X; não contesto que devo essa quantia mas não posso pagar agora e se for condenado a fazê-lo a minha empresa entrará em falência, perderei tudo, eu, os meus empregados que ficarão sem emprego e a generalidade dos meus fornecedores ficará sem receber os seus créditos. Porém, dentro de 6 meses receberei uma quantia que me é devida e, nessa altura, já poderei pagar esta minha dívida e todas as outras, salvando a minha empresa.

Pergunto: que deve fazer o bom advogado? Dizer ao cliente que a lei diz que ele tem que pagar imediatamente e portanto tem que pagar ainda que isso acarrete a sua falência, o desemprego dos seus empregados e a miséria da família destes? Ou a conduta eticamente correcta é a de deduzir transitoriamente uma oposição à acção sem base factual ou legal e usar

de expedientes dilatórios até que o cliente receba a outra quantia que lhe é devida, pagando então a dívida da acção e salvando a sua empresa?

Merece também alguma contestação que as regras deontológicas dos advogados, como agora acontece, sejam fixadas por lei com origem na Assembleia da República ou no Governo. Tal, em Portugal, tem conduzido a distorções lamentáveis a que havia de pôr-se cobro. P.ex., desde há alguns anos o conjunto dos advogados e a Ordem têm estado de acordo em que o exercício da advocacia é eticamente incompatível com o cargo de deputado e têm proposto que essa incompatibilidade conste da Lei. Simplesmente, como a lei a faz a Assembleia da República, o *lobby* dos advogados que são deputados e nela tem assento sempre tem conseguido que essa incompatibilidade não seja aprovada e, assim, continuamos a ter advogados – deputados com os inconvenientes éticos que dessa dupla situação podem decorrer.

Permitam-me ainda referir uma outra intervenção não ética do Estado na advocacia em Portugal e que consistiu em numa recente amnistia se terem incluído todas as infracções disciplinares dos advogados que não constituíssem crime. Tratou-se de medida violentamente criticada pela Ordem dos Advogados por, contra a classe, ter impedido todo um trabalho que vinha sendo levado a cabo no sentido de se punirem os maus advogados. Neste ponto, a advocacia conseguiu até não se confundir com a magistratura que aparenta proteger os maus juízes, só porque são juízes, esquecendo que só deve ser juiz aquele que cumpre com os seus deveres e não aquele que um dia, com 24 ou 25 anos, passou num exame de habilitação profissional.

Não entrarei mais na ética do advogado individual, tradicional, a qual é do domínio comum. Julgo que o que vale a pena é chamar a atenção para a ética do advogado nas novas situações em que o desenvolvimento social o vem colocando. É o caso do advogado:

- que trabalha ao abrigo de um contrato de trabalho, subordinado a uma entidade patronal;
- que se integra numa sociedade de advogados;
- que está integrado numa sociedade multidisciplinar, com outros profissionais, normalmente auditores;
- que actua fora do seu país de origem – o advogado transnacional.

As características maiores do advogado são a sua independência e liberdade, sem elas não há advogado.

O contrato de trabalho, sobretudo com a dependência económica que acarreta, põe-nas em risco sério.

Não bastará, como no Estatuto da Ordem dos Advogados Portuguesa, declarar simplesmente que o contrato de trabalho não pode afectar a plena isenção e independência técnica do advogado perante a entidade patronal nem violar qualquer regra do mesmo Estatuto.

Penso que a Ordem terá, p.ex., que tentar criar regras próprias para os contratos de trabalho celebrados por advogado, derogando algumas regras gerais do direito de trabalho. Vou referir apenas um conflito que parece insolúvel: há um processo pendente, a entidade patronal pretende que o seu advogado assuma uma posição que este recusa por razões éticas; em consequência, a entidade patronal despede o advogado. Poderá este, em acção que intente contra a entidade patronal para ver reconhecidos os seus direitos – p.ex., a uma indemnização ou até a reintegração – revelar em detalhe a posição da entidade patronal na acção em que recusou seguir as suas instruções e, com isso, violar o dever de sigilo profissional, também um dos deveres mais absolutos do advogado?

A lei portuguesa trata a deontologia do advogado integrado numa sociedade de advogados como se de um advogado individual se tratasse. Apenas se prevê, p.ex., que um sócio seja excluído quando lhe seja imputável violação grave dos deveres deontológicos.

Esquece-se que uma infracção deontológica pode ter sido deliberada pela própria sociedade e, neste caso, não pode deixar de reagir-se contra a própria sociedade e não apenas contra cada sócio individualmente. Por outro lado, haveria de prever-se expressamente, p.ex., consistir falta grave da sociedade que um sócio suspenso do exercício da função de advogado por dado período de tempo nela continue a trabalhar, ainda que encobertamente, o que é um risco evidente.

Por outro lado, hoje, as sociedades de advogados tomam-se cada vez maiores e nelas não trabalham apenas advogados sócios, trabalham também advogados com contrato de trabalho. São situações que também merecem uma previsão específica de forma a serem salvaguardados e não se porem em risco os princípios éticos a que deve obedecer a advocacia.

Em Portugal, ainda não é admitida a participação de advogados, enquanto tal, em sociedades com outros profissionais. Parece, porém, que será uma evolução imparável. Antes de se dar esse passo convém ter equacionado todos os problemas éticos envolvidos, o mais grave dos quais parece ser o de assegurar o sigilo profissional.

Finalmente, a advocacia transnacional que já é uma realidade na Comunidade Europeia, em que Portugal se integra.

O Estatuto da Ordem dos Advogados Portuguesa contem já um capítulo específico sobre esta matéria mas bastante lacunar.

Prescreve-se que, no que respeita às regras reguladoras do modo de exercício da profissão, designadamente as respeitantes a incompatibilidades, segredo profissional, relações entre colegas, proibição do patrocínio das partes com interesses opostos e publicidade, os

advogados comunitários estão sujeitos às condições de exercício e regras deontológicas aplicáveis aos advogados portugueses.

Nas outras matérias não especificadas aplicam-se aos advogados comunitários as regras em vigor no Estado membro de proveniência.

Estabelece-se, depois, que o advogado comunitário que actue em Portugal fica sujeito às sanções disciplinares previstas para os advogados portugueses, aplicáveis pela Ordem dos Advogados Portuguesa, sendo sanção de suspensão substituída pela de proibição temporária do exercício em Portugal da actividade profissional.

Refira-se, porém, que a pena de suspensão, que é gravíssima e onerosa para um advogado português, substituída para um advogado estrangeiro pela proibição de exercício temporário em território nacional pode revelar-se meramente platónica.

Parece que uma cooperação internacional efectiva nesta matéria será a única forma de constranger um advogado estrangeiro pouco escrupuloso a respeitar as regras éticas da profissão na sua actuação, que pode ser episódica, noutro Estado.

San Martin de Los Andes, 6 de Outubro de 1999

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A formação do Juiz



[José Renato Nalini]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A formação do Juiz

Publicado na Revista Formação Jurídica, n.º 7, 2009, pp. 121 a 148

O melhor momento para se preocupar com a educação de uma criança é exatamente um século antes de seu nascimento. Talvez a preocupação com a educação de juízes não atingisse, há um século e meio, a intensidade dos níveis actuais. Hoje, parece vinculada a ideia de preservação da função jurisdicional, a necessidade de educação permanente do juiz. Profissional chamado a decidir as controvérsias, garante do sistema e que pode ser aperfeiçoador do Estado de Direito, de índole democrática, ou fator de retrocesso político e de descrença na Justiça humana.

Não existe consenso quanto à necessidade de formação específica do juiz. Ou, ao menos, parece polêmica a instituição de cursos de preparação prévia ao ingresso na carreira.

Há quem se disponha a defender a viabilidade de recrutamento dos julgadores no universo dos bacharéis experientes, que tenham adquirido na advocacia os atributos essenciais à construção de um profissional de perfil completo. Os riscos de um preparo antecipado iriam desde a ideologização da magistratura, até a mediocridade que resultaria de padronização estiolante da criatividade.

O debate a respeito da imprescindibilidade de um preparo prévio já foi travado na Igreja, instituição permanentemente empenhada no aperfeiçoar métodos de recrutamento de sacerdotes e que tem, ciclicamente, adotado os seminários menores, para deixá-los mais tarde a benefício da vocação tardia. E que não se recusa a admitir refluxos nessa tendência, ante o insucesso da nova sistemática.

Compreensível que tema de interesse comum não possa esgotar-se em círculos herméticos e que a dinâmica da vida social imponha contínuos movimentos de correção de rumo. O essencial é que se estude, e se analise e se discuta sempre e com seriedade.

Discussão que naturalmente se inicia na própria magistratura, interessada na sua preservação e consciente de que a perfectibilidade é fruto de investimentos concretos em recursos de toda a ordem.

A proposta presente é contribuição modesta para o delinear das alternativas aptas à construção de um Judiciário provido de todas as condições hábeis para assegurar aos destinatários da Justiça um mundo mais solidário, igualitário e, se possível, fraterno.

Esse o único intuito do trabalho e com esse propósito submete-se à crítica interessada a reflexão que segue. Sem a pretensão de esgotar a verdade, nem de encerrar ideias pioneiras ou oferecer fórmulas miraculosas. É apenas imperativo da consciência de quem acredita ser imprescindível o repensar da formação jurídica em geral e do preparo do juiz em especial, pena de homeopático perecimento do ideal da Justiça humana.

Se estes pensamentos motivarem outras consciências a novos enfoques, o objetivo a que se preordenaram terá sido atingido.

Para isso, não se evita o perigo da incompreensão, presente sempre que uma ideia se expõe, talvez impregnado do conselho de bravura de Paul-Louis Courier: “Deixai dizer, deixai censurar, condenar, aprisionar, deixai-vos enforcar mas publicai vosso pensamento.

Não é um direito, é vosso dever, estreita obrigação de quem tem um pensamento, de produzi-lo e pô-lo à luz do dia pelo bem comum.

A verdade é de todos nós. O que conheceis como útil, bom de saber, por qualquer um, não podereis calar em consciência.

Jenner, que descobriu a vacina, seria um louco se guardasse por uma só hora o seu segredo; e como não há absolutamente nenhum homem que não creia serem úteis suas ideias, não há absolutamente nenhum que não insista em comunicá-las e espalhá-las por todos os meios que lhe sejam possíveis. Falar é bom; escrever é melhor; imprimir é coisa excelente. Um pensamento reduzido a termos curtos e claros, com provas, documentos, quando o imprimem é um panfleto da melhor ação, corajosa muitas vezes, que um homem possa dar ao mundo. Porque, se vosso pensamento é bom, dele se aproveitam; se é mau, corrigem-no e todos aproveitam ainda”¹.

1. O juiz ideal

Para enfrentar a questão do sistema de formação especializada do juiz, há de se saber primeiro se existe um padrão de julgador, um perfil idealizado que reflita a expectativa de conduta do solucionador institucional dos conflitos.

O traçado de um paradigma se faz com doses altas de subjetivismo.

¹ Paul Louis Courier, *Pamphlet des Pamphlets*, apud Guilherme de Figueiredo, *Presente de Grego e outros presentes*, Atheneu-Cultura, 1990, Rio, p. 10.

Talvez nem seja concretizável erigir-se um modelo pronto de juiz, para a ele conformarem-se os candidatos. A magistratura é instituição aberta, suscetível de abrigar plúrimos perfis, nutrindo mesmo a crença de que o confronto de ideias e o cotejo de opiniões venha a incrementar o património intelectual sobre que se assenta.

Longe e indesejável a pretensão de homogeneidade de pensamentos, imprópria de um estamento de consciências preparadas².

Alinháveis se mostram, entretanto, caracteres que devem identificar o bom juiz. E eles podem ser agrupados em pelo menos quatro vertentes: a técnica, a ético-institucional, a cívico-política e a humanista.

2. A vertente técnica

O juiz é um técnico do Direito. Deve dispor de conhecimentos que o credenciem a exercer adequadamente sua função, no momento histórico em que a comunidade ratificou a sua confiança nos métodos institucionalizados de resolução dos problemas que afligem os homens.

O domínio das ciências jurídicas é opção vitalícia, não havendo termo previsto para a constatação do estágio ideal definitivo. O compromisso com o direito é para a duração da existência. Mas o contato inicial, a visão de conjunto e o apego ao estudo não podem começar com o ingresso à magistratura.

Essencial que o juiz tenha a sensibilidade para reconhecer que a afeição para com o justo não é passageira, mas justifica uma carreira e sua vida inteira.

Quem ama quer conhecer o objeto do amor. Não haverá desinteresse, ou desalento ou inércia capaz de interromper trajetória que nem sempre nasce no primeiro ano do curso de bacharelado ou antes até – mas que não é incomum assim aconteça.

O juiz há de ter visão de conjunto do sistema. Saber procurar a alternativa mais adequada a uma composição satisfatória do litígio, não apenas oferecendo a decisão formal. Tem de ser familiarizado com os códigos, para saber localizar o preceito normativo aplicável, independente de sua invocação pela parte. Mas caminhará desenvolto e com passos firmes no terreno princípio lógico, onde muita vez reside o encaminhamento da questão.

² É de Hannah Arendt a expressiva observação: “A unanimidade de opinião é um dos mais nefastos fenômenos da era da sociedade de massas. Destrói a vida social e a pessoal, que são baseadas no fato de que somos diferentes por natureza e por convicção. Aceitarmos a diversidade de opinião nos protege de certezas fanáticas que paralisam toda e qualquer discussão e reduzem as relações às de um formigueiro”.

Num sistema normativo que hauriu o seu fundamento de validade na Constituição, imprescindível o conhecimento integral da realidade jurídica norteadora. A letra da lei máxima é importante.

Seu desconhecimento, ininvocável. Mas terá de transitar com desenvoltura pelos princípios, explícitos ou não, e pela concreção histórica inspiradora da Carta. Valores que a comunidade quis abrigados em sua lei fundamental não podem ser desprezados. E o exercício da aferição da compatibilidade de todos os atos normativos – e são infundáveis as suas exteriorizações num Estado burocratizado como o Brasil – deverá ocupar grande parte do tempo material do julgador.

Incursionar pelas origens do direito, pela evolução da estrutura histórica da edificação romanística, somente auxiliará o juiz no seu exercício. Possuir noção precisa sobre a causa primeira dos instrumentos jurídicos é fundamental para colaborar com o seu aperfeiçoamento.

Na sua formação técnica está ainda o desempenho eficiente do vernáculo. Pode-se tolerar que outros profissionais do nível dito superior ostentem dificuldades no manejo com a palavra. Inadmissível tal carência num juiz. O bom uso da palavra, a correta interpretação, a dicção perfeita resumem o ofício do julgador.

Erasmus, no “*De ratione studii*”, receita o conhecimento das palavras e das verdades: “Se alguém quer adquirir conhecimento, procure primeiro conhecer a linguagem; e como o grego e o latim são as “linguagens do conhecimento, é preciso dominá-las”. Filósofo-prático, recomenda: “Lembre-se sempre disto: o melhor professor de estilo é a pena”. Ao que *Baldwin* glosa: “A única maneira de aprender a escrever é escrevendo”³.

O erro produz injustiça. A insuficiência de fundamentação redundando em nulidade, que não deixa de ser injustiça para com quem clamou por Justiça. As carências básicas na apreensão de um texto, na utilização eficiente da expressão, na transmissão das ideias que geraram determinado resultado jurídico, refletem a insuficiência de comunicação que pode comprometer uma carreira.

O processo de comunicação deve ser ensinado na primeira infância. As imperfeições admitem correção no decorrer da vida.

E a obtenção de um estilo elegante, claro, objetivo e certo pode ser projeto para décadas. Mais do que o estudo de regras e a memorização de esquemas, o aprendizado natural do idioma e de seus recursos se faz mediante a leitura. E o juiz é o homem que lê. Todos os dias e todas as noites. Em fins de semana, feriados ou férias. É o ser humano – para ser politicamente correto com as juízas – que precisa encontrar prazer enorme, insuperável até, na solitária leitura, para que sua carga não se transforme em palma de martírio.

³ Guilherme de Figueiredo, *Presente de Grego e outros presentes*, Atheneu-Cultura, 1990, Rio, p. 204.

A leitura deve constituir um prazer para o julgador. Todas as técnicas propiciadoras de desenvolvimento do interesse inato pela leitura devem ser adotadas. E desse exercício permanente que derivará o apuro no estilo e a desenvoltura na utilização hígida dos instrumentos da linguagem, nas suas exteriorizações oral e gráfica.

O volume de serviços afeto a cada juiz exige que o profissional se socorra de técnicas de desempenho que o auxiliem a se desincumbir eficazmente da tarefa. Não se concebe magistrado que não seja datilógrafo exímio e, neste final de século, jejuno em informática.

A datilografia torna possível otimizar a produção, tornando mais ágil o exercício de função exteriorizada prioritariamente por escrito. Vem sendo paulatinamente substituída pelos computadores, cuja digitação vem das mesmas bases, mas com possibilidades insuspeitadas face ao potencial da inteligência artificial.

Na operação em que o juiz diz o direito – e o diz por escrito – o instrumental técnico vem se mostrando auxiliar confiável para liberar o condutor do processo de tarefas materiais menores e conferindo-lhe reservas de tempo que destinará ao núcleo essencial de sua missão, que é julgar.

Diz-se que, neste final de milênio, três espécies de analfabetismo ainda resistem: a daqueles que não sabem ler, a dos que estranham o computador e a dos que não falam inglês. E o asserto leva à consideração de que, num universo cada vez mais ligado a uma só realidade, na aceitação de um destino histórico insuscetível de distinguir as nacionalidades, mas comum ao gênero humano, a proficiência em idiomas estrangeiros é oportuna.

Dentre as megatendências para a década, está a de que, até 1999, noventa por cento da humanidade poderá se exprimir em inglês. Idioma universal, que ocupou o lugar concreto sonhado para o esperanto, o inglês apenas tornará mais habilitado o juiz, a bem situar-se num mundo sem fronteiras e ávido de tratamento uniforme para questões que igualmente amarguram os homens dedicados à consecução da fraternidade universal.

A experiência europeia de uma comunidade de nações que propiciará a utilização de um direito comum deve inspirar a magistratura brasileira a se preparar para a integração latino-americana pretendida pelo constituinte – parágrafo único do artigo 4.º da Constituição da República – e que já se delineia mediante a criação do Mercosul. O espanhol, assim, pode ser o segundo idioma para os juízes que, além da utilização imediata, derivada do pacto fundamental, nele encontrarão ferramenta eficaz para o aprimoramento em disciplinas jurídicas. Pois prolífica a literatura ibérica, abrangendo todos os campos do direito, além de competentes traduções de línguas menos acessíveis, como a alemã.

Um segundo idioma é ferramenta fecunda para a universalização da cultura, permitindo adentrar distintas estruturas do pensamento e fornecendo material de relevo para o estudo comparativo, de que advém o desenvolvimento da ciência jurídica.

3. A vertente ético-institucional

A formação técnica, por importante possa ser, não é a de maior relevo para a edificação de um juiz. Antes de tudo o mais, o ser chamado a julgar seus semelhantes precisa estar imbuído de uma vocação a cujo apelo tenha respondido por imperativo indeclinável de sua consciência.

O preparo do juiz passa obrigatoriamente por um despertar para o significado verdadeiro desse encontro que se pretende definitivo. Diante de tantas possibilidades profissionais para os formados em direito, por que abraçar a magistratura?

A ética do Judiciário está substancialmente contida no arcabouço de uma função que existe desde os primórdios da civilização.

Parte dela mereceu positivamente e reside nos textos constitucionais e nos estatutos da carreira. Pouco alcance obter-se-á, porém, com a recitação mecânica dos deveres. Não é melhor juiz aquele que sabe enunciar suas obrigações legais, do que aquele que as intui.

Aquele que encontra dentro de sua consciência o juiz atento de suas responsabilidades e da conduta direcionada a cumpri-las. Nem ostenta mais merecimento o juiz que cumpre os seus deveres, mas neles desacredita, ante aquele que reflete sobre a sua razão última e que, profissional de qualquer área, sempre seria considerado eticamente irrepreensível.

No campo da moral, a formação especializada mais servirá a detectar o material humano provido de atributos credenciadores, que a incutir noções quase sempre inatas em candidatos à carreira.

A formação pode contribuir, sim, para apontar comportamentos que possam vulnerar a imagem ideal da Justiça. A do juiz arrogante, distanciado dos jurisdicionados, prepotente em sua inadequada concepção do papel que o sistema lhe reservou. Ou o desalento da acomodação, da desídia ou do pouco interesse, quando tanto espera da Justiça a comunidade.

Falhas admissíveis em outros profissionais, o não são quando acometem o juiz. Pelo motivo de protagonizar a função mais essencial à realização do humano justo, é-lhe recusado irritar-se, mal tratar quem quer que seja, omitir-se em providência que dependa de sua atuação, deixar de conferir a todos os casos o mais elevado grau de sua inteligência e capacitação, oferecer o melhor de si para outorgar a prestação mais adequada e para construir um Judiciário mais respeitado e eficiente. Por isso que ninguém é obrigado a ser juiz, mas aqueles que arrastam as dificuldades de um recrutamento repleto de árduas barreiras, não podem ignorar o que lhes espera, mal vencida a etapa do concurso.

Um projeto de educação institucional propor-se-á a demonstrar ao candidato a juiz que a sua aprovação em concurso o integrará num corpo selecionado de intelectuais cuja respeitabilidade se construiu durante milênios de civilização. Há toda uma carga de concepções míticas em torno à excelência de espírito de que se propôs a julgar um seu igual. Desconhecer a cristalização desses conceitos pode levar a descompasso de consequências imprevisíveis para eventual desatento. Pois no âmbito da instituição convivem dimensões estratificadas de valores entre si incompatíveis, algumas bastante rígidas no julgamento de posturas consideradas não assimiláveis.

Toda a atividade pública está sendo hoje questionada em seus aspectos éticos. O movimento que resultou na utilização de instituto que ninguém acreditava pudesse vir a ser aplicado no Brasil – o *impeachment* – não por acaso se denominou “movimento pela ética na política”. E não se exige conduta eticamente irrepreensível apenas aos detentores de cargos no Executivo e no Legislativo.

Mais até que os demais agentes políticos, o juiz tem obrigação de atuar sem o arranhão mínimo à moral: pois é quem julga, quem condena, quem ordena o sacrifício da liberdade, do patrimônio e da honra. Para poder fazê-lo sem suscetibilidades de consciência, há de conduzir-se limpo e transparente.

Os aspectos éticos da carreira preordenam todos os demais.

Em virtude mesmo de seu compromisso com o bem é que o juiz se empenhará no estudo e no auto-aperfeiçoamento. Não hesitará mesmo diante de desafios aparentemente invencíveis. Não desanimará.

Zelará pela consecução da Justiça, mais do que pelo desencargo de tarefa rotineira. Conferirá dimensão de nobreza ao seu mister, razão primeira de sua aventura terrena.

4. A vertente cívico-política

Esta é a vertente que provém de uma dimensão de cidadania, da qual não está excluído o juiz. Impedido, por preceito constitucional, de se dedicar a política partidária, não se vê privado de contribuir para encaminhar a solução de grandes questões nacionais e para o aperfeiçoamento das instituições.

A vigente ordem constitucional enfatizou a cidadania, o direito a ter direitos, na visão de Hannah Arendt, e o juiz integra o projeto de restaurar a dignidade do ser humano, sem o que inócua a contemplação de seu *status* político.

Agente qualificado, em quem a nacionalidade investiu soma imensa de recursos, será ferir os interesses pátrios vedar-lhe tal participação. Ela se mostra consequência inevitável de uma

verdadeira consciência de homem público. E: parcela da responsabilidade que o magistrado assumiu para com a comuna e para com a História.

Deve estar imbuído da verdade proclamada por *Terêncio* de que é homem e, como tal, tudo o que é humano lhe interessa.

A soma dos talentos de um julgador é demasiada para se esgotar na prestação jurisdicional em sentido estrito, por relevante seja esta. Naturalmente transbordará para assumir outras formas participativas de auxílio no caminho da perfectibilidade do ser humano e das instituições por ele criadas.

O juiz moderno há de contribuir, com sua opinião abalizada, para trazer luz aos debates de interesse na vida nacional. No momento histórico em que se propõe a mudança da forma e do regime de governo, incompleto o encaminhamento se não houver ativa participação do Judiciário.

Assim também, no processo legislativo. O conjunto de atos preordenado à produção de normas típicas do parlamento não pode prescindir de conduto para que o Judiciário formule suas proposições ou aperfeiçoe aquelas que digam respeito à função para a qual foi criado. Aquele que tem por dever de ofício aplicar a lei, não pode ser excluído da elaboração normativa.

Pode oferecer ainda sua experiência ao magistério, notadamente no intuito de renovação dos quadros dos profissionais do direito, permitindo sadia transmissão da tradição jurídica, sem deixar de trazer propostas de atualização desse consistente edifício.

Integrar associações de classe, exercer cargos de direção dentro delas, mostrar a Justiça presente e empenhada nas lutas de abrangência e interesse que refoge à intimidade daqueles contidos num universo estrito e extremamente localizado, de coloração corporativista, tudo isso engloba o atuar cívico-político do juiz.

O magistrado é cidadão de primeiro grau. Não pode sofrer redução no seu *status civitatis*, mas há de exercer sua cidadania em plenitude, até para espelhar modelo de conduta que estimulará os demais cidadãos à exigência do reconhecimento de seus direitos.

Não se confunda a vedação ao exercício político-partidário e o impedimento da prática ativa da cidadania. Agente político detentor de parcela da soberania estatal quando diz o direito aplicável à controvérsia, exerce – querendo ou não, tendo ou não disso consciência – inegável função política.

5. A vertente humanística

Por fim, a formação adequada do titular de um cargo do Judiciário importa em desenvolver atributos humanos que caracterizem pessoas de bem, qualidades que não são exclusivas dos juízes, mas que lhes não podem faltar.

Honestidade é pressuposto, não virtude. Inconcebível juiz desonesto que, se existir, não pode continuar na carreira. Cabe, porém, reforçar parâmetros e indicar condutas que podem macular o conceito do julgador em seu meio. Viver de acordo com suas possibilidades, não se iludindo com a circunstância de integrar uma elite. Elite intelectual, longe da elite econômica a que seus parcos vencimentos o não conduzirão. O cuidado com os empréstimos, o recebimento de favores, o aparente descomprometimento de gentilezas excessivas ou exageradas.

O padrão de honestidade pode ser aferido em pequenos detalhes do comportamento do juiz. A assiduidade, a pontualidade, a dedicação ao trabalho, o dar o máximo de si na solução dos problemas. Atraso sistemático e consciência tranquila com essa situação refletem espírito mais vulnerável. A honestidade intelectual, que recomenda a pesquisa e o estudo intenso, não o descompromisso das decisões singelas. A indicação das fontes, quando as citações são extraídas de obra alheia, o rigor científico na busca de alternativa adequada à verdadeira solução da causa, a transparência em tudo, que é uma face de honestidade em sentido compreensivo.

A humildade é sempre essencial. As culturas verdadeiramente sólidas só conseguem saber que nada sabem. E a postura humilde é a coroa que, sobranceira, completa as demais virtudes do homem sábio.

O juiz é servidor da comunidade. Qualificado, sim; credenciado por haver transposto concurso difícil, a que muitos são atraídos, mas pouquíssimos os nomeados. Não deixa, porém, de ser um funcionário. Alguém que recebe dos cofres públicos, mantidos pelas contribuições de tantos que sequer dispõem do essencial para a sua subsistência. E que não tem o direito de se considerar em situação de superioridade, frente a esses semelhantes, a cujo serviço o sistema o preordenou.

Honesto e humilde, o juiz – necessariamente – ostentará outras marcas. A lhanza do trato, a disponibilidade para com todos, mas principalmente para com aqueles que protagonizam com ele as angústias da Justiça – advogado, promotor, delegado, partes e auxiliares do Judiciário. Caráter de homem humilde e honesto predispõe ao estudo permanente. Na certeza de que o universo inexplorado é insuperável, não constitui desafio para uma existência inteira. A honestidade fará com que o juiz seja efetivamente trabalhador. Que procure vencer a carga de processos confiada, embora a entenda excessiva. Mas consciente de que a remuneração de um magistrado, num país pobre como o Brasil, seria suficiente para a manutenção de várias famílias de despossuídos.

A consciência de seu tempo tornará o juiz naturalmente empenhado na consecução de uma Justiça mais adequada. Por isso é que o magistrado deve privar com a comunidade, de todo os problemas que a envolvem. Não está acima dos comarcãos, mas é um deles. Partilha de suas carências, mas também de seus sonhos. Alguns dos quais pode concretizar, como o de tornar a Justiça algo mais palpável.

Sensibilidade é dom inato, de que o bom juiz irá fazer uso no decorrer de toda a carreira. Para intuir as causas em que sua psicologia humana recomenda insistir na tentativa conciliatória.

Para detectar as mentiras envoltas nas lides, das quais muitas vezes se entremostra pequena parcela de um grande *iceberg* de incompreensões. Para distinguir os processos que demandem tratamento consentâneo com a necessidade, muita vez distanciada da solução formalisticamente indicada na lei.

Embora os talentos individuais sejam multiformes e cada ser humano chamado a exercer a missão de julgar possa privilegiar uma determinada feição de seu temperamento, o juiz deve procurar o equilíbrio para um desempenho eficiente. Equilíbrio resultante de seu autoconhecimento. Equilíbrio como imperativo de uma lúcida consciência da dimensão de seu mister. Equilíbrio que a lei traduziu por serenidade, ao dispor sobre os deveres do juiz no art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura e que erige a virtude em exigência legal para uma judicatura irrepreensível.

Será viável, no mundo contemporâneo, encontrar essa pessoa tecnicamente preparada, com noção profunda sobre a ética do Judiciário, interesse político sadio e elevado e individualmente virtuosa para ocupar uma vaga de juiz?

A resposta é positiva. Pese embora uma série de constatações – a modificação e dissolução dos costumes, dos valores, os patamares atingidos pela educação de base, a descrença como sentimento disseminado – ainda existem mulheres e homens de bem, frutos de um lar onde essa edificação se mostrou possível e que nutrem a intenção de oferecer sua vida à Justiça⁴.

A conclusão é no sentido de que a formação do juiz, na realidade, é mais um processo de garimpo – no universo dos candidatos – daquelas pessoas que preenchem os requisitos legais, acrescentando-os a matéria-prima adequada. Pois o que se pode transmitir numa preparação institucionalizada, num curso de formação para magistrados, não é a parcela mais relevante do arsenal suficiente para o exercício da função.

⁴ “Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social. Cícero apelidou-a de *seminarium reipublicae*. Efetivamente, onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começa a decadência geral. Desse mesmo sentimento se impregna a encíclica *Casti Connubii*, ao afirmar que a salvação do Estado e a prosperidade da vida temporal dos cidadãos não podem permanecer em segurança onde quer que vacile a base sobre a qual se apoiam e de onde procede a sociedade, isto é, o casamento e a família. Realmente, no seio desta originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia da sorte do indivíduo.

No colo da mãe, assevera Planiol, forma-se o que há de maior e de mais útil ao mundo, um homem honesto” (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, Saraiva, D. de Família, 2.ª vol., 29.ª ed., 1992, pp. 1-2).

Não há dúvida de que mesmo essa parcela aparentemente de menor importância na preparação de juízes tem sido em regra negligenciada. As carências não de ser supridas, ao mesmo tempo em que os talentos essenciais podem ser burilados e os valores polidos, na missão de redescoberta que um projeto de formação de juízes pode realizar.

6. A falência da educação convencional

Poucas décadas faz e uma aura de respeitabilidade cercava a escola pública brasileira. Os mestres eram figuras de conceito na comunidade, chamados a participar dos movimentos sociais e da política, integrando reconhecida reserva intelectual e moral de seu ambiente.

A escola primária educava para a vida. Além das informações normalmente contidas no currículo, havia educação moral e cívica transmitida de forma entusiasta e atraente. Desde a postura física, ao asseio, aos modos à mesa – e isso era civilidade – até a reafirmação de conceitos que alcançavam a têmpera do caráter: o respeito aos idosos, o amor à família e à Pátria.

A densificação populacional trouxe a necessidade de multiplicação das escolas e dos professores. Aliada ao empobrecimento das massas, resultou em prejuízo para a qualidade de ensino e para a formação de professores. Hoje, se todas as crianças – em tese – podem ser abrigadas na escolaridade obrigatória, a cargo do Estado, o conteúdo de seu aprendizado é reconhecidamente falho.

Não existe consenso a respeito do que deve ser transmitido a uma criança. Inúmeras informações lhe são fornecidas, sem a menor justificativa lógica da inclusão desses elementos no seu aprendizado. Já se afirmou que a criança é naturalmente inteligente na sua espontaneidade pré-escolar e que o ensino institucionalizado comete a façanha de imbecilizá-la.

Os professores não se vêem prestigiados e percebem remuneração insuficiente. Não foram suficientemente providos de educação especializada para o magistério, não se atualizam, não se sentem estimulados ao estudo ou a encarar o ministério de ensinar como a tarefa mais nobre de que se pode imbuir alguém.

Bibliotecas já foram escritas a respeito. Prolífica a literatura sobre a crise da educação brasileira. As dificuldades antepostas ao homem público dotado de boa vontade para a salvação da educação oficial vão desde a crônica insuficiência de recursos, à ausência de projeto que tenha o mérito de obter a adesão entusiástica de todos os envolvidos.

Soluções impostas geram frustrações. Inúmeros planos são esvaziados. A cada ano fórmulas mágicas são divulgadas. Mas, forçoso é reconhecer, a escola pública no ensino fundamental perdeu o conceito de que gozava junto à comunidade a que se destina.

A preocupação ideológica voltada à otimização dos índices quantitativos desprestigiou a essência mesma do ensino. Muitos têm acesso à escola. Grande percentagem integra a horda evasiva não chegando a ultrapassar os primeiros anos da escolarização.

Os que permanecem não recebem instrumental necessário para alcançar os bens da vida que traduzem felicidade.

O processo educacional em si converteu-se numa atividade rotineira, desvinculada de suas finalidades últimas. E o reflexo disso está nas gerações despreparadas, perplexas diante da vida, sem grandes ambições, a não ser aquelas imediatistas e artificiais carências criadas pela mídia, que os formados pretendem satisfazer de forma hedonista.

A escola particular, que poderia converter-se em gueto das elites culturais, não tem – como regra – se portado diversamente.

É uma empresa – e muito lucrativa – e seu compromisso é com a preparação Dos jovens para a estúpida maratona competitiva dos vestibulares, formando profissionais que se envolvem no plano universitário apenas para responder a uma imposição da sociedade de consumo.

A Escola não faz pensar. Não ensina a raciocinar, a ter discernimento. Não se preocupa com valores que, segundo entende – até como auto-defesa – constituem obrigação do lar. Oferece informações e, ao final do contrato, entrega diplomas. Não favorece o vínculo da comunidade, da família e do próprio educando com a instituição. Resultado disso é que em classes menos favorecidas, comum o roubo e o vandalismo contra a escola. É um prédio como outro qualquer, que não diz respeito à comunidade, irresponsável por sua proteção e zelo. Ainda recentemente, alunos de colégio oficial de São Paulo puseram fogo em seu colégio, como represália diante de não terem sido aprovados. Passiva, a comunidade lindeira não se envolveu no atentado, como se a recuperação do edifício não tivesse pertinência com o rateio das despesas públicas.

Na educação particular, salvo exceções bem reduzidas, inexistente um trabalho de envolvimento da família com a escola. Dos pais se exige o pagamento oportuno, após o contrato leonino em que nenhuma cláusula pode ser alterada. E pouco interessa à escola que seus ex-alunos se filiem a associações que cultivem laços de afeição com o estabelecimento. A empresa cuida é do cliente atual, não do ex-cliente.

E é desse universo que sai o futuro bacharel, quase sempre sem presentir que, poucos anos depois, será juiz, agente político a exercer função que exprime uma parcela da soberania do Estado.

7. A Faculdade de Direito

A clientela formada pela escola de primeiro e segundo graus se endereça à Faculdade e o ensino universitário não poderá, nos quatro ou cinco anos de curso, oferecer suprimento às insuperáveis deficiências de um sistema ineficiente.

Convivem, as Faculdades, com a realidade de um alunado de falhas profundas em sua formação básica. Reduzida capacidade de comunicação, pois escasso o tempo dedicado à leitura e ao ato de escrever – hábitos que não só deixa de cultivar, mas ainda despreza – dificuldade de abstração, ausência de qualquer método para o estudo e a pesquisa.

As Faculdades de Direito constituem exemplo singular na História Brasileira. Foram as primeiras unidades universitárias criadas – em 1827, D. Pedro I criou a Faculdade de Direito de São Paulo e a de Olinda - e hoje quase cento e noventa escolas se espalham pelo Brasil.

O bacharelismo ainda impregna a cultura clássica. Mas não é apenas a tradição a explicar a multiplicação das escolas de Direito. É que elas são das mais fáceis de serem mantidas. Basta a sala de aulas, que os professores de Ciências Jurídicas não são daqueles que vivem do magistério. Em regra são profissionais que lecionam por diletantismo, por idealismo, ou por prestígio. Nunca por dinheiro.

A certeza de uma clientela ávida por um diploma e a inexistência de qualquer responsabilidade quanto aos resultados obtidos, faz com que a inércia impere nas estruturas das Escolas de Direito. Na verdade, pouca modificação ocorreu entre o momento de instalação das primeiras Faculdades e a realidade presente.

As aulas ainda são exposições orais, ministradas por professores que não podem se mostrar acessíveis, pois as classes continuam sendo numerosas.

As vocações florescem por geração espontânea. Ou por exemplos domésticos. Um e outro mestre incita o aluno ao estudo, ao aperfeiçoamento, aos concursos públicos, enfatizando a relevância do Direito como instrumento de harmonização social. O talento individual só é desenvolvido quando vistosamente excepcional.

Ninguém se nega a orientar um educando que demonstre invulgar interesse por uma carreira jurídica, mas o passo inicial há de ser do próprio aluno. Inexiste, como regra, movimento institucionalizado com vistas a propiciar ao acadêmico optar conscientemente pelo seu destino profissional.

Profundo o divórcio entre o anquilosado conteúdo curricular e a atuação do profissional nas várias carreiras jurídicas. A visão de direito que se tem é aquela concebida sob influxo do liberalismo e do iluminismo, impermeável às transformações da sociedade e dos valores, aferrada à compreensão da lide como conflito envolvendo duas pessoas, não vastos grupos com interesses igualmente tuteláveis.

Ensina-se o Direito privado sem insistir na constatação de que o mundo assistiu a uma crescente publicização de disciplinas insuspeitadamente civis, como o capítulo da família. Nem se questiona a função do Direito de instrumento de consecução dos ideais propostos nos pactos fundamentais modernos, mas persiste-se na visão estreita e ancilar de ciência preservadora da situação vigente.

Muitas propostas têm sido formuladas. Encontra-se a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, atualmente, a debater modificação curricular que permitiria certa especialização nos últimos anos do bacharelado, preparando para a advocacia ou para a atuação no serviço público. A grande maioria das Faculdades, no entanto, obedece ao figurino clássico de escolas onde o aluno passa cinco anos a receber informações, sem preocupação mais consistente com sua integral formação.

Por esse motivo é que a Ordem dos Advogados do Brasil não pode mais aceitar todos os bacharéis como advogados em seu quadro. Submetem-se, depois de formados, ao exame de ordem, que verificará se possuem requisitos mínimos para o exercício profissional. O Instituto dos Advogados de São Paulo vem de criar a sua “Escola da Advocacia”, para transmitir conhecimentos que habilitem o bacharel ao desempenho. A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo tem seu ativo Centro de Estudos e a proposta de criar a Escola de Procuradores e o Ministério Público também possui a sua Escola Paulista do Ministério Público.

Todas essas experiências partem da realidade de que o ensino jurídico não se mostra eficiente para produzir operadores conscientes, aptos a uma compreensão de mundo mais ampla do que o estrito universo dos compêndios do século XIX. Quanto mais se debate em crise a comunidade, mais exige atores jurídicos lúcidos, capazes de extrair do sistema o mecanismo de solução efetiva das controvérsias e de atuarem não apenas como pacificadores nas lutas civilizadas, mas como administradores de situações inusitadas e agentes na edificação de verdadeira harmonia social.

Verdade que a própria Universidade vem trabalhando para a correção de rumos. O Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito promoveu recentemente o encontro de Campinas, discutindo a temática: “O que a Justiça espera das Faculdades de Direito” e propostas sadias foram formuladas, como a elaboração de um *ranking* de escolas de bacharelado, aferindo o desempenho de seus egressos nos mais prestigiados concursos públicos.

O Judiciário não se furtou a contribuir para a discussão e realizou uma reunião preparatória, convocando Tribunais de Justiça de toda a Nação, para – em São Paulo – discutirem aspectos preocupantes do preparo dos profissionais posteriormente chamados a julgar⁵.

⁵ A Escola Paulista da Magistratura continua participando dos trabalhos da Comissão de Especialistas do Ensino do Direito da Secretaria de Educação Superior – MEC-SESU. O autor foi designado a representá-la no III

Não se resume a isso a atuação do Poder Judiciário. Quase todas as unidades federadas já possuem a sua Escola de Juízes, hoje realidade contida no projeto de Estatuto da Magistratura elaborado pelo Supremo Tribunal Federal e em trâmite pela Câmara dos Deputados.

Após longa gestação – de 1978 a 1988 – nasceu a Escola Paulista da Magistratura, organismo do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de implementar o comando constitucional de preparação de juízes em curso oficial e de aperfeiçoamento constante dos integrantes da carreira, com vistas ao disposto no inciso II, alínea c) e no inciso IV, ambos do art. 93 da Constituição da República.

Em 23 de abril de 1992, a Lei Estadual 7.818 tornou obrigatório o Curso de Preparação à Carreira, hoje requisito para o ingresso na Magistratura. O 163.º Concurso de Ingresso já incluiu o estágio de seis meses, junto à Escola Paulista da Magistratura, como fase do certame, embora reduzido a três meses no concurso seguinte.

Oficialmente, portanto, ao menos no Estado de São Paulo, entende-se não se possa dispensar uma preparação específica para o juiz e ela deve ocorrer no âmbito da Escola mantida pelo órgão de cúpula da Justiça bandeirante.

A experiência dos dois primeiros cursos e observações colhidas na reflexão nacional e estrangeira sobre o tema, poderá conduzir a considerações que podem alertar quanto a questões ainda não devidamente equacionadas.

8. A formação ideal do juiz

A concepção de um Curso de Preparação à Carreira de Juiz contemplou experiências análogas desenvolvidas pela Igreja, pelas Forças Armadas e, principalmente, pelo Ministério das Relações Exteriores, que mantém há muito tempo - e com respeito unânime – o seu Instituto Rio Branco, escola de diplomatas brasileiros.

O curso teria a duração de dois anos. Durante esse período, que poderia coincidir com a quarta e quinta séries da Faculdade de Direito, o cursista receberia atenção integral por parte de juízes mais experientes, numa pré-integração do candidato à Instituição.

Além da revisão das disciplinas imprescindíveis à submissão às provas, receberia noções éticas e institucionais especificamente voltadas a um desempenho adequado da função

Seminário Regional dos Cursos Jurídicos, realizado em São Paulo, nos dias 25 e 26 de outubro de 1993, quando relatou a experiência da Justiça bandeirante na formação de juízes e foi painalista no Seminário Nacional de Brasília, nos dias 6 e 7 de dezembro de 1993, oferecendo os textos “Em torno à elevação de qualidade do ensino do Direito no Brasil” e “Experiência Paulista na formação de Magistrados”, ambos no prelo, nesta editora.

jurisdicional. Seria estimulado a um aperfeiçoamento contínuo, a interessar-se por outros ramos do saber e a imbuir-se da consciência humanística, sem a qual o juiz não passa de um burocrata que pode até contribuir para a concretização de injustiças.

Mais do que a transmissão de conhecimentos; haveria a preocupação com aspectos da personalidade do candidato, o conhecimento de sua formação de base, de seus princípios, do cultivo dos valores que tivesse eleito como essenciais à sua existência. O convívio propiciaria o traçado de um perfil do candidato, hábil à certeza de que talhado para o desempenho e efetivamente aproveitável pelo Poder Judiciário. O intuito não seria prover a Magistratura de génios ou de talentos excepcionais. Mas dotá-la de pessoas de bem, conscientes, com discernimento, descortinando horizontes menos estreitos, de visão compreensiva de uma realidade que se não esgota nos limites dos compêndios jurídicos.

A preocupação é com a comunidade, titular de indiscutível direito subjetivo a dispor de um juiz preparado e eficiente. Evitando-se o trauma do não aproveitamento do juiz vitalício e, ainda mais, o profundo desgaste de um processo de disponibilidade.

Para o sucesso dessa empresa, seriam convocados magistrados vocacionados para o ensino, preocupados com o futuro do Judiciário, respeitados por seus colegas, detentores de estima no corpo judiciário. Grupo não numeroso, refletindo o pluralismo das concepções que convivem na Justiça, trabalhando em harmonia e de maneira a permitir real contato com os cursistas.

A excelência do corpo de instrutores – verdadeiros tutores das novas carreiras – asseguraria a impossibilidade de patrulhamento ideológico, fator estiolante de entusiasmo característico da fase etária em que normalmente os jovens ingressam na Magistratura.

Para permitir dedicação integral ao Curso de Preparação, estaria assegurada a cada aluno uma bolsa de estudos correspondente a 90% da remuneração do Juiz Substituto. Prova de que ali estariam efetivamente futuros magistrados, com exclusão apenas daqueles não vocacionados que apresentassem real inaptidão para um desempenho aceitável.

A ênfase no ensino técnico se concentraria nas disciplinas jurídicas essenciais ao recrutamento: Direito Constitucional, Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal.

A transmissão na vertente institucional se faria sob a forma de discussão em grupo, eventualmente utilização de técnicas modernas de psicanálise, qual o psicodrama; em que o candidato seria levado a protagonizar o papel de juiz, frente a situações em que a conduta ética mostrasse pertinência.

Projeção de filmes, seguida de debates, comparecimento a promoções culturais e a teatro, textos para interpretação, tudo serviria para avaliar o cursista e para melhor conhecê-lo.

Paulatinamente, adentraria à experiência jurisdicional especializada, descortinando as múltiplas opções para o juiz e permitindo aferição de seu potencial, tendente a afeiçoar-se a determinado tipo de prestação afeta ao juiz.

9. A formação possível do juiz

A ideia inicial de uma Escola de Juízes partira da constatação de que a prestação jurisdicional é questão técnica e, como tal, há de ser enfrentada. A Escola de Direito forma bacharéis e longa distância existe entre o bacharel e o juiz.

A especificidade da função conduz ao imperativo de uma formação também específica. Almejava-se a realização de um curso de dois anos, com o acompanhamento diuturno por juízes experimentados, que – além de transmitir treinamento prático adquirido no exercício jurisdicional – teriam condições de conhecer melhor o candidato, notadamente em seus aspectos de personalidade e temperamento. O curso nunca se propôs tornar-se um supletivo das carências da Faculdade, embora se prestasse a revisar as disciplinas jurídicas exigidas no concurso.

Trabalhando-se com grande número de candidatos e quadro contido de professores, estes teriam condições de convívio suficientes para o diagnóstico do candidato. Aqueles que não demonstrassem vocação seriam desaconselhados a prosseguir e mereceriam recomendação quando se inscrevessem noutros concursos a cujas carreiras se mostrassem mais aptos.

Fatores de ordem variada, porém, contribuíram a conferir ao primeiro curso – fase do 163.^o Concurso de Ingresso à Magistratura de São Paulo – feição muito diversa. A necessidade de remunerar os candidatos enquanto submetidos à orientação da Escola da Magistratura fez com que o governo limitasse o número de bolsistas, chegando-se a quantidade bem inferior à desejável, para eficaz seleção: 132 candidatos⁶.

A remuneração proposta pelo Tribunal de Justiça foi considerada exagerada pelo Executivo. Dos 90% alitrados, conseguiu-se bolsa não superior a 50% dos vencimentos do Juiz Substituto não vitalício.

A premência no preenchimento das vagas – que se não afastam das quatrocentas - fez com que houvesse abreviação no tempo de preparo, reduzindo-se a pretensão de dois anos, para um curso semestral, reputado razoável para um treino básico.

⁶ A Lei Estadual 8.318, de 17 de junho de 1993, alterou dispositivos da Lei 7.818, de 23 de abril de 1992, ampliando o número de cursistas para 265, embora não tenha reduzido a duração do curso semestral.

Essa insuficiência crônica de juízes fez com que já surgisse proposta de redução ainda maior, conferindo-se curso formativo de três meses, a cuja implantação tornar-se-á necessária a alteração da Lei Estadual 7.818/92.

A primeira experiência não privilegiou os aspectos humanísticos e institucionais para as quais fora idealizada. Receberam os cursistas carga enorme de informações, em sua maior parte doutrinárias, transmitidas por número expressivo de professores. Não houve possibilidade do convívio próximo que propiciaria mais adequado conhecimento e que só seria possível se os mesmos professores permanecessem na companhia dos candidatos com maior constância.

O corpo docente multiplicado resultou na repartição de parcelas das mesmas disciplinas entre vários mestres, dando causa a desconcatenação nas exposições. Ressentiram-se os alunos de falta de sequência na transmissão e da heterogeneidade de critérios, justificada como exteriorização do pluralismo na Magistratura.

Evidente que saldos positivos preponderaram. Tentou-se estimular o surgimento de um vínculo de afeição entre os integrantes de grupo pioneiro, submetido a uma experiência acalentada por anos e objeto da expectativa de toda a nacionalidade. Houve interesse por disciplinas complementares, que não haviam sido estudadas ou, ao menos, não o haviam sido com proficiência. Todo o corpo docente e a organização se empenharam na obtenção de resultado fecundo, não sendo desprezível o sucesso efetivo.

Cabe, todavia, a indagação: É o Curso de Preparação, tal como estruturado, a melhor alternativa a formar juízes? E a resposta não pode ser positiva.

Insuperáveis se mostram alguns óbices. O preparo será solução eficaz quando preenchidas todas as vagas de juízes e não existir necessidade de produzir profissionais por atacado. Nos moldes como concretizado, parece afligir essa conjuntura: entre a abertura do concurso e a proclamação dos resultados, escoou-se um ano. Ao final dele, o concurso quase que terá suprido apenas os claros deixados durante sua realização.

Enquanto não se atinge essa fase de quadro completo, há de se pensar em alternativa diversa. Considerando-se que a preparação do juiz é missão permanente, que se desenvolve por toda uma existência, dela não pode se descuidar a Justiça, em relação a quantos já integram a carreira. Tanto que o projeto de Estatuto da Magistratura, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, é pródigo ao contemplar a institucionalização de Escolas e do Centro de Estudos Judiciários, pretendendo excluir o empirismo de tentativas isoladas e que muitas vezes não são partilhadas.

O ideal seria que todos os candidatos a juiz permanecessem por dois anos em uma Escola da Magistratura. Além da revisão das disciplinas jurídicas essenciais ao exercício de seu mister, receberiam experiência do trabalho judiciário, teriam desenvolvidas suas qualidades inatas mediante processos científicos de polimento da personalidade. Conviveriam com juízes mais

experientes, exporiam suas expectativas e receberiam acompanhamento contínuo, até a nível psicológico, para a preservação do equilíbrio. Sem o qual não pode existir prestação jurisdicional eficaz.

A Escola pode ser tudo isso, mas deve funcionar de maneira permanente, para todos os juízes que passaram pelo concurso e se imbuíram da enorme responsabilidade de julgar. E no momento em que persistem cerca de vinte por cento de vagas no quadro de magistrados da unidade federada que maior número de juízes possui, o sistema de formação não pode se resumir ao curso semestral ou trimestral, conforme se pretende.

Recomendável se implemente a aproximação entre a Escola da Magistratura e a Universidade, prosseguindo os primeiros passos trilhados quando do I Congresso Brasileiro de Faculdades de Direito. Ali se discutiu “O que a Justiça espera da Faculdade” e muitas ideias se mostram aproveitáveis.

É o momento de se propor um acompanhamento dos universitários que, desde os bancos acadêmicos, se entusiasmem com a Magistratura, no intuito de fornecer elementos que os mantenham afeiçoados a essa vocação. E, ao mesmo tempo, propicie conhecimento de suas potencialidades, atributos e característicos. Ao chegarem ao concurso, esses candidatos já não serão desconhecidos das Bancas Examinadoras, mas surgem como produto semi-elaborado para a conversão em juiz.

Esse acompanhamento há de ser institucionalizado e a cargo da Escola da Magistratura, dotada de condições para o preparo de um prontuário universitário dos candidatos, de valia enorme para as pesquisas sociais feitas a cada concurso.

O Curso de Preparação deve continuar, ainda que em feição reduzida, como se pretende, pois alguma coisa pode concretizar em termos de tornar melhor o candidato a juiz. Mas dele devem ser liberados os Promotores de Justiça, os juízes de outras unidades federadas, ou de outros ramos da Justiça, os Procuradores do Estado. São profissionais que já demonstraram aptidão para o desempenho de um cargo público e somente a vocação justifica a submissão a outro concurso. Para eles, o acompanhamento do período de vitaliciedade se faria mais próximo e tal se justificaria, diante da dispensa do Curso de Preparação.

A passagem por outras carreiras tem servido a fornecer ao magistrado experiência e preparo indiscutíveis. E com a atual sistemática, os promotores e procuradores têm sido afugentados, não estimulados à transferência para a Magistratura.

E se o momento é de extrema carência de profissionais da Justiça, há de se ousar. Promovendo-se um recrutamento destinado a advogados experientes, bem-sucedidos na profissão e que nutrem o desejo de ser juiz. A Justiça Federal, quando ampliou o limite etário para o concurso, veio a ganhar magistrados de experiência reconhecida, vencedores em suas opções de vida e aptos a contribuir com força inestimável para a tarefa de concretizar o justo.

Um esquema novo, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, poderia representar solução imediata para o provimento dos cargos vagos. Bem-sucedidas a iniciativa, os concursos futuros poderiam reservar percentagem de vagas para advogados com mais de vinte anos de experiência, recomendados por seus órgãos de classe e que estariam liberados do Curso de Preparação.

A proposta, embora pareça polêmica, encontra justificativa racional. Se a seleção de juízes representa mais a descoberta, no universo dos interessados, daqueles que atendem às necessidades de uma carreira perfeitamente estruturada, o Curso de Preparação parece despiciendo para quem provou ser boa pessoa. Ao se aproximar dos cinquenta anos, a pessoa tem seu currículo definido.

Difícilmente haverá mudança brusca de rumos já tomados. Assim, os profissionais do direito que ostentarem perfil adequado, a rigor trarão como dote preconstituído o preparo que lhes forneceria a Escola da Magistratura.

Não seria mais do que um alargamento do instituto do Quinto Constitucional que, segundo alguns, permite à Magistratura renovar-se e quebrar o hermetismo institucional. Apenas não se prescindirá de concurso público, porta de acesso normal e democrática para todos os que queiram tornar-se juiz e ao Judiciário mesmo se conferirá a tarefa de selecioná-los.

A proposta não fere o princípio da isonomia, pois mantém a exigência do concurso. Aliás, viria reforçar a igualdade substancial, pois de acordo com a lição de Seabra Fagundes, ao analisar o princípio da isonomia destinado aos legisladores, estes deveriam, “ao elaborar a lei, ... reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”.

Advogados experientes são desiguais diante dos jovens recém-formados que acorrem aos concursos públicos. Devem ter um acesso facilitado e a tal corresponderia uma avaliação que torne prescindível o Curso de Preparação, direcionado à juventude desprovida de experiência profissional.

Mantida a exigência do concurso, estariam liberados do Curso aqueles que dele, presumivelmente, não estão a necessitar. Bastaria excepcionar na lei local, tornando inexigível o Curso para os advogados com vinte anos de prática efetiva, recomendados por suas entidades de classe – OAB, AASP ou IASP (Ordem dos Advogados do Brasil, Associação dos Advogados de São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo) – assim como para os Promotores de Justiça, Procuradores do Estado e Magistrados de outras unidades da Federação ou da Justiça especial.

Em síntese, o recrutamento se faria corno prevê a Constituição da República e a lei que torna obrigatório o Curso de Preparação pode, como exceção confirmatória da regra geral, dispensá-lo para categorias que dispuser.

Dir-se-á que o tema a ser abordado é o da formação do juiz e não o de seu recrutamento. Ocorre que hoje, por contingências que descabem analisar a fundo no âmbito deste trabalho, a necessidade de suprir o Judiciário de inúmeros quadros compromete o processo de preparo prévio. Sem que se supere essa questão, abordada sempre que os projetos de Curso de Preparação encontram-se em desenvolvimento, não se conseguirá dedicar à formação o empenho devido.

Imperioso se enfrente a prejudicial, para se ingressar no mérito.

Provido o quadro, haverá condições para alongar o Curso de Preparação, não abreviá-lo, sem prejuízo do trabalho junto à Universidade e a ênfase no aperfeiçoamento dos juízes mais antigos.

Não existe termo final para cessação do projeto de aprimoramento do juiz e da carreira. Pois o limite dessa empresa é a perfeição, ideal inatingível para seres imperfeitos, mas dotados de insuperável força quando impregnados da consciência de sua perfectibilidade.

10. Perspectivas

Tudo está a indicar substanciais modificações no sistema de recrutamento de juízes. A revisão constitucional abriga um grande número de propostas em torno ao controle externo do Judiciário e, mercê dessa provocação, a própria Justiça cuida de se repensar.

Acena-se com investidura a prazo certo para o Supremo Tribunal Federal e com a eleição de juízes. Um dos argumentos utilizados pela crítica para demonstrar o hermetismo da Justiça é o recrutamento de novos juízes pelos juízes antigos. Inexistiria renovação, mas fidelidade a padrões longevos e distanciados das novas exigências de uma sociedade rotulada como pós-moderna.

Existe uma tendência recente – ao menos no Brasil – de se endereçar à Justiça generalizada censura. Vem a mídia veiculando intensa e acerba crítica, partida de todos os sectores, para as deficiências estruturais do equipamento judicial. A Justiça está sendo chamada a se reciclar e a redefinição de seu papel se imbrica na adoção de critério eficaz de renovação de seus quadros.

Já não são os especialistas a fornecer soluções mágicas para reconstruir a Justiça. Personas de cenas as mais aparentemente distanciadas do drama judicial oferecem propostas. Natural, portanto, nada esteja protegido pela definitividade. As soluções até ontem válidas estão hoje sendo questionadas. Há uma turbulência evidente a envolver as opções políticas do Poder Judiciário, mormente naquela por onde o leigo passa, após seleção de mérito, a ser um juiz.

Esse quadro explica a tendência de se interromper a experiência paulista de um curso prévio de preparação à carreira. Parece ela destinada a findar seus dias, sem haver produzido os resultados esperados.

Não houve exata apreensão do objetivo do curso de preparação. Em lugar de um corpo estável e reduzido de professores, afinado com a filosofia da experiência, abriu-se oportunidade para um número enorme de docentes, cada qual encarregado de uma parcela do programa, sem um plano pedagógico especialmente elaborado, sem estratégia, de ensino, própria. Mais ainda, sem comprometimento com o objetivo de conhecer melhor o universo dos candidatos, para detectar nele os realmente vocacionados.

O curso de preparação se destinava ao garimpo de vocações, não a revisar, apressadamente, as disciplinas jurídicas ministradas no Bacharelado. Para esse processo mnemônico, os chamados *cursinhos* são mais eficientes e não têm compromisso algum com o caráter, a personalidade, o temperamento, o espírito público ou a formação moral de seus alunos.

Também não se cuidou de conferir à prova preambular o peso específico de uma seleção quase definitiva. Não impediu chegassem à Escola candidatos não vocacionados. Por fim, a nova modalidade afugentou os candidatos provindos do Ministério Público e da Magistratura de outras unidades federadas, instituições provedoras de muitos dos melhores magistrados paulistas.

Tudo isso tornou a iniciativa desacreditada. Dispendiosa e lenta, sem cumprir o propósito de dotar o Judiciário de número mais elevado de novos juízes, adequadamente treinados para o exercício da jurisdição.

As perspectivas presentes se encaminham para a revogação da Lei 7.818/92, retornando o sistema antigo da seleção de juízes sem estágio prévio na Escola da Magistratura. A esta se reservaria papel de treino técnico e acompanhamento institucional posterior, auxiliando na fase destinada à apuração dos atributos necessários à vitaliciedade.

Os problemas ensejadores dessa volta ao passado são conjunturais e não excluem a excelência da ideia de um preparo especializado anterior ao concurso e a cargo do próprio Poder Judiciário.

Não se extraiu do curso de preparação toda a sua potencialidade. Desatendeu-se à inspiração da iniciativa e apequenou-se a experiência.

O retorno ao sistema antigo poderá ser atenuado em suas falhas – recruta-se candidato intelectualmente capaz, porém muita vez desprovido de vocação – se houver implementação adequada dos convênios entre a Escola Paulista da Magistratura e a Universidade.

Três deles já foram firmados, com a Universidade de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Podem mostrar-se alternativa eficaz de se dotar o Poder Judiciário de integrantes capazes. O acompanhamento desde os anos iniciais do Curso de Direito, por parte de docentes juízes, modelará os candidatos às expectativas da Justiça.

Cumprir meditar sobre a decantada falta de juízes. Não se deve partir de comparação com países de formação e sistema diverso, mas procurar a otimização necessária do trabalho de cada juiz brasileiro. É falaz o argumento da insuficiência de juízes.

Mais interessa propiciar a cada magistrado condição de oferecer prestação eficaz e otimizada, antes de ampliar o número de juízes.

E nessa tarefa o processo educacional é insubstituível. Se ele deve ter começo um século antes do nascimento do educando, o seu termo final é indefinido. Não existe encerramento da missão de se auto-aperfeiçoar.

Todo ser humano está continuamente se renovando, aprendendo, acrescentando ciência de vida ao seu patrimônio de consciência.

Ninguém pode, em estado de lucidez, concluir já conhecer tudo e nada mais precisar reter. A busca da excelência é compromisso contínuo, de duração igual à da vida. E para o profissional encarregado de julgar seus semelhantes, essa concepção deve estar sempre aguçada. De sua proficiência pode depender o concretizar-se do direito alheio. Ou a efetivação do bem da vida insubstituível e precioso para o titular, confiado à sua tutela.

O juiz consciente está sempre a ouvir a voz do coração:

“Renova-te.

Renasce em ti mesmo.

Multiplica os teus olhos, para verem mais.

Multiplica os teus braços para semearem tudo.

...

Sê sempre o mesmo.

Sempre outro.

Mas sempre alto.

Sempre longe.

E dentro de tudo”⁷.

⁷ Cecília Meireles, *Cântico*, 2.ª ed., Ed. Moderna, p. XIII.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II – Deontologia Profissional

1. Independência, liberdade, responsabilidade e legitimação

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Legitimação do Poder Judicial



[Noémia Anacleto]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Legitimação do Poder Judicial¹

Publicado na Revista Julgar, n.º 8, 2009, pp. 141 a 153

Partindo da crise dos poderes em geral, ao longo de um artigo onde se debruça sobre a crise da legitimação do poder judicial como fenómeno global e, em particular no nosso país, a autora percorre os fundamentos de legitimidade do judiciário, evidenciando a complexidade do fenómeno, em constante evolução com a mudança de mentalidades, concluindo pela necessidade de uma legitimação actual, obtida com critérios aceites nos tempos que correm.

“Os juízes têm de corresponder a uma cidadania exigente: devem ter um perfil ético irrepreensível, uma boa preparação técnica jurídica, bom senso e sensibilidade social” devendo passar a contar com “O novo poder fiscalizador da opinião pública”, como recentes acontecimentos têm demonstrado.

1. A Crise da Legitimação dos Poderes

Todo o poder, ainda que legítimo, carece de justificação. Precisa de se impor à comunidade sobre a qual se exerce, com a aceitação geral dos seus membros ou, pelo menos, da maior parte deles.

A preocupação com a busca da legitimidade de qualquer poder existiu desde sempre. Porém, nos últimos anos tem-se questionado mais intensamente a fonte da legitimação dos poderes e o modo como são exercidos.

A busca da legitimação do poder judicial insere-se, assim, na preocupação, mais geral, de conferir legitimidade a qualquer forma de poder.

Vive-se actualmente uma grande exigência social de perfeição e de visibilidade na actuação do exercício dos poderes, reivindicando-se simultaneamente a responsabilização dos seus detentores pelos actos cometidos. É uma atitude nova, pelo menos na sua exteriorização e na forma de se manifestar. A grandiosa resposta social dos movimentos antiglobalização,

¹ Este texto teve por base uma comunicação apresentada pela autora em 2003, ao Congresso da Justiça.

ocorrida em 1999 em Seattle e repetida depois em Porto Alegre e Génova, insere-se nesse fenómeno global e universal.

A par disto, emerge em todo o mundo uma nova força: a da opinião pública.

Potenciada pelos meios de comunicação, com um peso e influência indiscutíveis, a emergência da opinião pública como força poderosa, exigente, crítica e actuante, constitui uma realidade inegável.

O alargamento da instrução e cultura a um número cada vez maior de cidadãos torna-os mais esclarecidos, mais interessados, mais intervenientes.

Incrementa o interesse em seguir o que se passa no mundo que os rodeia e possibilita-lhes ter um olhar crítico sobre a forma como actuam os órgãos do poder, incluindo os tribunais.

2. A Crise da Legitimação do Poder Judicial

1. Tal como aconteceu com as outras formas de poderes institucionais, o poder judicial também sofreu uma erosão, que provocou uma crise de legitimação indissociável da crise da justiça.

Não é uma questão nova, nem exclusivamente portuguesa. Está a acontecer na Europa, na América Latina e em África. Porém, há que reconhecer que nunca como hoje ela se apresentou com tanta visibilidade e suscitou tantos debates nas sociedades democráticas.

São várias as razões apontadas para explicar o que levou à situação actual.

2. Na evolução histórica, ao império do rei sucedeu o império da lei, trazido pelas ideias liberais nos séculos XVIII e XIX. O liberalismo pretendeu opor-se ao absolutismo do antigo regime, substituindo o governo dos homens pelo governo das leis. Considerando que a lei era um limite ao exercício do poder, os liberais entendiam que este não podia ser discricionário e teria de ser exercido de acordo com a lei. Por sua vez, a lei emanava da soberania do povo.

Retirada a função jurisdicional ao rei, foi atribuída aos juízes, que passaram a estar sujeitos à lei. A sua função era legitimada por contribuir para a aplicação da lei, com a cautela exigível para que, na decisão dos conflitos, não fossem violados outros interesses protegidos e com a necessária objectividade e imparcialidade para que a decisão imposta pudesse ser aceite pelos litigantes ou pelos membros da comunidade em geral.

O império da lei foi abalado quando se passou a exigir a submissão das leis aos princípios e valores jurídicos considerados fundamentais, que passaram a consubstanciar os ideais de justiça a que se entendeu dever submeter-se a prática jurídica.

Com o império da justiça, exigiu-se o abandono do legalismo como prática baseada num conceito restrito da lei. Os juízes continuaram a ser os agentes e os garantes da legalidade, passando a interpretar a lei de acordo com os ideais de justiça a que a prática forense deve estar submetida. Porém, as condições da legitimidade da sua actuação passaram a ficar sujeitas a um sistema de controlo processual e epistemológico. Os critérios de racionalização das decisões judiciais tornaram-se objecto de indagação.

3. Uma das causas que contribuiu para o desgaste do poder judicial foi o recente alargamento do seu campo de acção.

Os tribunais passaram a ser chamados a pronunciar-se sobre questões novas – questões ambientais, defesa de interesses difusos, questões de bioética, modificação genética de organismos, entre outras –, sem que tivessem preparação técnica e científica para as julgar, nem estruturas adequadas às novas exigências.

4. A isto acresce um novo fenómeno social e político que levou à transformação do papel do poder judicial e à mudança da sua posição relativamente aos demais poderes.

É aquilo a que se tem chamado “activismo jurisdicional” e resulta duma inflação da intervenção jurídica. Surge como uma consequência do enfraquecimento do Estado, a par da promoção da sociedade civil e da força dos *media*. Com a diminuição dos poderes tutelares com funções de autoridade, como o político, o clerical e o paternal, os juízes surgem como o último recurso para quem os cidadãos se voltam.

Esta inflação da intervenção judiciária tem ainda outras explicações.

A solicitação da justiça tornou-se geral e tudo e todos se tornaram objectos passíveis de jurisdição, ou, justiciáveis, no dizer de Antoine Garapon. Os políticos e os homens notáveis deixaram de estar acima da lei e são agora sujeitos à justiça penal comum; a própria lei pode ser escrutinada pelo Tribunal Constitucional; o Governo, pelo Tribunal do Luxemburgo; o funcionamento das instituições judiciais, pelo Tribunal de Estrasburgo.

Por outro lado, a integração dos Estados numa comunidade supra estadual e o aparecimento de fontes de direito supranacionais, a que as ordens jurídicas nacionais devem submeter-se, conferiu aos juízes o novo poder, e também a obrigação, de julgarem o próprio direito interno. Este deverá agora submeter-se a normas que exprimem princípios de valor superior. O juiz deixou assim de ser um mero aplicador do direito, de ser “a boca da lei” de que falava Montesquieu, para se tornar um intérprete crítico que verifica a conformidade da lei com um direito superior – a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o direito comunitário, etc.

A par desta emancipação do juiz, que agora pode julgar a lei de acordo com normas que traduzem princípios de um valor superior, verifica-se um ascenso do poder judicial, resultante duma renovada concepção da democracia, portadora de expectativas políticas novas, de que os juízes surgem como potenciais garantes. Os cidadãos recorrem cada vez mais aos tribunais para formular pedidos que correspondem às expectativas emergentes.

Com uma intervenção cada vez maior na vida social, do juiz se espera que seja não só o julgador, mas também o conciliador, o apaziguador dos conflitos sociais, que decida questões do interesse público, como as da bioética, do ambiente ou dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A explosão dos processos é, assim, um fenómeno social.

O activismo jurisdicional corresponde também à expectativa das novas exigências dos cidadãos para controlo, pelo poder judicial, da actuação dos políticos e dos notáveis envolvidos numa nova criminalidade complexa: a da corrupção.

A justiça invade as esferas da vida pública e privada e os juízes “comportam-se como guardiões da virtude pública”².

Pizzorno chamou-lhe “o controlo da virtude”. Em Itália deu lugar à operação mãos *limpas* e em Espanha a processos em que políticos e banqueiros muito poderosos foram levados a julgamento, destacando-se nesta actuação o juiz Baltazar Garçon.

No mesmo sentido, em Portugal surgiram, nos anos mais recentes, processos inéditos contra figuras conhecidas do mundo da política ou do futebol.

O ascenso do prestígio e do poder das magistraturas judiciais, decorrente desta nova forma de actuação, além do incómodo que causou nas esferas atingidas, proporcionou aos juízes uma notoriedade e uma exposição à curiosidade pública e aos órgãos de comunicação social, que lhes foi claramente desfavorável, por falta de estruturas para o desempenho das novas funções. Goradas as expectativas para a magistratura resolver os novos problemas, o seu protagonismo cedo passou a ser negativo.

3. O Caso Português

1. A crise do nosso sistema judicial insere-se na evolução que ficou apontada.

Importa porém assinalar que o caso português tem de relevante a rapidez com que se tem desenvolvido.

² Ricoeur, Paul, *in* prefácio a “Guardador de Promessas” de A. Garapon, pág. 10, ed. Instituto Piaget.

Ultimamente apresenta algumas características específicas ou, pelo menos, que se verificam com uma intensidade maior do que na generalidade dos demais países em que o fenómeno ocorre.

2. Nos últimos trinta anos, passou a recair sobre o nosso poder judicial o controlo da constitucionalidade, alargou-se o campo da sua intervenção na garantia contra lesões dos direitos fundamentais, na defesa dos direitos difusos, no controlo da legalidade dos actos da administração, na imputação da criminalidade a figuras públicas.

Tudo isto perante uma sociedade em conflitualidade crescente.

A par da expansão derivada destas novas situações, o poder judicial passou a interferir no campo do poder político e do poder legislativo.

O Tribunal de Contas controla agora parte da actividade do órgão executivo, limitando o seu poder e a sua acção.

Na sua forma de fiscalização abstracta, o Tribunal Constitucional interfere com a esfera do poder legislativo, exercendo sobre ele um efectivo controlo da adequação da sua acção aos preceitos constitucionais.

3. Decorrente das profundas transformações sociais ocorridas com a Revolução de Abril, em Portugal assistiu-se a uma repentina massificação dos processos judiciais, fruto da consciencialização dos direitos individuais que conduziu ao aumento do poder reivindicativo dos cidadãos.

4. Ocorreu nos últimos anos uma legiferação vasta e por vezes deficientemente formulada, resultado de difíceis processos de negociação, que introduziram factores de dificuldade na aplicação do direito e na função judiciária.

A maior tecnicidade das matérias a regulamentar passou a reclamar dos órgãos legislativos conhecimentos e preparação que não têm, dando origem a textos imperfeitos e de difícil interpretação.

5. A fragmentação do poder judiciário, trazida pela criação de tribunais e comissões arbitrais, provedores, julgados de paz, órgãos de mediação e de resolução de pequenos conflitos, articulados com os tribunais judiciais por via do recurso das respectivas decisões, foi um dos factores que contribuíram para o enfraquecimento do poder judicial, agora dividido.

6. Na sociedade portuguesa, a questão da legitimação do poder judicial assume hoje um especial relevo e importância.

Há que ter a consciência de que, nos últimos anos, entre nós se passou a questionar o acerto das decisões dos nossos juízes, o desempenho dos tribunais, os males da justiça.

É inevitável que estas questões ponham em causa a natureza e a origem da legitimação do poder. Nos últimos anos, tornou-se patente o mal-estar entre os cidadãos acerca da justiça que temos e agudizaram-se as relações entre eles e os operadores judiciários.

Questões relevantes como o segredo de justiça, a prisão preventiva e o abuso da sua aplicação, o recurso a escutas telefónicas inaceitáveis para o cidadão comum, tem sido recentemente objecto de debates constantes, interessados e com larga divulgação.

Admitir a existência destes problemas, reconhecer a necessidade de os debater, promover a sua discussão, é procurar o caminho para a busca de soluções que se impõem urgentemente.

4. Legitimação do Poder Judicial

4.1 Fundamentos da legitimidade formal

1. Num Estado democrático, a regra é a de que a legitimidade decorre do sufrágio popular.

Entre nós, o Presidente da República, o Parlamento, o Governo são eleitos democraticamente, decorrendo daí a legitimidade do seu mandato e também a sua sujeição ao controlo externo da sua actuação.

Apenas o poder judicial, enquanto órgão de soberania escapa a esta forma de designação.

2. Quais são então os fundamentos da sua legitimação?

Tantos quantos são os autores que se pronunciaram sobre a legitimação do poder judicial assim se contam as diversas fundamentações invocadas.

E, se algumas são coincidentes, diverge a relevância que lhes é dada.

Apontando apenas alguns exemplos, citaremos:

O IV Congresso dos Juízes Portugueses, em Fevereiro de 1997 concluiu que a legitimação dos Juízes reside na lei enquanto referência de uma consciência comum.

O V Congresso dos Juízes Portugueses, em Novembro desse ano, concluiu que a legitimidade do poder judicial decorre directamente da Constituição e que a sua legitimação se faz através de reformas processuais e orgânicas eficazes que permitam uma judicatura independente.

O Juiz Joel Timóteo Pereira defende que a independência é o pilar fundamental da legitimação dos Tribunais, enquanto o Juiz Henriques da Graça entende que a legitimação do poder judicial radica na Constituição.

Para o Juiz Igreja de Matos, a legitimação dos juízes decorre da sua sujeição à Constituição e à lei, existindo no poder de proferir uma decisão judicial e decorrendo da publicidade da sua intervenção, dos mecanismos de conservação da prova, da fundamentação obrigatória das decisões e da sujeição destas a recurso.

O Juiz Mouraz Lopes defende que a legitimação judicial se sustenta na imparcialidade e independência, pressupondo visibilidade, transparência, fundamentação e inequívocidade das decisões para que sejam aceites.

Numa comunicação ao Congresso da Justiça, em Março de 2003, a Juiz Maria de Fátima Mata-Mouros sustenta que a questão fundamental subjacente ao tema da legitimação do poder judicial se reconduz à problemática da fundamentação da decisão.

3. A grande diversidade de pontos de vista com que deparamos quando percorremos comunicações sobre a legitimação do poder judicial deriva, antes de mais, do facto deste conceito abranger vários campos diferentes entre si.

Se umas vezes se fala em legitimação na sua vertente formal, noutras, fala-se em legitimação no aspecto material.

Há ainda que definir o âmbito da própria expressão. Uns autores entendem que ela se refere aos juízes, outros estendem-na aos magistrados do Ministério Público, havendo ainda quem defenda que abrange todos os participantes processuais, nomeadamente os advogados, na medida em que todos podem e devem contribuir para a produção de decisões judiciais.

Referir-nos-emos apenas aos juízes, os protagonistas mais importantes da função jurisdicional e, por isso mesmo, aqueles cuja legitimação mais se discute e está na ordem do dia.

4. A legitimação democrática corresponde a uma legitimação formal – é aquela que deriva da vontade popular expressa pelo sufrágio.

O sistema electivo vigorou em França, onde a eleição dos juízes era uma profissão de fé da oposição republicana desde a Restauração. Em 1882, a Câmara dos Deputados proclamou “Os juízes de todas as ordens são eleitos por sufrágio universal”.

Abandonado em França, este sistema é seguido actualmente na Suíça e nos Estados Unidos, sendo hoje excepcional mesmo nas sociedades democráticas.

Não obstante o facto de, em Espanha, os juízes não serem eleitos por sufrágio dos cidadãos, Alfonso Villagómez Cébrian, magistrado do Tribunal Superior de Justiça da Galiza, recorre a um interessante argumento para defender a sua legitimidade democrática. Sustenta que o juiz encontra tal legitimidade na aplicação da lei, cuja oportunidade e conteúdos concretos procedem sempre do poder legislativo, que emerge legitimamente da expressão da vontade popular manifestada em eleições. Por sua vez, estas servem também para configurar o sentido

político da realidade social de cada momento, realidade com a qual o juiz se tem de sintonizar na sua função aplicativa do direito. E é precisamente na aplicação da lei que o juiz encontra a sua legitimidade democrática³.

Numa linha diferente da anteriormente citada, mas não divergente dela, um grupo de quatro Magistrados do Ministério Público, num trabalho apresentado ao Congresso da Justiça de 2003 por, intitulado “Legitimidade do poder judicial”, sustenta que se recomenda para os tribunais uma legitimação não eleitoral, uma vez que exercem o poder soberano de administrar a justiça segundo uma lógica cognitiva (indagar os factos e apurar a verdade) e declarativa (declarar a justiça do caso segundo o direito pré-constituído), contrariamente ao poder representativo cuja função é a de constituir a ordem jurídica. Aplicando os tribunais o direito criado pelos representantes do povo, que agem em nome deste, justifica-se uma legitimação diferente da dos órgãos eleitos. Numa perspectiva inovadora, faz-se ainda notar que o voto popular confere uma forma imperfeita de legitimação porque a soberania não pode ser delegada e que, sendo embora o sufrágio o paradigma da legitimação em democracia, não é fonte exclusiva da legitimidade. O poder judicial teria assim uma legitimação material derivada da sua actuação sujeita à lei pré-constituída, criada pelos órgãos eleitos.

No actual sistema português, a lei constitucional estabelece uma conexão entre a soberania popular e o exercício da função jurisdicional, no art. 202.º:

“Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.

Temos assim uma legitimação formal que é constitucionalmente conferida aos tribunais. Esta legitimidade formal, ainda que acrescida pela legitimação legal – sujeição dos juízes à lei – é hoje reconhecidamente insuficiente, não obstante provir da Constituição e decorrer de outros princípios ali definidos (como a apreciação oficiosa pelos tribunais da constitucionalidade da lei nos casos concretos submetidos ao seu julgamento, publicidade das audiências, fundamentação obrigatória das decisões, natureza obrigatória do caso julgado).

4.2 Fundamentos da legitimidade formal

1. O que justifica o poder do juiz ditar uma decisão e a obrigação de nos submetermos a ela?

Alguns autores apresentam três tipos de legitimidade: a funcional, a política e a orgânica.

Na primeira, o juiz retira a sua legitimidade da eminência da própria função, das suas competências e da garantia da sua independência.

³ Artigo de opinião, no jornal *El País* de 9/02/2009.

A legitimidade política do poder judicial provém do facto de ser responsável pelas condições que permitem o funcionamento dos poderes legislativo e executivo. A justiça é uma instituição que cumpre uma função ética.

É um serviço público que diverge dos demais, pois tem a responsabilidade de salvaguardar o Estado de direito e de manter os seus valores.

O terceiro tipo de legitimidade deriva do modo de designação – uma eleição pelo povo.

2. Afastada a concepção de Montesquieu, segundo a qual o juiz tinha uma função puramente mecânica de aplicar as leis, de serem a boca que pronuncia as palavras da lei, hoje exige-se do juiz que aplique a lei, mas entende-se que a função cognitiva que lhe está subjacente – indagação dos factos e interpretação da lei – deve ser feita de forma actualizada, em conformidade com o sentimento geral da comunidade e de acordo com os princípios jurídicos a que a lei deve submeter-se.

Assim, antes de aplicar a lei, espera-se que o juiz verifique a sua conformidade a um direito superior – a Constituição e as convenções internacionais a que o Estado se obrigou (entre elas as regras comunitárias inseridas no direito positivo).

Os juízes portugueses não se têm mostrado sensíveis à necessidade de verificação da conformação da lei às normas internacionais, cada vez mais importante face à globalização do direito e das sociedades.

Isto mesmo foi constatado, com lucidez e coragem, pelo Juiz José Mouraz Lopes no VI Congresso dos Juízes Portugueses, lançando um alerta nesse sentido e um apelo para que os tribunais questionem e não apliquem as leis quando não respeitem os princípios a que estão obrigados, designadamente os aceites pelo Estado Português em Convenções Internacionais.

3. Pensar a legitimação do poder judicial é, sobretudo, pensar a legitimação do juiz.

A função de julgar, legitimada pela vinculação do juiz à lei, exige uma dupla liberdade: uma perante os outros poderes, a outra, relativa às consequências das suas decisões.

Esta liberdade é geradora da independência do poder judicial perante os poderes legislativo e executivo. A legitimidade do juiz radica na sua independência, que constitui a garantia prestada aos cidadãos duma decisão justa porque tomada ao abrigo de pressões exteriores.

Mas, esta liberdade e independência têm como corolário uma responsabilidade ética perante o Estado de direito.

Na já citada comunicação, a Juiz Fátima Mata-Mouros, com notável espírito crítico, faz notar que a via social de responsabilização dos juízes é uma meta incontornável nas sociedades

actuais, destacando-se a motivação das decisões entre os pressupostos institucionais para a atingir, sem a qual a vigilância externa do poder judicial se torna completamente impossível.

Ainda segundo a mesma autora, a motivação é dirigida à generalidade dos cidadãos e destina-se, sobretudo, a possibilitar um controlo externo e geral dos fundamentos factual, lógico e jurídico da decisão. Deve ser pública e perceptível para qualquer pessoa, quer quanto ao fundamento lógico e jurídico da decisão, quer quanto às justificações de facto e de direito enunciadas.

Descrevendo a evolução histórica da prática da fundamentação das decisões, Jorge Malem Seria faz notar que, em Espanha até ao século XIX, os juízes não fundamentavam as suas decisões e actualmente constitui uma exigência legal⁴.

Entre nós, a evolução foi no mesmo sentido, porém, a obrigatoriedade da fundamentação já foi imposta no século XVI⁵.

E como disse o Advogado Alberto Luís no Congresso da Justiça de 2003, “... é tempo de passarmos a exigir uma maior qualidade às motivações das decisões judiciais”.

4. Como já anteriormente ficou referido, quando o império da justiça prevaleceu sobre o império da lei, abandonou-se o estrito legalismo, e passou-se a interpretar a lei de acordo com princípios e valores jurídicos considerados fundamentais. Os juízes continuaram a ser os agentes e os garantes da legalidade, mas as suas decisões e os respectivos critérios de racionalização passaram a ser controlados.

Numa sentença judicial, a argumentação jurídica é lógica se partir de premissas válidas e se obedecer a certas características como a universalidade, a não contraditoriedade com as premissas, a coerência e a racionalidade.

Para além disso, a motivação tem de ser clara, perceptível e aceitável para a maioria da comunidade. A publicidade dos processos decisórios é outra exigência imprescindível.

Ainda segundo o Professor Modesto Lopez, da Universidade de Granada, “... o juiz deve procurar a aceitabilidade da sua decisão por parte dos que participam no processo de argumentação jurídica. Deve orientar-se por um possível consenso em torno das razões da sua decisão... a aceitabilidade da decisão por parte da sociedade é o que guia o juiz na busca do direito”⁶.

⁴ In “Podem As Más Pessoas Ser Bons Juízes?”, *Rev. Julgar* n.º 2 de 2007, pág. 32.

⁵ Juíza Maria de Fátima Mata-Mouros, na já citada comunicação ao Congresso da Justiça.

⁶ *Jueces para la Democracia, Information y Debate*, 18.

5. A legitimação é conseguida através do controlo externo e será, porventura, esta uma das mais importantes vias para o seu reconhecimento.

Nas sociedades democráticas considera-se essencial que num Estado de Direito todos os poderes sejam limitados por outros poderes e nem mesmo o poder judicial, cuja função se reconduz ao controlo dos demais poderes do estado, deve deixar de ser controlado.

Como bem disse o Procurador-Geral Adjunto Maia Costa, “Não podemos esquecer que o poder judicial é um lugar de exercício do poder e que em democracia todo o poder é responsável perante o povo, que é o único titular da soberania”⁷.

António Cluny, Procurador-Geral Adjunto, sustenta que “só valorizando o papel de controlo e direcção dos conselhos superiores se pode responder à crítica – formalmente infundada, mas praticamente verdadeira – de que os órgãos do poder judicial agem sem prestar contas”⁸.

É hoje consensual a necessidade da existência dum órgão exterior aos tribunais dotado de eficácia no controlo dos mesmos e não se põe em causa a sua contribuição para a legitimação do poder judicial. Contudo, há divergências quanto às suas funções e objectivos e mais ainda quanto à sua composição.

Para Antoine Garapon, juiz francês e Secretário-geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça, o conselho superior da magistratura existente em diversos países, procura proteger a imparcialidade dos juízes, assegurar a sua representatividade e garantir a ética⁹, entendendo ainda que a este órgão compete julgar os juízes¹⁰.

Laborinho Lúcio preconiza um novo modelo de auto-governo que assegure uma gestão global do sistema de justiça, uma co-responsabilização formal e institucional dos vários subsistemas, uma inequívoca legitimação democrática, uma real eficácia de controlo e de responsabilização e uma transparência renovada.

Impõe-se a necessidade de criar um novo órgão que funcione como um conselho superior para a justiça. Seriam seus objectivos assegurar a independência do poder judicial e o controlo eficaz e externo do sistema judiciário.

A esse órgão competiria a gestão global das questões judiciais e teria a consequente responsabilização pela mesma. Caber-lhe-ia também a fiscalização da actividade dos tribunais e atribuições da disciplina dos seus membros.

Da composição deste órgão depende muito a realização dos seus objectivos.

⁷ In *O Sistema Judiciário Português*, pág. 65.

⁸ *Idem*, pág. 27.

⁹ *O Guardador de Promessas*, pág. 261.

¹⁰ *Idem*, pág. 274.

Pretende-se que seja actuante, eficaz, não corporativo, capaz de assegurar a independência do poder judicial e também de o dignificar, fiscalizando o exercício da função judicial e exercendo o poder disciplinar quando ele se imponha.

No V Congresso dos Juízes Portugueses, estes concluíram que o C.S.M. deve ser constituído maioritariamente por Juízes eleitos pelos seus pares.

Uns juízes defendem a representação, pelo menos paritária, entre juízes e não juízes, com o voto de qualidade do Presidente da República, enquanto outros defendem que os membros do Conselho devem ser eleitos pela Assembleia da República, com a garantia da participação de magistrados, que poderão constituir maioria desde que esta resulte de uma legitimidade democrática externa.

No pólo oposto, se situa Antoine Garapon que afirma que os representantes dos magistrados nestes conselhos devem ser, imperativamente, minoritários, argumentando que um conselho superior da magistratura composto maioritariamente por juízes não poderá preencher um papel terceiro¹¹.

6. A legitimação do poder judicial passa, também, pela avaliação da qualidade dos juízes, mas também do seu recrutamento e da sua preparação.

A sua personalidade e o seu comportamento são a face mais visível, ainda que superficial, do mérito ou demérito da justiça que deles emana. Exige-se justamente deles que, para serem críticos e poderem julgar os outros, devam responder pela sua própria ética e pelo seu comportamento.

“A maneira de se comportar, de fazer as perguntas, de recomeçar uma instrução pública na audiência é do domínio exclusivo da prática profissional... Esta maneira de ser escapa, por definição, a toda a tentativa de controlo profissional”, escreve Antoine Garapon¹².

Na nossa prática forense todos assistimos frequentemente a actos de descredibilização da justiça, decorrentes duma actuação criticável.

Isso acontece quando um juiz começa uma audiência depois da hora marcada e para agravar a situação, não dá qualquer justificação aos advogados, partes e testemunhas que fez esperar, por vezes, duas ou três horas.

Ou, quando diariamente chega ao tribunal duas horas depois da hora para que marca habitualmente o início das diligências. Ou quando dirige uma audiência com manifesta arrogância. Ou quando deixa de dar andamento aos processos durante meses ou anos, sem

¹¹ Obra citada, pág. 273.

¹² Obra citada (nota 9), pág. 272.

motivo aparente. Ou quando tem o seu serviço atrasado, mas, por hábito, não comparece no tribunal senão em determinados dias da semana.

O novo juiz tem que corresponder a uma cidadania exigente com que vai confrontar-se.

Exigir-se-lhe-á um perfil ético irrepreensível, uma boa preparação técnica jurídica mas também em outras áreas em que seja chamado a julgar.

Terá de ter sensibilidade para perceber que os processos não são apenas um conjunto de actos burocráticos mas representam interesses, pessoas, direitos e deveres. Substituirá a actual cultura autoritária e técnico burocrática por uma cultura judicial democrática que permita realizar o princípio da igualdade de todos perante a lei.

A sua personalidade e o seu comportamento são a face mais visível do mérito ou demérito da justiça que deles emana. Exige-se justamente dele que, para ser crítico e poder julgar os outros, deva responder pela sua própria ética e pelo seu comportamento.

Terá de utilizar as ferramentas trazidas pelas novas tecnologias: a informática, a internet, os novos meios de comunicação.

Tudo isto implicará novas regras de recrutamento, selecção e formação.

Implicará uma actualização permanente e sistemática. Implicará uma nova exigência a nível disciplinar.

Para Denis Salas, magistrado e professor na L'École Nationale de la Magistrature, a legitimidade do juiz não vem dum origem electiva, nem dum sistema de sanção. Exprime-se no quotidiano dum prática profissional que aceita reflectir sob o olhar dum opinião esclarecida.

A capacidade crítica e interventiva dos cidadãos de hoje não deixa de exercer uma fiscalização sobre o comportamento e a conduta dos juízes no exercício das suas funções.

“Nenhum debate sobre a independência do juiz é útil se estiver separado de uma reflexão sobre a estatura intelectual e social do juiz” escreveu Jean Denis Bredin no Libération em 6 de Maio de 1991.

Para Capelletti, os ganhos do controlo social compensam largamente os riscos da pressão ilegítima sobre a decisão.

5. Concluindo

Garapon dedicou a sua obra “Le Gardien des Promesses” ao tema de que o juiz, do ilustre ao modesto, está aí como guardião das promessas de vida e de dignidade, feitas à humanidade pelos nossos antepassados revolucionários e por tantos outros. Mas, não deixa de reconhecer uma existente preocupação com a possibilidade de vida para as gerações futuras perante as quais temos compromissos. Reconhece também que nos defrontamos com novos desafios, dos quais considera a exclusão o maior e que obriga o direito a repensar a sua missão.

Aguardam-nos a globalização do direito, o aumento das desigualdades sociais, a exclusão dos cidadãos sem capacidade para se exprimir, o crescente aumento dos grandes grupos multinacionais de actividades económicas, a criminalidade organizada a uma escala nunca antes existente.

Para fazer face a estes desafios e às novas exigências das sociedades democráticas há que reconhecer que se impõe uma nova cultura judicial, em permanente actualização.

Uma sociedade democrática não pode prescindir dum poder judicial prestigiado, aceite pelos seus cidadãos e que garanta a sua segurança e a paz social.

Para isso, é necessário que não seja posta em causa a sua legitimação.

E esta tem de ser actual, obtida com critérios aceites nos tempos que correm.

A legitimação do poder judicial é um fenómeno complexo e os seus fundamentos estão em constante evolução, de acordo com as mudanças de mentalidades. Procurámos apontar neste trabalho alguns deles, sem a pretensão de os termos esgotado.

Pensamos que a legitimação só será obtida com base na conjugação de diversos fundamentos, embora com maior relevância uns do que outros.

A independência dos magistrados é uma responsabilidade democrática para assegurar a sua isenção e imparcialidade. Não pode ser confundida com privilégios corporativos. Tem de ser usada para garantir os direitos humanos e para impedir a exclusão e a denegação de justiça.

A motivação das decisões é imprescindível para possibilitar o controlo externo e para que possam ser compreendidas e aceites pelos cidadãos.

Para a legitimação do poder judicial é também necessária a existência dum órgão exterior aos tribunais, perante os quais estes respondam.

Os juízes têm de corresponder a uma cidadania exigente: devem ter um perfil ético irrepreensível, uma boa preparação técnica jurídica, bom senso e sensibilidade social.

Considerando a força e eficácia da opinião pública, os juízes portugueses terão de passar a contar com este novo poder fiscalizador, como recentes acontecimentos têm demonstrado.

A Deontologia do Juiz



[Philippe Abravanel]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A Deontologia do Juiz

Publicado na Coletânea de Jurisprudência, Ano XX, Tomo III, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, 1995, pp. 9 a 14

A¹ deontologia, segundo Littré, é simplesmente a ciência dos deveres. Todo o ser humano tem deveres, jurídicos ou morais, mesmo religiosos. O termo “deontologia” aplica-se na linguagem corrente aos deveres em relação a uma condição social ou profissão. No que respeita ao Juiz, a especificidade da sua ética reside na sua situação funcional, que não é somente profissão, mas também órgão do Estado. O Juiz é parte do terceiro poder do Estado, igual aos outros dois, e este poder não é derivado, como o de um funcionário, mas original, directo. Ele actua sobre a vida, a honra, a integridade física, a liberdade e os bens dos indivíduos.

Daí que a fonte da deontologia do Juiz se deva encontrar nos direitos específicos dos Juizes, de que os deveres são o corolário. Estes direitos do Juiz não são senão a consequência do princípio da independência da Justiça, que é, ele próprio, condição de funcionamento de qualquer democracia.

Vamos examinar rapidamente quais são os parâmetros da independência da Justiça, em número de sete. Depois, em três capítulos, estudaremos os deveres do Juiz, a disciplina a que está submetido, a sua responsabilidade civil e penal. Por fim, examinaremos o estatuto social do Juiz e a sua independência interna.

I. A independência da justiça

- a) Fica excluída toda e qualquer intervenção governamental sobre a administração da Justiça. E mesmo intolerável que um Ministro critique uma decisão judiciária ou convide os juizes a mostrarem-se mais severos na repressão de certos crimes.
- b) A designação e a substituição dos Juizes devem ser independentes do poder executivo. O melhor sistema será, provavelmente, a autoridade de um Conselho Superior da Magistratura, designado sem intervenção do Governo.

¹ Extracto da Conferência proferida no Conselho da Europa, em Mamaia, Roménia, no dia 6 de Setembro de 1994, e publicada em “P. J. A. - Pratique Juridique Actuelle” (Suíça) – 4/95.

- c) Da mesma forma, é estritamente proibida a destituição de um Juiz pelo poder executivo. A autoridade disciplinar sobre Juizes é exercida por Juizes, geralmente de categoria superior. Para os Juizes do Tribunal Supremo, pode encarar-se a intervenção de uma comissão parlamentar, composta de deputados e de Juizes.
- d) Os Juizes recebem uma remuneração decente, que para os mais importantes de entre eles será proporcionada à dos Ministros. Isto é indispensável para recrutar juristas capazes (apesar da concorrência das empresas privadas e da administração central), para evitar qualquer forma de corrupção e impedir qualquer segundo emprego (salvo o científico).
- e) Em quinto lugar, a Justiça deve dispor de um orçamento próprio. A Ordem Judiciária, terceiro poder do Estado, negocia o seu orçamento, não apenas com o Governo, mas também com o Parlamento, e administra livremente este orçamento. Doutra forma, o Ministério da Justiça poderia exercer uma pressão perversa através de restrições orçamentais ou pela recusa de novos serviços judiciários indispensáveis, de instalações ou de material.
- f) Em sexto lugar, é necessário que a Ordem Judiciária nomeie livremente os seus assistentes e empregados. Notemos que a Justiça é mais independente nos Estados em que o Tribunal Supremo designa também os Juizes de escalão inferior.
- g) Enfim, o titular da pirâmide judicial ocupa o terceiro lugar no protocolo do Estado, após o Chefe de Estado e o Presidente do Parlamento.

II. Os deveres do Juiz

1. Para garantir a sua independência, o Juiz deve declarar-se impedido, ou ser declarado impedido, quando a sua imparcialidade seja duvidosa. De acordo com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a simples aparência de parcialidade importa o impedimento do Juiz. Acontece isso quando o Juiz, a sua família, os seus próximos, os seus amigos, relações de negócios, ou então os seus adversários, têm interesse no caso a julgar. Os constrangimentos seriam nesse caso severos. Mas não se trata de ceder a qualquer querelante, a qualquer maníaco da desconfiança. O utente da Justiça não tem o direito de escolher o seu Juiz. Não pode, por exemplo, invocar o facto de o Juiz ter decidido de uma certa maneira num caso análogo. Nem, salvo circunstâncias excepcionais, que já compareceu antes diante do mesmo Juiz. Os motivos da recusa do Juiz devem ser objectivos.

É esta uma das razões por que o Juiz deve abster-se de toda a afirmação pública das suas opiniões: não se torna necessário chegar ao ponto de lhe reprovar uma ideologia que limitaria a sua liberdade. Todavia, esta solução tem cambiantes, como se verá mais adiante.

2. O comportamento do Juiz em audiência é teoricamente fácil de desenhar. O Juiz deve ser perfeitamente sereno, deve deixar transparecer uma calma autoridade, sem ser autoritário, mostrar que conhece perfeitamente o processo (“sur le bout du doigt”), nunca se afastar da mais estrita imparcialidade.

Na prática, não é fácil assegurar esta conduta. As partes e seus representantes não respeitam sempre as regras do jogo e o Juiz, como o árbitro no campo de futebol, deve assinalar as faltas. Nos países de tradição britânica, o cartão amarelo, ou mesmo o vermelho, está sempre à mão, sob a forma de incriminação de “contempt of court”, que pode conduzir à suspensão do advogado ou à prisão do utente da Justiça. No Continente, o Juiz encontra-se menos armado; todavia, várias legislações permitem-lhe excluir dos debates uma parte demasiado recalcitrante e empreender um processo disciplinar contra um advogado que abusou dos seus privilégios.

Como quer que seja, estes instrumentos devem ser manejados com tacto, visto que a acusação de parcialidade depressa é dirigida contra o magistrado que os utiliza. E então surge a ameaça de recusa do Juiz, o que envolve suspensão do processo, em detrimento da parte de boa-fé.

Ora, o Juiz que se presta às manobras dilatórias é altamente criticável, dado que os cidadãos têm direito a uma Justiça rápida.

3. Como deve comportar-se o Juiz no meio social que o envolve?

Já vimos que deverá evitar toda e qualquer conduta susceptível de o etiquetar, de pôr em dúvida a sua imparcialidade.

Mas não é menos certo que o Juiz é um homem e um cidadão. Devendo julgar os seus congéneres, não será necessário levar uma vida monacal, que lhe subtrairia todo o contacto com as quotidianas inquietações. Não é caso para lhe interditar a prática de um desporto, a participação num conjunto de música de câmara, a frequência de um grupo religioso ou cultural, o exercício de uma actividade filantrópica. Mas ele deve escolher as suas relações sociais com discernimento e evitar encontrar pessoas que corram o sério risco de ter de comparecer perante si. É uma questão de tacto.

A actividade política coloca um problema delicado. É claro que o Juiz não iria tomar partido publicamente numa questão puramente política, designadamente eleitoral. Se a questão é de política judiciária, é preferível que seja o próprio corpo judiciário, como tal, ou a associação profissional dos magistrados, a afirmar uma posição, mais que um Juiz isolado. Contudo, o Juiz é igualmente um cidadão.

Muito raros são os países que lhes recusam o direito de voto. A sua pertença a um partido político é mais controversa, estando ela agora geralmente proibida nos países onde ainda há pouco tempo era obrigatória.

A nosso ver, não será por si mau que um Juiz superior, designadamente um Juiz constitucional, tenha uma pertença política conhecida, mais que uma simpatia oculta. A partir de um certo grau de jurisdição, um julgamento é sempre um acto mais ou menos político. Ora, nenhum Juiz é asséptico.

E por isso preferível que, antes de promover um Juiz de Tribunal Superior, se conheça a sua família política, o que permite uma repartição profissional dos magistrados com assento em determinado Colégio de Juízes. Doutra forma, um Juiz não poderia intervir num debate coberto pela imprensa sobre um assunto quente. Ele investiria com a sua autoridade opiniões que, só o comprometendo a ele, seriam todavia atribuídas à própria Ordem Judiciária; ou, pior ainda, veria os seus propósitos deformados, com o apoio da sua própria fotografia. A refra sofre no entanto uma excepção: cf. capítulo III, al. h) infra.

4. A deontologia da via privada do Juiz levanta questões espinhosas. Por um lado, é bem claro que a vida privada de um magistrado judicial é garantida constitucionalmente, tal como a de qualquer cidadão. Por outro lado, desvios de conduta conhecidos enfraquecem a autoridade de quem ter por função julgar os outros.

Que um magistrado cometa abusos de bebida na intimidade do seu lar, isso não interessa à Ordem Pública, a menos que caia no alcoolismo e venha por isso a tornar-se incapaz de assumir a sua exigente função. Que um Juiz tenha uma ligação amorosa, também isso não compete em última análise senão à sua esposa. Mas se este Juiz se faz notar em público com a sua amante, ou se se comporta mal numa boite nocturna, ou se se deixa surpreender ao volante em estado em embriaguez, estes comportamentos deixam de ser toleráveis.

A conclusão a tirar parece hipócrita, mas não é senão humana: como a mulher de César, o Juiz não deve ser suspeitado. Mas a ninguém cabe levantar o véu da alcova.

5. Em princípio, o Juiz deve todo o seu tempo à sua função. Se lhe restam tempos livres, ele deve ainda consagrá-los a aperfeiçoar-se, aumentando os seus conhecimentos jurídicos e gerais. Mesmo passeando o cão ou pescando no rio, raramente o Juiz abandona as suas preocupações profissionais e fundamentais. Prestar Justiça não é somente uma técnica, é uma filosofia, e o imenso poder, a imensa liberdade do Juiz impõem-lhe, em compensação, uma também imensa exigência pessoal.

Sendo assim, parece não restar qualquer margem para ocupações acessórias. Toda via, constata-se uma vez mais que são as pessoas mais sobrecarregadas de responsabilidades que queimam mais etapas e que são aqueles que têm menos que fazer que ainda encontram forma de se atrasar. O Juiz diligente é chamado para comissões de estudos científicos, éticos, sindicais, e nada há a dizer disso, pois que tais actividades dão da sua alçada e ninguém conseguiria substituí-lo com vantagem.

Do mesmo modo, ninguém pensa impedir um Juiz de ensinar uma disciplina de direito, designadamente direito judiciário, desde que isso não interfira com a sua actividade principal. Quanto à redacção de obras e artigos científicos, elas são geralmente bem vindas, excepto por parte de alguns juízes britânicos, que com muitas reticências se vêem dar opiniões de direito fora do pretório (quase sempre são esses que jogam particularmente bem o golf...).

Toda a actividade económica é justamente vedada ao Juiz, a menos que se trate da gestão do seu próprio património.

E quanto às arbitragens? Em alguns raros países, os árbitros são de bom grado escolhidos entre os Juízes, que agem então, não como órgãos do Estado, mas em virtude de um mandato das partes em litígio, e são remunerados através de honorários que eles próprios fixam. É controvertida a oportunidade desta opção. Para uns, não é admissível que os Juízes façam concorrência à Justiça oficial e embolsem somas por vezes importantes a título privado, para além do seu vencimento, tanto mais que praticamente em todo o lado a Justiça se queixa de estar sobrecarregada. Para outros, é precisamente um meio de aliviar a Justiça de processos frequentemente muito pesados; bem como porque o julgamento acaba sempre por ser necessário, tanto quando é feito por pessoas que têm a formação, a moderação e os conhecimentos dos Juízes, como quando feito por pessoas inexperientes, nomeadamente quanto às regras essenciais do processo (“audiatur et altera pars”).

Sem trancar a questão – isso é frequentemente a intenção de sensibilidades locais – observemos que são muitas vezes Juízes, dominando os seus dossiers (processos), mas disponíveis, que são encarregados da missão de árbitros. Todavia, o Juiz não

pode utilizar a infraestrutura judiciária (pessoal, material), sem autorização e compensação.

De qualquer forma, podemos inspirar-nos na regulamentação do Tribunal Federal Suíço, que impõe ao magistrado o dever de anunciar oficialmente a arbitragem que ele aceite e de restituir ao cofre do Tribunal uma parte dos seus honorários de árbitro. Enfim, ninguém contesta seriamente o interesse para a Justiça e o Estado na participação de um Juiz nas organizações profissionais respectivas, regionais, nacionais ou internacionais. Para tanto, será hábil e sensato libertar o interessado de uma parte das suas tarefas quotidianas.

6. O Juiz está obrigado ao segredo de função e bem entendido que ao da deliberação.
7. Mais que qualquer outra pessoa, o Juiz está adstrito a um exigente dever de diligência. A liberdade quase ilimitada de que goza impõe-lhe consciência profissional em todos os instantes. Não se limita a evitar todo e qualquer atraso no seu trabalho – o destinatário da Justiça padeceria com isso, e como corolário toda a ordem judiciária –, o que lhe impõe horas “suplementares” e por vezes a renúncia a licenças e férias. Mas também se envolve na obrigação de apreender todos os elementos factuais e jurídicos do caso.

Esta dupla necessidade, próxima do inconciliável, determina-lhe que efectue a todo o momento a devida sopesagem do necessário tratamento dos dossiers com a inteligente gestão do seu trabalho. Neste aspecto, a intervenção da autoridade disciplinar não pode deixar de ficar restrita aos casos de preguiça ou incapacidade, manifestamente abusivas. Não cabe, a este órgão, por outro lado, julgar o próprio conteúdo das decisões.

III. Casuística

Raras são as decisões publicadas sobre ofensas à deontologia judiciária. Os Juízes não apreciam nada que os seus desvios de conduta sejam difundidos, pensando que com isso a sua autoridade ficaria enfraquecida. Mas há outra razão: em geral, infracções deste género não se reconduzem a um tipo legal. De nosso conhecimento, não existem na Europa códigos de deontologia judiciária (mas esta afirmação é formulada sob reserva, a benefício de inventário). Nos Estados Unidos, o “American Bar Association”, que compreende uma secção judiciária, publicou um Código de Conduta dos Juízes. Mas trata-se de uma associação privada, que não está investida do poder do Estado.

Em princípio, a regra “nullum crimen sine lege”, a saber “não há infracção sem lei”, não se

aplica ao direito disciplinar.

Porque nesta matéria tudo é “nuance”. Uma conduta admissível num contexto pode não o ser noutra. Bastará por isso formular o princípio de que o Juiz deve, em todas as situações, respeitar a dignidade do seu cargo, sem enumerar regras pontuais, que ao fim e ao cabo não regulariam nada.

A legislação canadiana não escapa a este princípio.

Todavia, o Conselho canadiano da Magistratura, que não tem nada a recear quanto à sua reputação e autoridade, publicou uma elegante obra intitulada “Resolução Sobre a Conduta dos Juízes”. Eis um certo número de exemplos, sublinhando que se trata duma casuística que não deverá ser retirada do seu contexto.

a) Participação em conselhos de administração de organismos de caridade e de associações filantrópicas

A questão é controvertida. Mas a resposta é maioritariamente negativa. De facto, o Juiz não deve colocar o seu prestígio ao serviço de uma causa e correr o risco de parecer em sintonia ou simpatia com os destinatários da justiça que defendem a mesma causa, sobretudo se ela se apresenta tingida de cores e preferência políticas. Pelo contrário, a pertença aos quadros de organizações culturais (orquestra sinfónica, grupo de teatro, universidade) é considerada mais favoravelmente, pelo menos enquanto o Juiz se abstem de aparições públicas. E antes de aceitar tal cargo, deve o Juiz assegurar-se de que a organização em que se vai integrar não corre provavelmente o risco de ser demandada num processo.

b) As associações privadas

Um juiz não deve pertencer a uma associação que encoraje qualquer forma de discriminação fundada na religião, na cor, na nacionalidade, no sexo, ou em qualquer outra causa. Isso seria contrário aos princípios constitucionais que afirmam a igualdade humana e contrário à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em compensação, a participação em outras associações literárias, desportivas, culturais, artísticas ou outras, é vista favoravelmente, na medida em que permite ao Juiz participar na sua vida social e sair da sua torre de marfim. Mas, novamente, ele deverá evitar aceitar responsabilidades orgânicas nestas associações.

c) Os deveres de reserva impostos à família do Juiz

De um modo geral, na época da emancipação da mulher, não é pensável impedir a

esposa de um Juiz de exercer uma qualquer actividade, nomeadamente política.

No entanto, nas pequenas localidades, tal situação será evitada. Da mesma forma, é inadmissível que, sendo ambos os cônjuges Juizes, um dependa hierarquicamente do outro (Juiz de primeira instância e Juiz de um Tribunal Superior), ou, pior ainda, que um participe na eleição, nomeação ou promoção do outro.

d) As dádivas e os presentes

O Juiz, enquanto tal, não deverá aceitar qualquer presente, seja ele uma refeição ou uma garrafa de vinho.

Esta recusa será oposta não somente à parte ou ao advogado de um processo em curso, como a qualquer pessoa que pudesse um dia ter de comparecer perante a Justiça.

Qualquer outra atitude implica suspeita de corrupção, que é talvez a mais grave acusação contra um Juiz, e também a mais destabilizadora relativamente à Justiça e ao consenso democrático.

Pelo contrário, o Juiz pode aceitar presentes de uma pessoa próxima, em relação à qual ele deveria, de qualquer modo, declarar-se impedido. Mas, na dúvida, recusará.

e) Participação em eventos públicos

O Juiz convidado para uma recepção por uma empresa comercial, deve lá ir? Mais uma vez é necessário pesar o a favor e o contra. Por um lado, a ameaça do perigo da torre de marfim se se recusa todo o contacto social. Por outro lado, se se aceita um convite é difícil recusar outro sem dar a impressão de favoritismo. Depois, persiste o risco de reencontrar aquela empresa como parte num processo futuro, ou de encontrar na recepção uma parte em processo pendente. Por conseguinte, é melhor reflectir duas vezes antes de aceitar tal convite. Uma excepção pode ser aberta para sociedades de natureza quase oficial. E bem assim para as pequenas empresas com carácter familiar, em relação às quais o Juiz se deveria, de qualquer modo, declarar impedido. E quanto aos convites para a cerimónia de abertura ou reinstalação de um gabinete de advogados?

Também aqui uma certa prudência se impõe.

f) As recomendações

O Juiz aceitará recomendar uma pessoa conhecida ou um antigo colaborador? Se se trata da nomeação para um cargo judiciário ou parajudiciário, é difícil recusar uma

informação. Nos demais casos impõe-se uma certa reserva: ao exprimir uma apreciação qualitativa e não apenas láctica sobre o candidato, o Juiz compromete a credibilidade da própria Justiça, cujo capital de confiança não deve ser diminuído.

g) A administração de uma herança

Um Juiz designado testamentário, por vezes sem ter disso prévio conhecimento, hesitará antes de aceitar, pois terá eventualmente de prestar contas a outro Juiz, por vezes seu colega de instância. No entanto, quando se trate da sucessão de uma pessoa próxima, que se anuncie sem problemas, não há razão imperiosa para recusar.

h) Os discursos em público

O problema dos discursos em público fez já correr muita tinta. Alguns recomendam a abstenção total. Isso parece-nos de excluir, nomeadamente para os Juízes dos Tribunais Supremos, bem como sempre que a independência da Justiça esteja em perigo. Em tais circunstâncias, é dever dos representantes dos Juízes subir às barricadas.

Todavia, a obrigação de reserva rege sempre. A regra de ouro – não deixaremos de o repetir – é que o Juiz não deve dizer nada e nada fazer que possa lançar a dúvida sobre a sua imparcialidade. Por isso, não tomará partido numa questão política, a menos que ela atinja as próprias bases do Estado e da sociedade, designadamente o respeito pela liberdade, pela dignidade humana, pela democracia, numa palavra, o Estado fundado no direito. Em tais casos, felizmente raros, a Justiça não tem o direito de se calar, ela deve antes fazer ouvir a sua voz por intermédio dos seus representantes mais eminentes e é esse também o papel da Associação Profissional dos Juízes. Se acaso acontecer que ela deva enfrentar outros poderes do Estado, as instituições internacionais, nomeadamente a União Internacional de Magistrados, virão apoiá-la².

IV. A disciplina dos Juízes

1. Quem diz regra diz sanção. Sobre este aspecto, a observação que fizemos sobre a inadequação de um Código deontológico dos juízes não se aplica: as sanções devem

² Nota: Acabamos de passar em revista alguns exemplos retirados da prática ocidental, num país de “Common law”. Este apanhado mostra os problemas que se podem colocar num regime de economia de mercado. E inevitável que outras questões surjam nas novas democracias.

ser fixadas legalmente. Prevê-se geralmente a simples advertência, a repreensão, que pode ser em privado ou solene, a multa, a suspensão, com ou sem vencimento, a demissão.

2. A autoridade competente para aplicar a sanção será igualmente designada pela lei. E será necessariamente uma autoridade judiciária. Qualquer ingerência de outro poder é um atentado grave à independência da Justiça.

Além do que apenas os Juízes são capazes de apreciar os entorses à deontologia judiciária, os quais dependem de um tratamento extremamente subtil. Tudo ponderado, a experiência ensina também que apenas os Juízes ousam exercer o rigor necessário neste género de casos. Aqui não vem nada a propósito a consideração que num qualquer processo penal é costume sentir-se pelo acusado.

O Juiz escolheu a sua condição profissional; ele goza de poderes e de privilégios excepcionais e permanentes (pois que é, em princípio, inamovível); por consequência, as suas faltas devem ser rigorosamente sancionadas, sem especial ponderação humanitária ... ou política.

A autoridade disciplinar deveria ser exercida, em princípio, por jurisdições superiores, podendo ser-lhes associados Juízes do mesmo grau (pares). Nos Estados onde existe um Conselho Superior da Magistratura, como a França, a Itália, a Espanha ou a Roménia, tal órgão, ou uma das suas secções, exercerá o poder disciplinar; mas sob condição de este Conselho Superior da Magistratura ser composto em maioria por magistrados judiciais e designado paritariamente, e não através de um acto do poder executivo.

Certas legislações atribuem ao Ministério da Justiça a competência para abrir o inquérito disciplinar. E um atentado à independência da Justiça: somente uma autoridade judiciária pode dispor de tal competência. Por seu lado, o Ministério Público é livre de denunciar qualquer caso suspeito à autoridade judiciária superior, como qualquer cidadão, aliás.

No que concerne à disciplina dos Juízes dos Tribunais Supremos, ela é geralmente assegurada em Colégio. E no entanto necessária uma válvula de segurança, e ela será naturalmente uma secção do Parlamento a funcionar como Câmara de acusação.

3. O processo disciplinar respeitará os princípios fundamentais, como o direito de ser ouvido, de carrear provas, de ser assistido por um defensor (um Juiz, mais frequentemente que um Advogado).

V. A responsabilidade do Juiz

1. No exercício estrito da sua actividade judiciária, o Juiz não incorre em qualquer responsabilidade penal.

Todavia, se na ocasião do desempenho dessa actividade cometer uma infracção penal, por exemplo falsificando um documento autêntico, ele responde como qualquer outro cidadão.

O mesmo se diga, sem dúvida, das infracções de carácter penal que ele possa cometer enquanto indivíduo (homicídio, roubo, ou mais banalmente embriaguez ao volante). Para o colocar ao abrigo de comportamentos chicaneiros, a acção penal fica subordinada à autorização da autoridade disciplinar.

2. No plano civil, o Juiz não goza, enquanto cidadão, qualquer privilégio. Mas na sua actividade judiciária ele deve estar a coberto de reclamações intempestivas. Doutro modo, o destinatário da justiça, só porque descontente da decisão, reclamar-lhe-ia indemnização por danos. Nesta hipótese, as legislações modernas prevêem uma acção contra o Estado, que poderá agir em regresso contra o Juiz.

Esta acção de regresso é particularmente delicada quando o Juiz decidiu em colégio, pois ele pode ter sido aí colocado em minoria e não pode agora defender-se por causa do segredo da deliberação.

3. No foro moral, a responsabilidade do Juiz depende da sua consciência, o que escapa a todo o julgamento terrestre.

VI. O estatuto social do Juiz

1. O Juiz deve gozar de um estatuto social conforme ao seu poder, à sua dignidade e à sua responsabilidade. O seu salário deve colocá-lo ao abrigo de necessidades e assegurar-lhe uma existência decente, poupando-lhe a tentação de exercer qualquer actividade incompatível com a sua condição. Mas isto não implica nenhum privilégio. Quem abraça a função judiciária renuncia ao luxo que lhe traria uma profissão liberal ou comercial. Ele não pode reivindicar mais que uma honesta decência.
2. O Juiz tem o direito de aderir a uma associação profissional cujo escopo seja defender a sua profissão e a independência da Justiça. Isto lhe é mesmo recomendado.

Mas a sua filiação num sindicato mais amplo, por exemplo o da função pública, impor-

lhe-á uma particular reserva e a abstenção de uma actividade militante que assuma necessariamente cor política e o exponha à publicidade.

Regressa-se sempre à suspeita de parcialidade.

3. O Juiz não deve procurar alcançar prestígio para si próprio. Mas, quando representa o poder judiciário, deve reivindicar o seu lugar, que é, repita-se, o terceiro no protocolo oficial. A nível nacional, o Presidente do Tribunal Supremo tem precedência sobre os Ministros.
4. Uma vez mais, não se trata de exigir do Juiz uma total neutralidade de opinião. Repita-se, não existe Juiz asséctico. Ele é necessariamente moldado pela sua educação e pela sua cultura. A sua independência interna não é indiferença. Ela apenas lhe impõe uma constante vigilância em relação aos seus próprios preconceitos, que assiduamente deve combater.

VII. Conclusão

A profissão de Juiz não é um simples ganha-pão. É uma verdadeira vocação. O Juiz não se limita a aplicar mecanicamente a lei e a jurisprudência. Em cada caso ele deve reflectir sobre a finalidade da norma, considerada globalmente no inteiro sistema jurídico, compreendendo a Constituição e os tratados internacionais.

Esta profissão implica um grande poder, mas também grandes exigências. Mais que qualquer outra, encontra a sua gratificação no respectivo exercício.

Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre condições externas e internas



[João Paulo Dias
Jorge Almeida]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre condições externas e internas^{1 2}

Publicado na Revista Julgar, n.º 10, 2010, pp. 77 a 101

Sempre que falamos de separação dos poderes no Estado devemos ter em consideração a natureza e o tipo de organização a partir da qual se estabelece essa relação. Significa que, como é comumente aceite, a independência de cada um dos poderes estatais depende das condições em que esta se desempenha. Consequentemente, sempre que pretendemos analisar a independência do poder judicial, há que ter em ponderar sobre as condições organizacionais, internas e externas, que a balizam. Por *internas* referimo-nos à organização do poder judicial, que permite um desempenho, mais ou menos, independente de juízes e magistrados do Ministério Público. Por *externas* consideramos a capacidade/disponibilidade dos poderes executivo e legislativo para garantir uma arquitectura judicial e os meios necessários de modo a que, cada actor judicial, possa efectuar o seu desempenho livre de constrangimentos e limitações. Esta reflexão será ilustrada a partir do caso português.

1. Introdução

A maior visibilidade social dos tribunais, catapultou, nas duas últimas décadas, todos os seus actores internos para um novo patamar de importância.

Este protagonismo mediático da justiça é um fenómeno com poucos anos, que ganhou uma maior intensidade no início do presente século. Mesmo não sendo um protagonismo procurado, principalmente, pelos magistrados, a crescente importância dos tribunais torna incontornável a sua adaptação às novas exigências e às novas expectativas entretanto construídas no imaginário dos cidadãos. Deste modo, a erosão dos modernos sistemas democráticos e do prestígio dos seus protagonistas tem vindo a transferir o ónus da defesa da

¹ Texto apresentado, numa versão inicial, no workshop “Separation of powers in theory and practice: the Judiciary and the other two powers of the State”, que decorreu no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Ofiati (Espanha), de 9 a 11 de Maio de 2007.

² Para esta publicação efectuámos uma actualização profunda.

legitimidade democrática destes para os tribunais, dado que estes os quais baseiam a sua legitimidade quer em mecanismos de recrutamento e formação, quer com o seu desempenho profissional, ainda que derivado de premissas constitucionais imparcialidade e independência.

O facto dos poderes executivo e legislativo privilegiarem estratégias eleitoralistas de curto prazo em detrimento de políticas coerentes de médio e longo prazo, dada a dependência de resultados eleitorais e a dificuldade de conceptualização de alternativas aos actuais modelos de governação, têm contribuído, entre outros motivos, para uma crescente perda de credibilidade dos actores políticos. No pólo oposto, a aparente estabilidade do poder judicial, baseada mais em princípios do que em pessoas, tem contribuído para consolidar uma credibilidade pública, fundamental para funcionar como poder fiscalizador dos restantes poderes estatais e, assim, reforçar a sua própria credibilidade no seio dos sistemas democráticos.

Não deixa de ser sintomático dos tempos turbulentos em que vivemos, neste início de século, o facto de passarem pelos tribunais as expectativas dos cidadãos em readquirir uma certa estabilidade social, laboral e económica.

Isto é, os tribunais, que sempre foram das instituições que mais se opuseram à transformação social³, são hoje vistas com uma das últimas instituições capazes de adaptar uma postura progressista, no sentido de contrariar o apetite voraz da economia capitalista e de garantir os direitos de cidadania conquistados nos últimos séculos, mesmo contra a oposição dos tribunais de então (Santos *et ai*, 1996: 19). Mas, por outro lado, a simples defesa dos direitos de cidadania incorpora elementos conservadores se não for efectuada segundo novos princípios e, essencialmente, com uma renovada postura perante os novos poderes que se instalaram na organização das sociedades modernas⁴.

A independência da justiça é, neste contexto, um princípio cada vez mais importante para garantir a efectivação dos direitos dos cidadãos⁵. E esta garantia depende, em muito, da sua capacidade para desempenhar as funções que legalmente lhe cometem. E a capacidade, por sua vez, depende bastante dos meios disponibilizados pelo poder executivo e das leis que devem aplicar, aprovadas pelo poder legislativo. Assim, a independência da justiça não depende apenas

³ Carlos Maria Cárcova refere que o direito tem sancionado formas de distribuição desigual de bens e de poder, formas estas que costumam aparecer *naturalizadas* no discurso social hegemónico (1998: 9).

⁴ Os tribunais são, nos nossos dias, elementos essenciais para acompanhar e garantir o equilíbrio resultante da “reflexão” feita acerca da cidadania do século XXI (ver Yegen, 2008).

⁵ O conceito de “independência é utilizado num sentido lato, isto é, como os factores internos e externos que contribuem, por um lado, para influenciar as decisões judiciais (quer seja uma sentença ou uma decisão de investigar ou acusar um crime, entre outras opções) e, por outro, para limitar o desempenho do sistema judicial em termos de recursos (humanos, financeiros ou materiais), evitando que se atinjam os resultados esperados.

do poder judicial, *in se*, mas, também, e em larga medida, dos outros poderes estaduais. Pelo menos, no que se pode antever das recentes evoluções verificadas na (re)organização dos poderes estatais modernos, esta é uma limitação que se manterá intocável.

O propósito deste artigo é, então, procurar discutir as condições subjacentes à existência de uma verdadeira independência da justiça. Esta independência pode ser analisada de forma externa, na relação com os outros poderes estatais, e de forma interna, ao introduzirmos as condições organizacionais existentes no interior do poder judicial que podem limitar ou potenciar uma justiça independente. Deste modo, e tendo o caso português como pano de fundo, procuraremos articular um conjunto de factores que influenciam o exercício da justiça de forma independente. Partimos da ideia que, apesar da constante afirmação pública e da sua consagração legal, existem fortes limitações físicas, materiais, humanas, financeiras, corporativas e legislativas que influenciam as condições necessárias à independência da justiça. Esta discussão efectuar-se-á à luz de recentes transformações ocorridas em Portugal, bem como as polémicas que as entornam, procurando perceber, de que forma e em que circunstâncias, a independência do poder judicial é uma retórica que permite diferentes visões, perspectivas e práticas.

2. A independência da justiça: uma encruzilhada de tensões

A evolução histórica do papel dos tribunais está intimamente associada à evolução do Estado, variando de país para país, seguindo uma dinâmica resultante, muitas das vezes, do impacto dos processos de globalização (sejam de alta ou de baixa intensidade) nas recentes reformas operadas no Estado (Santos, 1995, 1998a, 1999b, 2000b e 2002). É visível e sintomático, das rápidas transformações verificadas na organização dos poderes estatais, o crescente protagonismo dos tribunais verificado nas últimas décadas, um pouco por toda a parte, corporizando os efeitos da globalização⁶.

Ao assistirmos, actualmente, a um maior protagonismo do judiciário, constatamos, deste modo, que tal facto se deve, pelo menos nos países mais centrais, a um duplo falhanço dos regimes democráticos na sua forma de Estado-Providência: por um lado, a existência de uma maior percepção, por parte da opinião pública, da falta de transparência do seu funcionamento; por outro, a perda de eficiência, de protecção social e da garantia dos direitos proporcionados pelo próprio Estado (Santos, 1996, 1999b). Verificamos, neste processo, a transferência da

⁶ Na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, não existe uma globalização mas vários processos de globalização, que abarcam, não só os fenómenos de índole económica, mas igualmente as dimensões sociais, políticas e culturais. A definição que propõe é a seguinte: “Globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (1997: 14).

legitimidade do Estado, por via dos poderes legislativo e executivo, para o poder judicial, o que só por si constitui um factor de polémica e atrito, não apenas na sociedade em geral, mas também entre os corpos profissionais dos vários poderes em conflito. Isto sobretudo quando os tribunais parecem querer assumir um papel progressista, de defesa dos direitos dos cidadãos, e de fiscalização da actuação dos actores estatais, apesar de terem sido das instituições mais conservadoras ao longo dos séculos, resistindo às mudanças e perpetuando rituais anacrónicos e elitistas⁷.

Nesta tensão entre os diversos poderes estatais surgem, normalmente, três questões principais associadas ao poder judicial (Santos *et al.*, 1996: 20 e ss.): *legitimidade*, sempre que este interfere com os outros poderes; *capacidade*, para executarem as suas tarefas; e *independência*, sempre que o executivo ou o legislativo tentam interferir no judiciário. No entanto, não podemos descurar outros factores de análise do problema do protagonismo judicial, como sejam a posição que o país ocupa no sistema-mundo (Santos, 1995: 269), a cultura jurídica em que se integra (Santos, 1995; Blakenburg, 1999; Feest e Blakenburg, 1997) e o processo histórico atravessado na entrada da modernidade (Santos, 1995: 270), aos quais se pode juntar o nível de desenvolvimento económico e o grau de democratização do sistema político (Shapiro, 1981).

O poder judicial é, apesar do exposto, uma organização heterónoma, visto os seus recursos – estrutura organizativa, jurisdição e limites de acção – serem estabelecidos pelo legislativo ou pelo executivo (Ruivo, 1986).

Assim, qualquer reforma do aparelho judicial transforma-se, de imediato, numa questão política de primordial importância. Porque na medida em que o actual protagonismo judicial se deva, em parte, a uma judicialização da política, este fenómeno acarretará, por ricochete, uma politização da justiça (Apostolava, 1998). A independência dos tribunais suscita, em consequência, tensões cada vez mais intensas. “A luta pela independência do sistema e do poder judicial é sempre, apesar das variações infinitas, uma luta precária na medida em que ocorre no contexto de algumas dependências robustas do sistema judicial em relação ao Executivo e ao Legislativo. Trata-se de uma luta com meios limitados contra outros poderes quase sempre hostis por uma independência que nunca é completa. (...) A luta pela independência depende do desempenho efectivo dos tribunais” (Santos *et al.*, 1996: 40).

A constatação de que, em países como Portugal, se assiste a uma retracção do Estado-Providência (ainda que no nosso caso esta retracção se verifique antes de termos atingido os níveis de protecção social de outros países), dadas as dificuldades orçamentais constantes,

⁷ Sobre os rituais judiciários ver, p.e., os trabalhos de Brigham (1987) e Garapon (1999).

verificamos, concomitantemente, uma apetência para a remodelação do poder judicial, de modo a garantir que um crescimento das tensões sociais não seja acompanhado por um aumento dos conflitos judicializados provocados pela crescente desintegração e desregulamentação social⁸. Aparentemente, os tribunais asseguram, assim, uma função de despolitização dos conflitos sociais. No entanto, verifica-se antes uma politização da justiça que levará, mais tarde, à judicialização da política⁹.

A justiça, em consequência, segundo Pedro Bacelar de Vasconcelos (1998: 79), “(...) converte-se em parâmetro de avaliação do desempenho dos órgãos de soberania, critério de ponderação dos resultados alcançados e, por fim, em condição essencial da legitimação substantiva do próprio Estado de Direito”, além de funcionar como o último patamar de recurso e de esperança dos cidadãos, não só na resolução dos conflitos mas, também, na fiscalização dos outros poderes estatais e na defesa e promoção dos novos direitos de terceira geração, como sejam, os direitos de cidadania, os direitos à qualidade de vida e ao ambiente, os direitos dos consumidores, os direitos das minorias étnicas ou sexuais, etc. “A atenção crítica a que estão actualmente sujeitos é o resultado do novo papel conferido aos tribunais como instrumentos fundamentais para uma boa governação e para um desenvolvimento baseado no Direito” (cf. Santos, 1999b: 51).

O poder judicial, no contexto desta evolução, encontra-se numa espécie de encruzilhada, da qual dificilmente consegue sair: a sua independência relativamente aos restantes órgãos de soberania de pouco vale se não tiver os meios humanos e materiais indispensáveis ao exercício das suas funções, e estando esses meios necessários dependentes dos outros órgãos de poder, o seu raio de acção está à partida limitado. Por outro lado, é a própria estrutura do ordenamento jurídico que estabelece os limites dentro dos quais o poder judicial se pode mover, e sendo esta “(...) um corpo sistematizado de normas, pressupõe, para a sua aplicação, um tipo específico de corpo judicial cujas unidades só podem variar dentro dos limites de uma certa flexibilidade”

⁸ A desregulamentação a que temos vindo a assistir, seja nas relações laborais ou económicas, pode ser vista na perspectiva de uma nova forma de regulamentação, tendo por base premissas diferentes das anteriores. Ver a este respeito Santos (1998b) e Ferreira (2005).

⁹ Uma forma crescentemente apoiada e implementada pelos Estados respeita aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, nas mais diversificadas áreas, que vão desde os conflitos de família aos litígios laborais, passando pelos direitos dos consumidores ou mesmo na esfera da reparação das vítimas de ofensas (Pedroso, Trincão e Dias: 2003). O facto de se implementarem estes mecanismos não significa, *per si*, que os cidadãos obtenham uma justiça mais eficaz ou justa, apesar de ser potencialmente mais célere. Esta é uma das áreas em que o Ministério da Justiça mais tem acentuado a intervenção e a tentativa de mudança de paradigma, desenvolvendo os Julgados de Paz e, mais recentemente, a mediação laboral, a par dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo.

(Ruivo, 1986: 129). Mas, para além disso, o poder judicial depara-se ainda com um outro paradoxo, sintetizado nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: “(...) o sistema judicial ganha visibilidade social e política por ser, simultaneamente, parte da solução e parte do problema da aplicação do Estado de direito. Quando é visto como parte da solução, a atenção dirige-se para o poder judicial e o activismo judicial¹⁰; quando é visto como parte do problema, a atenção desloca-se para a crise da justiça e a necessidade de efectuar reformas judiciais” (cf. 1999b: 51).

3. O poder judicial: funções e condições para a independência

Os tribunais vêm desempenhando nas sociedades contemporâneas vários tipos de funções consideradas importantes para a sua legitimidade e independência, bem como para a reconfiguração do papel que desempenham no seio dos poderes estatais. Este papel tem configurações diferentes consoante os países e as épocas em que se situam. O papel desempenhado pelo poder judicial durante o Estado Novo em Portugal é bastante diferente daquele que se verifica actualmente, embora se possam observar bastantes linhas de continuidade. Contudo, as linhas de ruptura contribuíram decisivamente para a afirmação de um protagonismo que jamais se tinha atingido em épocas anteriores (Dias, 2004).

Entre as várias funções que os tribunais desempenham, para além da resolução dos litígios, Santos *et al.* (1996: 51 e ss.) destacam três: as funções instrumentais; as funções políticas; e as funções simbólicas. Segundo estes autores, estas funções são diferenciadas: “(...) as funções instrumentais são as que são especificamente atribuídas a um dado campo de actuação social e que se dizem cumpridas quando o referido campo opera eficazmente dentro dos seus limites funcionais. As funções políticas são aquelas através das quais os campos sectoriais de actuação social contribuem para a manutenção do sistema político.

Finalmente, as funções simbólicas são o conjunto das orientações sociais com que os diferentes campos de actuação social contribuem para a manutenção ou destruição do sistema social no seu conjunto” (1996: 51-52).

No âmbito das funções instrumentais encontram-se a resolução de litígios, o controlo social, a administração e a criação de direito. O desempenho destas funções instrumentais não

¹⁰ Activismo judicial é aqui empregue no sentido de uma justiça proactiva, isto é, que tome a iniciativa, em contraponto com uma justiça meramente reactiva, que é a que tem predominado (do inglês *judicial activism*). Segundo Garapon (1998: 54), o *activismo* existe quando, entre várias soluções possíveis, o magistrado escolhe a que permite introduzir alguma mudança social ou, pelo contrário, de a travar, caso opte por uma via mais conservadora. Refere, ainda, que o contrário de *judicial activism* é *judicial self restraint*, que se limita a aplicar a lei, sem procurar outras vias alternativas.

pode ser visto separadamente das restantes funções, visto que estas dependem em muito da capacidade de concretização das primeiras.

As funções políticas decorrem, não só do exercício das funções instrumentais, que atribuem aos tribunais a função, também ela política, de controlo social, mas também do facto dos tribunais serem um dos órgãos de soberania.

Também a mobilização dos tribunais pelos cidadãos, em várias áreas do direito (laboral, administrativo, etc.), se traduz no exercício dos direitos de cidadania e, por conseguinte, de participação política. Neste campo centram-se problemas como o acesso à justiça e aos tribunais, a morosidade processual e os custos da justiça, questões cada vez mais importantes em função da (in)capacidade de resposta dos tribunais aos “falhanços” dos poderes políticos na resolução dos problemas sociais. Ainda no âmbito das funções políticas, os tribunais contribuem para a legitimação dos próprios poderes políticos, isto é, a independência da justiça constitui, nos nossos dias, um dos pilares fundamentais para a legitimação do sistema político no seu todo, essencial para garantir a efectividade dos direitos conferidos pelos poderes políticos.

Por último, as funções simbólicas, limitadas pelo facto de apenas se poderem desenvolver se as anteriores forem cumpridas. Estas funções são mais abrangentes que as anteriores, visto englobarem todo o sistema social.

“Os sistemas sociais assentam em práticas de socialização que fixam valores e orientações a valores distribuindo uns e outras pelos diferentes espaços estruturais de relações sociais (família, produção, mercado, comunidade, cidadania e mundo) segundo as especificidades destes, elas próprias fixadas por critérios de especialização funcional socialmente dominantes” (Santos *et al*, 1996: 55)¹¹. A concretização das funções simbólicas inserem-se, quer nas funções instrumentais, quer nas políticas, pois o desempenho destas últimas alimenta e fortalece as primeiras, mesmo que nem sempre actuem conforme as expectativas.

Cunha Rodrigues (1999: 56-57) considera que a função simbólica exerceu, durante longo tempo, um papel imprescindível para a afirmação e credibilização dos tribunais. No entanto, a sua evolução foi num sentido ambíguo, pois, ao mesmo tempo que se dissemina a ideia que todos os bens, como a justiça, estão ao alcance de todos os cidadãos, maior é a frustração pela não concretização dessas expectativas, em função das limitações conhecidas de todos nós. “Ao mito do “direito em abundância” juntou-se o da “justiça em abundância” (...). Os tribunais não têm capacidade para gerir um volume de solicitações tão significativo e diversificado como o que lhes é actualmente dirigido, sobretudo se mantiverem regras de organização e funcionamento oriundas de épocas de reduzida expressão de comércio jurídico ou calibradas para uma

¹¹ Sobre a especificidade dos espaços estruturais e das suas características cf. Santos, 1995 (403-455) e 2000b (243-303).

fenomenologia delinquencial de índole acentuadamente rural” (Rodrigues, 1999: 58). E esta crescente mediatização da justiça, que veio abalar os alicerces do seu poder simbólico, interliga-se, na maioria das vezes, com as questões de independência dos tribunais e dos seus corpos profissionais. Contudo, sempre que se fala de independência, há que distinguir entre “(...) a independência externa, que consiste na liberdade de que usufrui globalmente a magistratura relativamente a outros órgãos políticos, da independência interna, que está à disposição dos seus membros no interior da corporação” (Garapon, 1998: 59).

A independência judicial é muito mais sensível sempre que se fala de justiça criminal, mantendo-se as outras áreas de intervenção da administração da justiça bastante discretas. Apesar de este ser ainda a situação preponderante, não podemos deixar de referir a crescente importância que outras áreas da justiça têm vindo a receber, visto lidarem com diferentes tipos de interesses, todos eles mediatizados. A protecção das crianças e menores, pelo evidente lado humano que encerra, e os conflitos administrativos relacionados com o urbanismo e com vultuosos interesses económicos ligados a actuações da administração pública, são exemplos de áreas da justiça que determinaram, nos últimos anos, processos de reformas com alguma profundidade em Portugal.

Apesar de a independência externa estar assegurada, nos países mais avançados, pelas leis fundamentais e demais legislação em vigor, a sua concretização está sempre dependente das condições necessárias para o seu exercício realmente efectivo. Os recursos disponibilizados à justiça, o enquadramento legislativo, o modelo de organização judiciária são alguns dos factores que tornam uma efectiva independência externa da justiça um assunto multidimensional e não linear, como veremos mais à frente.

A independência interna, por seu lado, é sem dúvida mais complexa, indo para além das leis em vigor, em função de mecanismos informais que tornam a sua efectividade muito mais multifacetada e ambígua. Assim, como veremos à frente, através da referência ao papel dos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público, nem sempre o estipulado na lei é cumprido, visto que outros factores intervêm na sua aplicação, contribuindo algumas vezes para que a independência interna se transforme em formas de cumplicidade e de hierarquização informal das práticas e dos comportamentos (Dias, 2001 e 2004).

Este enquadramento leva-nos a discutir a importância de determinados conceitos para a formulação do poder judicial e, em particular, para a compreensão da posição dos magistrados¹²

¹² A referência ao conceito de independência é, neste artigo, aplicado a juizes e a magistrados do Ministério Público, apesar da distinção legal e tradicional relacionar *independência* com as competências de juizes e *autonomia* funcional para os magistrados do Ministério Público.

Ainda que as competências e funções sejam distintas, ambas as profissões gozam do princípio do paralelismo e cumprem as obrigações previstas na lei, da qual depende o seu desempenho.

face às suas responsabilidades enquanto elementos de órgãos de soberania e, por conseguinte, dotados de uma acrescida responsabilidade ética e moral (Volcansek, 1996; Dias and Azevedo, 2008). Isto, tanto mais quando os magistrados são os únicos titulares de órgãos estatais não democraticamente eleitos para as suas funções¹³, ficando a sua legitimidade confinada a outras formas: recrutamento, formação, promoção, eleição interna, nomeação, avaliação e fiscalização. Deste modo, conceitos como independência, autonomia, neutralidade, transparência, legitimidade, competência, pluralismo ou responsabilidade são essenciais à discussão em torno das reformas efectuadas ou a efectuar-se. Além disso, o desempenho dos magistrados é fundamental para a manutenção e reforço destas funções, contribuindo não só para a melhoria da eficácia da justiça, mas também para uma maior intervenção pública e política capaz de catapultar o papel simbólico dos tribunais para um patamar demasiado importante para ser ignorado ou minimizado, como aconteceu tantas vezes no passado.

4. “Tempos” de Reforma na Justiça: diferentes meios, diferentes caminhos

A tendência para efectuar reformas judiciais oscila, frequentemente, entre duas grandes linhas, quase sempre antagónicas, em vez de complementares, com predomínio para a primeira (Santos, 1982): a *perspectiva de curto e médio prazo* e a *perspectiva de longo prazo*. Como veremos, o caso português integra-se perfeitamente neste dualismo.

Perante a incapacidade de resposta dos sistemas judiciais à crescente e cada vez mais complexa demanda, Boaventura de Sousa Santos explanava, já em 1982, estas tendências de forma bastante clara. Numa *perspectiva de curto e médio prazo*, temos os magistrados e suas associações e os advogados defendendo “(...) que a solução reside no aumento quantitativo dos recursos disponíveis para o exercício das funções judiciais (mais tribunais, mais juízes, mais funcionários) (...). Porém, esta solução revela-se cada vez mais inviável em face da crescente crise financeira do Estado para alargar o orçamento da administração da justiça, já de si vultuoso” (1982: 10). Os magistrados e os advogados defendem o aumento dos vários recursos humanos e materiais com a excepção dos próprios, isto é, consideram, cada um por seu lado, que não é necessário aumentar o número de magistrados ou de advogados, mas sim efectuar uma boa gestão dos já existentes, tentando manter a respectiva classe num número reduzido, de forma a manter algum prestígio. Temos ainda, numa outra vertente desta perspectiva, os cientistas sociais e administradores ligados ao sistema judicial, defendendo que “(...) a solução reside numa melhor gestão dos recursos existentes, o que, em geral, envolverá alterações na

¹³ Zaffaroni (1996) refere que existem duas funções em qualquer Estado democrático: as puramente políticas e as que exigem capacidade técnica especializada. A função judiciária pertence à segunda.

divisão do trabalho judicial, a delegação descendente do trabalho administrativo ou de rotina e a promulgação de regras que tornem o processo judicial mais expedito” (1982: 10). Mas, como afirma Santos Pastor (cf. 1993: 23), “(...) desgraçadamente, as políticas de justiça, como conjunto de intervenções públicas na organização e funcionamento de uma série de instituições ou no comportamento das pessoas que trabalham na administração da justiça, e as opiniões sobre os problemas da administração da justiça, têm sido tradicionalmente pouco fundamentadas, tanto teórica como empiricamente”. Estas duas vertentes da perspectiva de curto e médio prazo sofrem resistências dos magistrados, com o objectivo de não perderem o controlo da actividade judicial, e sofrem resistências passivas das rotinas estabelecidas e dos interesses instalados.

Quanto à *perspectiva de longo prazo*, Boaventura de Sousa Santos concebe duas medidas que implicam mudanças mais radicais, propiciando uma alteração qualitativa no funcionamento dos sistemas judiciais. Em primeiro lugar, “(...) propõe transformações profundas na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com múltiplas e sofisticadas inovações técnicas que vão da automatização dos ficheiros e arquivos e do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, às técnicas de planeamento e previsão de longo prazo e à elaboração de módulos e de cadeias de decisão que tornem possível a rotinização (...). Para além destas inovações técnicas, já de si ambiciosas, estas reformas envolvem a criação de uma série de perfis profissionais novos e formas novas de centralização e unificação dos processos judiciais (...) que produzirão alterações profundas na organização do trabalho da justiça e, mais ainda, no sistema de autoridade e de hierarquia que o tem norteado”. (1982: 10-11). Mais recentemente, foram dados os primeiros passos no processo de introdução de reformas profundas no sistema judicial, procurando garantir, sempre que possível, a colaboração do Conselho Superior de Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público (e as estruturas associativo-sindicais) e da Ordem dos Advogados.

A introdução da obrigatoriedade de uso das novas tecnologias de informação pelos funcionários judiciais e magistrados significou um salto importante na capacitação do sistema para a aplicação de novas formas de gestão.

Esta mudança, a par das novidades introduzidas na administração dos tribunais (que analisaremos melhor no ponto 7), do reforço dos poderes administrativos do Juiz-Presidente e da nova organização territorial da justiça, poderá, a prazo, permitir a aplicação de técnicas de planeamento e a emergência de uma maior transparência e responsabilização no funcionamento do sistema judicial e no desempenho dos seus actores. Até ao momento não é possível elaborar uma opinião concreta, dado que a lentidão do processo e a informação disponível impedem uma avaliação mais profunda das mudanças introduzidas.

Numa segunda vertente, a opção por esta postura caracteriza-se pela elaboração de alternativas ao modelo centralizado, foral e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça. Estas alternativas têm recebido várias designações, ao longo das últimas décadas, como por exemplo “informalização da justiça”, “desjudicialização”, “deslegalização”, “justiça comunitária”, “resolução alternativa de litígios”, entre outras (Santos, 1982; Pedroso, Trincão e Dias, 2003). Estas técnicas, hoje implementadas com grande *vigor político* e através de modalidades muito diferenciadas, consistem, em geral, na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizadas, informais e desprofissionalizadas. Estas têm como objectivo funcionarem como alternativa, substituição ou complementaridade, em determinadas áreas da administração tradicional da justiça, e procuram tornar, em regra, a resolução dos conflitos mais rápida, mais barata e mais acessível, ainda que igualmente defensora dos direitos e da legalidade¹⁴.

Embora fosse possível articular estas duas perspectivas de reforma judicial, normalmente a diversidade de interesses tem impedido o seu avanço, deixando apenas implementar parte das soluções, que resolvem parte dos problemas, mas podem gerar novas dificuldades, porque não foram planeados numa perspectiva global do sistema judicial. Observa-se, na última década, a um discurso, em Portugal mas também noutros países, de redução da opção por medidas de curto e médio prazo, optando-se pelas de longo prazo.

Contudo, a implementação dos chamados mecanismos alternativos de resolução de conflitos tem sido demasiado lenta e inconsequente, dado o limitado investimento que lhe tem sido concedido. Emerge, em alternativa, face aos poucos recursos financeiros que são atribuídos à área da justiça, uma via legalista de redução do volume processual que impende sobre os tribunais, ao procurar, de forma legal-administrativa, retirar parte dos conflitos que mais contribuem para o entupimento dos tribunais (ex: a subida dos montantes mínimos para se poder judicializar uma dívida ou o aumento do valor das custas judiciais). Naturalmente, estas soluções “baratas” apenas funcionam como paliativas temporários, tendo dificuldade em assegurar uma sustentabilidade a longo prazo. No entanto, as soluções “baratas” podem tornar-se bastante dispendiosas em resultado do surgimento de novos problemas¹⁵.

¹⁴ Toda esta lematia da construção de uma justiça mais cidadã e complexa, através dos vários tipos de opções que se podem tomar, em termos de reformas, podem ser aprofundadas, quer em termos conceptuais quer na diversidade de respostas, em Pedroso, Trincão e Dias (2003).

¹⁵ Este foi, certamente, o caso da reforma da acção executiva nas últimas duas décadas, com o insucesso dos sucessivos governos em resolver a principal causa do congestionamento dos tribunais. A reforma da execução das decisões judiciais, principalmente relacionada com dívidas, é crucial para um melhor desempenho do sistema judicial. Actualmente, assistimos à introdução de novas ferramentas informáticas que, segundo os

As resistências face à introdução de reformas no sector da justiça podem assumir, pelo menos, três posturas (Koerner, 1999: 13 e ss.): 1) a *corporativoconservadora*; 2) a do *judiciário democrático*; 3) e a do *judiciário mínimo*.

A primeira postura predomina nos órgãos de cúpula do sistema judicial, bem como quanto a outros actores judiciais, que classificam a crise da justiça como consequência da insuficiência de meios e de problemas internos de funcionamento (corresponde à perspectiva de curto e médio prazo). A segunda postura questiona o próprio modelo de justiça, na qual o juiz age como funcionário, aplicando de forma neutral a lei, contribuindo para a reprodução das injustiças do sistema, apoiada por alguns magistrados, juristas e investigadores (procura fazer a transição da primeira para a segunda perspectiva).

Por último, a terceira vertente, que é igualmente a mais problemática porque se integra num projecto mais vasto de reformulação do Estado, segundo as teorias neoliberais, tem como principal objectivo a adaptação dos sistemas judiciais às condições de globalização, reduzindo os custos e o tempo dos litígios judiciais para favorecer apenas o crescimento económico.

Qualquer que seja a opção a tomar, bem como as resistências existentes à implementação de reformas na justiça, as escolhas que, nos tempos recentes, os Governos são obrigados a construir procuram atingir um equilíbrio entre as três dimensões que Zuckerman considera imprescindíveis: a justeza da decisão, os custos da justiça e o tempo em que é feita justiça (1999). A estes factores, acresce o facto da justiça ser um serviço público e, como tal, sujeito a restrições orçamentais, o que torna a sua qualidade (in)directamente dependente dos recursos financeiros disponíveis, situação que exige a construção de soluções de compromisso entre as três dimensões referidas e as efectivas necessidades da comunidade e do mercado.

5. Independência interna: mecanismos de controlo e auto-regulação

“O que decisivamente transfere da reflexão filosófica ou sociológica para o mundo “prático” do direito a questão dos limites do poder judicial – daquilo que podemos continuar a exigir-lhe sem que irremediavelmente se comprometa a sua identidade ou subsistência – é a

operadores judiciais, tem permitido algumas melhorias, ainda que seja cedo para efectuar comentários mais fundamentados.

Tal como sucedeu noutras situações, a falta do investimento necessário logo na primeira grande reforma da acção executiva exigiu investimentos constantes que garantissem a melhoria do sistema. As mudanças introduzidas nos últimos três anos concentraram-se, principalmente, na simplificação processual e na informatização dos procedimentos, que contribuiu, segundo o Ministério da Justiça (2008), para a ligeira diminuição da pendência processual. Não existe qualquer estudo que nos possa elucidar quanto foi despendido só com esta reforma, desde o seu início.

necessidade de um controlo efectivo, o que significa (...) a sujeição a controlos externos” (Vasconcelos, 1996: 201-202).

A actual importância que atingiu o problema da fiscalização e do controlo dos magistrados relaciona-se, igualmente, com a época em que nos encontramos.

Não podemos deixar de contextualizar estas acções com a crescente importância atribuída, nos nossos dias, à realização pessoal baseada no desempenho profissional. Deste modo, é compreensível que os magistrados considerem que, tal como Garapon, “(...) a instituição torna-se frustrante, a margem de iniciativa é quase nula, as oportunidades de valorização profissional quase inexistentes, e a inovação jurídica torna-se, em resumo, bastante rara” (1998: 63). Por conseguinte, é por forma a contrariar esta situação que o sistema de avaliação do desempenho profissional e de progressão na carreira adquire uma verdadeira importância, não se relacionando apenas com os magistrados, mas com a motivação que possam incutir na prestação dos serviços de justiça à sociedade.

Um outro vector importante para compreender a polémica à volta do corporativismo e de formas de controlo do desempenho e exercício da acção disciplinar dos magistrados é a crescente visibilidade que os tribunais adquiriram nas últimas décadas, que vieram, finalmente, expor os comportamentos dos seus profissionais nos meios de comunicação. Como refere o ex-Procurador-Geral da República, Cunha Rodrigues, “durante muito tempo, a justiça conseguiu manter a sua autoridade à custa de um distanciamento e legitimação que escapavam ao controlo dos cidadãos. Foi diferente quando o processo e o julgamento ingressaram no mundo dos eventos que produzem estados de opinião. É, por esta via, que a justiça passou a ocupar lugar nas representações sociais” (1999: 59). É evidente que a maior exposição dos tribunais e dos magistrados permitiu introduzir elementos de controlo externo, mas manteve afastados, do olhos dos cidadãos, os mecanismos de controlo interno, que continuam a pautar-se, no geral, de forma confessional e informal.

De facto, o exercício da acção judicial tem evoluído historicamente através da introdução de novos mecanismos que, além de promoverem os direitos e garantias das partes envolvidas, possibilitam que haja um controlo externo e permanente das acções protagonizadas pelos magistrados, uma exposição pública potenciada pelos meios de comunicação (Vasconcelos, 1996: 196-197). No entanto, estas alterações não eliminam todas as disfuncionalidades existentes ao nível da avaliação do desempenho profissional e do exercício da acção disciplinar, vectores que proporcionam o aparecimento de práticas corporativas e de formas de controlo interno, sedimentadas historicamente pelo isolacionismo a que foram votados os tribunais durante décadas.

A forma como se efectua o controlo dos magistrados tem gerado polémicas apaixonantes e prolongadas. A alteração das composições dos órgãos fiscalizadores ou das leis que os regulamentam geram, quase sempre, conflitos entre os diversos poderes estatais. As acusações entre os vários actores políticos e judiciais cruzam-se a um ritmo alucinante, como verificámos aquando da última alteração à composição do Conselho Superior da Magistratura¹⁶. Em causa está, alegam os magistrados, a independência da justiça e dos tribunais. No campo oposto, os políticos replicam com a necessidade de haver uma verdadeira fiscalização dos desempenhos profissionais de modo a assegurar uma justiça aplicada por profissionais competentes e isentos.

No fundo, como refere Afonso (1995: 144), "(...) motivo de polémicas e debates, pólo de interesses de políticos, de juízes e de jornalistas, [o CSM] tem sido transportado para o centro de uma disputa mais vasta e que se reconduz ao controlo do poder judicial", num reconhecimento implícito da verdadeira importância destes órgãos.

O Conselho Superior da Magistratura e o Conselho Superior do Ministério Público¹⁷ são considerados órgãos de gestão e de disciplina dos magistrados judiciais e do Ministério Público e, como tal, possuem alguns poderes de auto-regulação, enquadrados nos respectivos estatutos e leis orgânicas (incluindo a Constituição da República Portuguesa)¹⁸. Contudo, os poderes de auto-regulação de que dispõem permitem-lhes uma margem de manobra relativamente ampla no que respeita a estes assuntos. Vejamos, então, como se podem inserir os Conselhos Superiores, em termos conceptuais, no âmbito da auto-regulação profissional, que, por sua vez, permite gerar um duplo sistema de controlo interno: um baseado nas premissas legais relativos às competências dos Conselhos Superiores; outra, decorrente da anterior, que origina mecanismos informais, hierarquizáveis, de controlo interno, ou seja, de restrição do exercício da independência judicial (Dias, 2004).

¹⁶ O Conselho Superior da Magistratura é composto por 17 membros. O Presidente do Conselho Superior da Magistratura é o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por inerência. Temos, ainda: 7 juízes, proporcionais às diferentes categorias, eleitos entre os pares; 7 juristas designados pela Assembleia da República; e 2 membros (normalmente juristas), designados pelo Presidente da República.

¹⁷ O Conselho Superior do Ministério Público é composto por 19 membros. O Procurador-Geral da República e os 4 Procuradores Gerais Distritais, por inerência de funções; 7 magistrados do Ministério Público, das diferentes categorias, eleitos entre os pares; 5 juristas, designados pela Assembleia da República; e 2 juristas, designados pelo Ministro da Justiça.

¹⁸ Existe, ainda, no nosso sistema judicial o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Conselho dos Oficiais de Justiça, com competências semelhantes, ainda que relativos aos juízes dos tribunais Administrativos e Fiscais e aos funcionários judiciais. Face à dimensão e organização do sistema judicial português, a multiplicação de estruturas é uma situação incompreensível e geradora de problemas de gestão.

“Auto-regulação pode ser definida como o sistema sob o qual as regras são feitas por aqueles a quem elas vão ser aplicadas” (Davison *in* Moreira, 1997: 52). Esta definição de auto-regulação detém, na perspectiva de Vital Moreira, três características principais. “Primeiro, é uma forma de regulação e não ausência desta; auto-regulação é uma espécie de género regulação.

Segundo, é uma forma de regulação colectiva. Não existe auto-regulação individual; a auto-contenção ou auto-disciplina de cada agente (...) por motivos morais ou egoístas, não é regulação; a auto-regulação envolve uma organização colectiva que estabelece e impõe aos seus membros certas regras e certa disciplina. Terceiro, é uma forma de regulação não pública” (1997: 52-53).

Estas características são fundamentais para compreender a forma como se procede ao controlo interno do poder judicial, ou seja, de que forma a independência interna se encontra assegurada ou limitada pela acção de órgãos reguladores das profissões. Neste caso, estão os Conselhos Superiores como órgãos de controlo interno e de fiscalização das magistraturas. Estes órgãos integram instrumentos auto-regulatórios que lhes conferem poderes de auto-regulamentação, auto-execução e auto-disciplina (Moreira, 1997: 69).

No entendimento deste autor, a auto-regulamentação é a faculdade de criação de normas e de regras de conduta, ainda que, por vezes, possa estar limitada à “(...) execução de normas criadas exteriormente à instância de autorregulação” (*Idem*: 70). Por seu lado, a auto-execução refere-se à capacidade de aplicar as normas ou as regras de conduta que constituem o ordenamento regulatório, ainda que este seja oriundo de outra instância externa. A autodisciplina, na definição de Vital Moreira (1997: 72), é “(...) a capacidade da organização (...) sancionar os seus próprios membros pelas infracções cometidas”.

Esta capacidade pode originar três tipos de questões organizatórias (*Idem*: 73): “(...) a existência de um organismo disciplinar específico, separado dos órgãos representativos e executivos (separação de funções); a participação de leigos no órgão disciplinar; a possibilidade de dois graus de jurisdição disciplinar interna, através de um órgão de recurso”. Os Conselhos Superiores portugueses incluem todas estas características, facto que lhes confere verdadeiras competências disciplinares e uma exclusividade na gestão das carreiras das magistraturas¹⁹.

¹⁹ Os Conselhos Superiores portugueses possuem todas estas características por serem oriundos de um modelo de magistratura de natureza burocrática, como refere Guarnieri (2003: 76-77), em que a selecção provém de um concurso público para licenciados em Direito, a socialização profissional advém da pertença ao corpo judicial, a progressão é, legalmente, feita por via competitiva, com mecanismos de avaliação e uma margem de discricionariedade hierárquica elevada, o desempenho judicial é definido de uma forma genérica e a independência efectiva é relativamente limitada.

Em relação à defesa dos interesses de classe, esses já não são protagonizados pelos Conselhos Superiores ou, pelo menos, as suas competências não abrangem esses aspectos. Essa defesa dos interesses de classe está confinada, actualmente, à Associação Sindical dos Juizes Portugueses e ao Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Estas entidades, embora estejam próximas e influam no funcionamento dos Conselhos Superiores, têm por objectivo a melhoria da situação sócio-profissional dos magistrados. Não têm, assim, competências no âmbito da fiscalização dos magistrados. Contudo, o facto de participarem na elaboração das listas de magistrados concorrentes aos Conselhos Superiores leva a que se estabeleça um “cordão umbilical” entre as associações de classe e os órgãos com as competências para as fiscalizar, em termos individuais.

Esta situação contribui para a existência de práticas corporativas visto que, como afirma Bodiguel (cf. 1991: 244), “(...) a tentação do corporativismo é constante e mesmo os espíritos bons sucumbem, por vezes, à tentação”. A existência destas práticas, traduzidas na protecção dos incompetentes e dos que cometem infracções disciplinares, para além do favorecimento dos “conhecidos” na organização interna e nas promoções, contribui para o debate em tomo da (ir)responsabilidade dos magistrados e da verdadeira independência ou autonomia do exercício profissional dos magistrados. Além disso, não é só exercício de poderes hierárquicos, por parte de quem está em órgãos de poder judicial, que pode limitar a independência dos magistrados, mas também o controlo exercido pelos magistrados em instâncias superiores sobre os magistrados em tribunais hierarquicamente inferiores. Ainda que a maioria dos processos em tribunal possam ser irrelevantes em termos de necessidade de controlo interno, existem processos envolvendo políticos, empresários ou outras pessoas/entidades socialmente importantes e mediatizadas, que leva a que estes mecanismos de controlo sejam accionados. Vários têm sido os casos relatados em Portugal, nos últimos anos, como o processo “Casa Pia”, onde a importância de “controlar” os magistrados foi por demasiado evidente²⁰.

Segundo Mauro Cappelletti (1998: 73-74), os vários sistemas judiciais nos países ocidentais têm procurado enfrentar duas limitações e perigos de organização interna das magistraturas: o primeiro diz respeito à sujeição dos magistrados aos poderes políticos, em especial ao executivo; o segundo relaciona-se com a monopolização da responsabilidade disciplinar em órgãos controlados totalmente pelas magistraturas. No que concerne ao primeiro perigo, tem-se procurado reduzir ou eliminar o papel do executivo no prosseguimento e decisão do

²⁰ Este processo tem sido, igualmente, complexo em termos das relações profissionais entre juizes, magistrados do Ministério Público, policias e advogados. Existe, ainda, um grande tensão, por vezes latente outras vezes de forma manifesta, entre o poder judicial e os poderes políticos, que se foi revelando através de vários episódios.

procedimento disciplinar. Já no que respeita ao segundo perigo, a opção escolhida em Portugal tem originado alguns excessos, visto que privilegia frequentemente o “isolamento” das magistraturas e a sua actuação na defesa do seu “prestígio”, em detrimento da eficiência, da competência e da acessibilidade à justiça, serviço que os magistrados devem prestar em nome da concretização dos direitos de cidadania. Para combater estes laivos de corporativismo, tem-se verificado o reforço da presença de membros *laicos* na composição dos Conselhos Superiores, no sentido de se atingir um determinado equilíbrio entre, por um lado, a garantia de independência e a união dos magistrados e, por outro, o necessário exercício de fiscalização destes corpos profissionais.

Torna-se, então, compreensível que o exercício da fiscalização das magistraturas, de forma transparente, isenta e competente, é essencial para a manutenção e reforço das funções que os tribunais desempenham, em particular as simbólicas e, deste modo, para um verdadeiro exercício da função com independência.

Como afirma Pedro Bacelar de Vasconcelos, “ (...) a enorme expansão da intervenção judicial é incompatível com a manutenção da sua clausura” (1996: 197). Isto é, os mecanismos de fiscalização não podem continuar, por um lado, distantes do controlo público propiciando atitudes corporativas e, por outro, a perpetuar formas de controlo interno e manutenção de hierarquia: (in)formais, ou seja, cerceadoras da independência judicial.

As várias alterações nas competências e na composição dos Conselhos Superiores em Portugal²¹ não foram suficientes para, parafraseando Vasconcelos (1996: 200), se atravessar uma verdadeira revolução copernicana, tal foi a sua timidez, embora possam antever, sinais reveladores de uma evolução da estruturas do poder judicial e do processo de democratização iniciado com a revolução de 25 de Abril de 1974.

6. Independência externa: a “ditadura” dos recursos e da racionalização

A independência externa das magistraturas refere-se ao grau de intervenção do poder executivo ou do poder legislativo na arquitectura do sistema judiciário e às condições em que cada actor judicial exerce as suas funções.

²¹A reforma do Conselho Superior da Magistratura verificou-se em 2008. Conferiu, a este órgão, uma maior autonomia administrativa e financeira e permitiu que os membros não magistrados pudessem passar a exercer funções a tempo inteiro. O objectivo transmitido foi de assegurar uma maior autonomia e capacidade de actuação, incluindo a incorporação de membros externos à judicatura, garantindo-se, por esta via, pretensamente, uma maior transparência no exercício das suas competências.

Nas palavras de Garapon, a independência externa, “(...) consiste na liberdade de que usufrui globalmente a magistratura relativamente a outros órgãos políticos” (1998: 59).

Apesar da independência externa estar, nos países mais avançados, afirmada pela sua legislação, em especial, pelas várias constituições e leis fundamentais, é necessário um estudo concreto das condições necessárias para o exercício efectivo do poder judicial, entre elas, os recursos disponibilizados à justiça, o enquadramento legislativo e o modelo de organização judiciária.

Não é possível, então, falar de independência externa efectiva da justiça sem referir que esta deve ser estudada nas suas várias dimensões e facetas, atendendo a um modelo não linear. É na prática judiciária, na existência ou inexistência de meios humanos, materiais e financeiros; na flexibilidade ou rigidez da organização judiciária e do respectivo enquadramento legislativo que devemos procurar a independência externa do judiciário. O estudo da prática judiciária não tem sido efectuado, em Portugal, de um modo uniforme, limitando a análise que se poderia/deveria desenvolver como base fundamentada para qualquer processo de reforma organizacional e dos meios disponíveis no sistema judicial.

A crise da justiça e as suas reformas têm sido o ponto de partida de muita reflexão, diagnóstico e propostas de solução, em especial com a contribuição dos estudos realizados desde 1996 por Boaventura de Sousa Santos (Santos *et. al.*, 1996) e pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ).

No Centro de Estudos Sociais, complementando o trabalho do OPJ, vários têm sido os trabalhos que vem discutindo várias áreas da justiça de que são exemplo, na área laboral, a reflexão de Ferreira (2006) e, no âmbito dos mecanismos informais de resolução de conflitos, os estudos de Pedroso, Trincão e Dias (2003). Esse debate estendeu-se, entretanto, a instituições como o Conselho Económico e Social (1999), às revistas das faculdades de direito e dos profissionais do foro, com especial relevo para a *Sub Júdice* e para a *Revista do Ministério Público* (mais recentemente, é de salientar também o contributo da revista *Julgar*, promovida pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses).

Mas também haverá que destacar o debate promovido pelas universidades e pela sociedade, de que são bons exemplos os livros coordenados por António Barreto (2000) e por Bacelar Gouveia e Barbas Homem (2001), além das reflexões efectuadas por Pedro Bacelar de Vasconcelos (1996 e 1998).

A flexibilidade ou rigidez da organização judiciária em Portugal, contudo, e por contraste, tem sido alvo de um parco debate científico durante a última década, o que reflecte a diminuta importância a que o tema tem sido votado.

Os estudos empíricos são quase inexistentes e as reflexões teóricas reduzem-se a um conjunto de artigos que, na maioria das vezes, se limitam a propor algumas reformas pontuais (SMMP, 1999; Costa, 1999), a descrever a evolução do sistema judicial (Costa, 1988) ou a analisar uma área específica como, por exemplo, o modelo de avaliação e fiscalização das magistraturas (Dias, 2001 e 2004) ou a “arquitetura” do Ministério Público (Dias, Fernando e Lima, 2007; Dias e Azevedo, 2008).

Nos últimos anos, em particular após o relatório de Pedroso *et al.* (2002), “Os tribunais e o território: um contributo para o debate sobre a reforma da organização judiciária em Portugal”, foi dada uma nova atenção às questões da organização judiciária²², ressaltando-se a necessidade de uma reforma profunda que racionalizasse a estrutura judiciária portuguesa e a adequasse às necessidades da hodierna procura judicial. Esta proposta de reforma avançava através da concentração de tribunais na maior parte do território, da sua especialização e da necessidade de se criarem determinados serviços de assessoria técnica sedeados nesses novos tribunais, prestando-lhes a sua colaboração directa (nomeadamente serviços do Instituto de Reinserção Social, da Segurança Social e da Medicina Legal, bem como outras assessorias técnicas, entre outras)²³.

A necessidade de racionalizar o volume de trabalho e a gestão dos recursos humanos e dos métodos de trabalho nos tribunais judiciais, assim como a de fazer coexistir eficazmente um diversificado sistema formal de justiça com soluções informais (Lúcio, 2002) têm sido alguns dos aspectos que, recentemente, mais têm sido realçados, desvalorizando-se a perspectiva que, até aos anos 90, privilegiava a necessidade de afectar mais recursos humanos e materiais aos tribunais. Estas posições têm vindo, como se pode constatar pelo debate actual, a articular-se, promovendo um novo conjunto de reflexões, ainda que os estudos que consubstanciam as diferentes opções não sejam completamente satisfatórios.

Neste sentido, foi realizado, em 2005, o “III Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura” subordinado aos temas “Reforma da organização judiciária” e “Instrumentos de racionalização do trabalho dos juízes”, cujos trabalhos foram publicados em Novembro de 2006. Nas conclusões do encontro é defendido que “a necessária reforma da organização judiciária não pode reduzir-se a intervenções pontuais de alteração de formas processuais, ou de mera

²² Destacamos, com maior profundidade, a reforma da organização judiciária como umas das principais no âmbito dos factores que influenciam a independência externa da justiça e que, actualmente, se encontra em curso. Não obstante, outras reformas, introduzidas de forma lenta ou pouco estruturada, como seja a informatização dos procedimentos ou as alterações legislativas em várias áreas jurídicas (como a penal), têm um papel importante na análise dos factores externos limitativos da independência da justiça.

²³ Cf. em sentido convergente, ainda que com soluções práticas diversificadas, Lúcio (2002), Ribeiro (2003), Cluny (2003) e Bleck (2004).

cosmética e ajuste da rede judiciária (...). O incremento da capacidade de resposta do sistema judiciário não deve alcançar-se à custa da desjudicialização das causas ou da limitação injustificada do acesso ao Direito e aos Tribunais (...). A reforma da organização judiciária (...) exige: reestruturação do Conselho Superior da Magistratura (...); implementação de soluções de especialização na rede de Tribunais da Primeira Instância; adaptação do mapa judiciário às novas realidades sociológicas (...); e flexibilização das soluções orgânicas a implementar” (Conselho Superior da Magistratura, 2006: 12-13).

O Conselho Superior da Magistratura concluiu, quanto aos instrumentos de racionalização do trabalho dos juízes que dizem respeito à organização judiciária, que a reforma das alçadas, a especialização de tribunais, a flexibilização da estrutura dos juízos ou secções de processos, a afectação de um funcionário à assistência do juiz e a delegação de funções e a resolução de questões por provimentos genéricos são as medidas fundamentais a encetar.

Contudo, foram também considerados como instrumentos de racionalização importantes o melhoramento da oferta ao nível dos meios materiais ao serviço de juízes e funcionários, nomeadamente os tecnológicos; a organização interna das diferentes unidades jurisdicionais e a sua coordenação. Enfatizou, igualmente, a necessidade de uma “boa gestão de recursos humanos e alteração dos critérios de avaliação dos juízes (...) valorizando os aspectos de organização do trabalho, de relações humanas ao nível das audiências, de produtividade e celeridade das decisões” (Conselho Superior da Magistratura, 2006: 15)²⁴. Como se pode constatar, esta é uma visão mais gestionária dos juízes, que privilegiam reformas que lhes proporcionem um desempenho mais eficaz, desde que controlada por esta magistratura e sem mexer, em demasiado, na estrutura do sistema. É demonstrativo de uma visão algo corporativa de uma reforma potencial, ao misturar medidas estruturais com reivindicações profissionais, em que o poder executivo é levado a desvalorizar as competências desempenhadas por outros actores judiciais e a garantir que qualquer mudança é feita segundo determinadas regras de controlo, em nome da independência do sistema judicial.

O estudo mais recente sobre as questões da organização judiciária foi lançado em 2006, através do relatório “A Geografia da Justiça”²⁵, que procurou responder a uma prioridade estabelecida pelo Governo como meio fundamental para tornar a justiça mais eficiente, racional

²⁴ De referir que para este encontro contribuiu, igualmente, o estudo realizado pelo Observatório da Justiça Portuguesa, solicitado pelo Conselho Superior da Magistratura ao Ministério da Justiça, sobre a contigitação processual nos juízes, que veio realçar a necessidade de introduzir melhorias organizativas ao nível do funcionamento dos tribunais (Santos e Gomes, 2005).

²⁵ http://opj.ces.uc.pUpdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf.

e célere²⁶. O estudo do Observatório Permanente da Justiça veio defender que a “construção de um novo mapa judiciário é uma reforma complexa, quer no que respeita à definição do modelo a seguir que, (...) deve ir muito para lá da extinção/agregação de algumas comarcas, quer à sua concretização (...). A opção pela continuidade ou pela ruptura dos actuais modelos organizacionais e territoriais depende, desde logo, da resposta política que se dê à pergunta sobre se se quer manter ou não a actual matriz judicial em que a comarca constitui a unidade de referência (...)” (Santos *et. al.*, 2006: v. II). Refere, ainda que essa resposta deve ser no sentido de se procurarem outros patamares territoriais, que podem, naturalmente, ser diferenciados em função de um conjunto de variáveis a definir, mas que possibilitem retirar os benefícios de uma escala maior, como, por exemplo, a utilização de serviços comuns, a reorganização mais eficaz dos meios auxiliares da justiça ou a especialização dos órgãos judiciais.

Das propostas de carácter geral que o OPJ avançou para o debate sobre a reforma da organização judiciária destacamos (Santos *et. al.*, 2006: v. II), de forma sintetizada:

- a) A reforma da carta e da organização judiciária assente num sistema integrado de resolução de litígios, ampliando os mecanismos extrajudiciais e colocando os tribunais como instrumentos promotores da cidadania.
- b) A densificação da justiça, dando prioridade aos litígios de alta intensidade face à pequena litigiosidade, através da promoção da desjudicialização de litígios que não deveriam ser tratados pelos tribunais judiciais.
- c) A introdução de medidas de modernização da gestão e da organização dos tribunais, introduzindo reformas de racionalização do sistema através de novos métodos de trabalho, de uma nova filosofia organizacional de gestão dos processos, dos recursos humanos e materiais e de funcionamento dos tribunais.
- d) A redefinição das actuais circunscrições territoriais de círculo e de comarca, possibilitando, em áreas de volume processual mais baixo, aplicar as vantagens da concentração de meios através da agregação de tribunais ou de comarcas.
- e) A integração de um centro de serviços jurídicos, de serviços auxiliares ao funcionamento da administração da justiça (Medicina Legal, assessorias técnicas,

²⁶ Esta prioridade do Governo foi estabelecida no Programa de Governo, aprovado em 2005, e foi parte integrante do Pacto da Justiça, celebrado em 2006, pelo Partido Socialista (no Governo) e pelo Partido Social Democrata (na oposição) como uma das reformas estruturantes na justiça, procurando ultrapassar uma organização judicial que data, no essencial, do século XIX. Este Pacto foi, entretanto, desfeito por divergências políticas. Para ter acesso ao Pacto, consultar: [http://www.mj.gov.pusections/documentos-e-publicacoes/temas-de-justica/acordo-para-a-justica/downloadFile/attached File to/ Acordo_Justica Assinada_08_09_2006.pdf?nocache==1157736136.84](http://www.mj.gov.pusections/documentos-e-publicacoes/temas-de-justica/acordo-para-a-justica/downloadFile/attached%20File%20to/Acordo_Justica_Assinada_08_09_2006.pdf?nocache==1157736136.84).

Instituto de Reinserção Social) e de gestão integrada de recursos humanos nas novas circunscrições territoriais.

- f) A definição diferenciada do número, do tipo de tribunais e da sua jurisdição em cada circunscrição territorial, de acordo com critérios objectivos que adequem a oferta institucional ao volume de procura judicial dessa área.

O Ministério da Justiça encomendou, posteriormente, um estudo complementar ao Departamento de Engenharia Civil da Universidade de Coimbra, coordenado por António Pais Antunes, com o objectivo de aplicar as soluções preconizadas ao território português, segundo um conjunto de indicadores demográficos e judiciais. Quase em simultâneo, a Associação Sindical de Juizes Portugueses apresentou, igualmente, uma proposta de reorganização do mapa judicial, demonstrando a importância inequívoca com que analisam o assunto. Pouco tempo depois, o Ministério da Justiça avançou com a extinção de alguns juízos no Porto e na grande área de Lisboa, em nome de uma racionalização dos meios. Contudo, as críticas à introdução de medidas deste cariz foram generalizadas, sem a apresentação prévia de um plano nacional de reorganização judiciária, de modo a compreender-se medidas que, aparentemente, tem um carácter atomista.

A reforma encontra-se, finalmente, em curso, com a selecção de várias comarcas-piloto, para que seja gradualmente alargada ao restante território nacional e se possa detectar, com a experiência em pequena escala, os obstáculos e dificuldades a corrigir e a ultrapassar. Há que reconhecer que não é habitual efectuar reformas recorrendo a experiências em pequena escala.

Contudo, a dimensão e potenciais impactos desta estruturante reforma impõe um maior número de cautelas e de mecanismos de monitorização permanente.

O debate público e científico sobre algumas das condicionantes externas da independência das magistraturas, em especial as relativas à flexibilidade da organização judiciária, bem como as decisões políticas associadas, demonstram que, em Portugal, há ainda um amplo caminho a percorrer até a situação estar convenientemente analisada, clarificada e estabilizada. E apenas depois do surgimento dos primeiros estudos foi possível observar a emergência de vários contributos, com diferentes objectivos.

O orçamento da justiça é o outro grande condicionante da independência externa²⁷. Este é um tema que ainda menos foi estudado em Portugal e, muito menos, estimulado pelos

²⁷ A análise dos custos da justiça, em termos financeiros e orçamentais, é algo que os sucessivos governos nunca desejaram estudar. Deste modo, um dos elementos estruturantes para a compreensão de uma estratégia de intervenção política fica sempre restringida. A elaboração e introdução de reformas raramente incluem processos de avaliação custos-benefícios, pelo que a interpretação dos resultados são sempre divergentes, polémicos e discutidos no seio dos conflitos políticos. Não é conhecido, até ao momento, quanto

sucessivos governos. De facto, o simples apuramento das verbas afectas à justiça e a sua distribuição pelas diferentes rubricas, elemento essencial para se analisar a incidência da sua distribuição, são informações pouco credíveis e não permitem, de forma consistente, um cruzamento com os outros estudos abordados. Contudo, a adequação ou não adequação do orçamento às necessidades da independência das magistraturas nacionais, bem como a importância de equacionar a racionalização dos meios e dos instrumentos de trabalho pressupõe uma escassez dos meios colocados ao dispor da justiça, face à procura existente e à urgência de resolução das carências detectadas com relativa facilidade²⁸.

Esta constatação, por si só, não é suficiente para dizer que o poder político e/ou legislativo condiciona a actuação das magistraturas através dos meios que lhes coloca ao dispor. Os limites materiais são inerentes à vida prática. A possibilidade de restrição à independência das magistraturas não pode ser equacionada como proporcionais à necessidade de racionalização de meios. Só será uma restrição quando esta condiciona a actuação dos magistrados a um determinado resultado material num caso ou num tipo de casos. Até hoje, não há notícia de que tal tenha acontecido e, como iremos referir no ponto seguinte, as reformas têm tido e continuam a ter como objectivo explícito apenas a melhoria da eficácia, eficiência e qualidade do serviço de justiça. O que existe manifestamente é um desempenho limitado pelas condições e meios existentes actualmente ao serviço da justiça, nas suas variadas facetas.

7. Desafios reformistas da Justiça em Portugal

A reflexão efectuada permite constatar, com relativa facilidade, que a justiça nunca tenha sido uma prioridade, nos sucessivos governos democráticos, desde 1974, em termos de afectação orçamental. Não se pode inferir, por esta via, que essa (in)acção teve por base uma tentativa de limitação do seu exercício de forma independente. Agora, também é verdade que um maior investimento financeiro, na dotação dos recursos humanos e materiais afectos, por exemplo, à investigação criminal, permitiria um melhor desempenho da justiça, aumentando a luta, por exemplo, contra a criminalidade complexa, a corrupção, o branqueamento de capitais

poderá vir a custar a reforma da organização judiciária que está actualmente em curso, nem mesmo através de uma estimativa.

²⁸ A falta de meios financeiros para implementar algumas reformas tem sido um dos factores primordiais para o falhanço verificado nalgumas alterações legislativas introduzidas nos últimos anos. O caso mais evidente, que atravessou diversos governos e ministros da Justiça, é a reforma da acção executiva, consensualmente um dos principais factores de bloqueio do funcionamento da justiça. A inexistência de um investimento adequado na aplicação desta reforma originou que os resultados obtidos ficassem muito aquém das previsões, originando assim novos desperdícios e novos factores de bloqueio.

ou os crimes económicos, entre outros crimes que minam os sistemas democráticos contemporâneos.

A situação sócio-jurídica actual apresenta, assim, desafios constantes à capacidade humana e material instalada. Associada à crescente procura judicial, motivada pelas transformações económicas e demográficas, há o aumento da inadequação das estruturas organizacionais (tribunais) existentes provocada, em especial, pelas reformas legislativas que não utilizaram critérios uniformes de racionalização do trabalho. Por outro lado, a necessidade de modificação da organização judiciária, motivada pela contínua depreciação da imagem dos tribunais, seja pela sua ineficácia quotidiana, seja pela notoriedade dessa mesma ineficácia em processos mediáticos, torna a introdução de reformas uma exigência política e um factor de legitimação da governação²⁹.

Estamos, hoje, todavia, dadas as pressões de um mundo globalizado e de uma justiça que se pretende cada vez mais célere, mais eficaz, eficiente e de qualidade, perante novos desafios organizacionais que, embora possam ser utilizados para condicionar a independência das magistraturas, decorrem de um processo normal de reestruturação e de adequação do poder judicial a novos enquadramentos sócio-económico-políticos³⁰. Portugal não é excepção no panorama europeu. Não restam dúvidas, todavia, na opinião de diversos autores, que a necessidade de reforma é real e que o poder judicial deve estar equipado para poder desempenhar o seu papel de árbitro independente entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado, sem que o poder político possa influir, em nada, no incessante controlo da legalidade democrática. Há que alertar, contudo, que o objectivo inerente a uma justiça mais célere, eficaz, eficiente e de qualidade não pode significar, tecnocraticamente, como por vezes temos vindo a assistir, uma menor cidadania.

²⁹ Os governos em Portugal têm sentido, nos últimos anos, que as tentativas de politizar a justiça têm tido um efeito indesejado de judicialização da política, pelo que, de forma directa e legislativa, procuram evitar a introdução de mecanismos de controlo da justiça. Tal não significa, contudo, que não existam mecanismos informais que permitem aos actores políticos exercer algum controlo sobre as magistraturas. A circulação de magistrados pelos gabinetes ministeriais ou outros cargos dirigentes de nomeação por confiança política, incluindo os cargos de Ministro ou de Secretário de Estado, e o seu posterior regresso às magistraturas, origina interacções que implicam “cumplicidades” e diminuições de exercício independente por parte da justiça.

³⁰ Desde o final dos anos 90 que os vários governos portugueses têm vindo a apostar numa diversificação de respostas que se articulem e complementem o sistema judicial. A introdução e alargamento de mecanismos informais de resolução de conflitos começa hoje a ganhar forma, procurando retirar dos tribunais um conjunto de conflitos que pode ser resolvido de forma célere, informal e com igual garantia de equidade e igualdade entre as partes, noutras estruturas não judiciais. Contudo, a falta de recursos tem limitado uma mais rápida expansão destes mecanismos, tendo ainda um impacto relativamente reduzido.

Os valores da justiça nem sempre são moldáveis às visões que vêem o funcionamento do sistema judicial como apenas mais um sector da administração pública, reformável segundo os mesmos modelos aplicados noutros sectores.

E só uma magistratura organizada de acordo com os padrões efectivamente vigentes numa dada sociedade pode, através do seu desempenho, obter a legitimação social que necessita para ser, cada vez mais, o cerne da defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e uma fonte de protecção contra violações inusitadas a esses direitos. É preocupante, porém, que, por vezes, os membros do poder judicial mostrem estar mais preocupados com pretensas ingerências na sua independência por parte dos poderes políticos, ainda que por vezes possam ter indícios de algumas tentativas de pressão, do que com a inevitável, inadiável e legitimadora adequação das suas estruturas e organização às exigências da sociedade contemporânea. Embora seja o poder político o último responsável por estas mudanças e, através delas, pela garantia da independência do poder judicial, os magistrados não podem, como Ícaro, culpar o Sol por não terem sabido conservar as suas asas.

8. Conclusões

O sistema judicial português apresenta um modelo organizacional, interno e externo, que permite afirmar uma justiça independente. Todavia, o exercício da justiça e o modo de funcionamento, organização e avaliação e fiscalização das magistraturas apresentam elementos que alertam para a existência de mecanismos informais de controlo e, deste modo, de limitação de uma justiça internamente independente. Esta situação tem uma particular incidência no seio das magistraturas, ou seja, na forma como se organizam, como são avaliados e fiscalizados ou nos mecanismos de promoção e nomeação/eleição para determinados cargos. A existência destas limitações ao livre exercício profissional dos magistrados é um factor de diminuição da sua própria independência e ao modo como pretendem gerir as suas carreiras. O autogoverno das magistraturas tem originado, muitas das vezes, uma actuação corporativa, quer nas relações internas entre magistrados, quer na defesa corporativa perante o exterior. Este corporativismo tem, por sua vez, sido aproveitado por outros actores como arma de arremesso para construir uma imagem desgastada da justiça, limitando o seu espaço de actuação. Como se refere em Santos (*et al.* 1996: 699), a independência judicial deve ser uma independência democrática, e não, como por vezes tende a ser discutida e colocada, uma independência corporativa. Para isso, é necessário que as lutas dos magistrados se centrem menos nas prerrogativas da organização institucional e profissional das magistraturas e mais na relevância e papel social dos tribunais.

A justiça sente, ainda, influências externas que cerceiam, por um lado, uma cabal independência de actuação, dadas as escassez dos meios, e, por outro, um desempenho eficaz e credível das suas funções. A capacidade de interferir nos meios humanos, financeiros e materiais disponíveis, por via da acção do poder executivo, e a intervenção no modo de actuação do sistema judicial, através do enquadramento legal elaborado pelo poder legislativo, são dois factores de primordial importância para compreender a verdadeira independência da justiça e dos seus operadores. Assim, em Portugal, temos verificado, ao longo dos anos, que os sucessivos governos, e as representações parlamentares, não têm considerado a dotação do sistema judicial com as condições adequadas ao exercício das funções uma prioridade.

Os meios disponibilizados têm aumentado, mas não tanto como a procura e as necessidades. As leis têm sido elaboradas e alteradas, mas nem sempre facilitando o exercício das funções judiciais em favor dos cidadãos. Em consequência dessa (não) actuação, deparamo-nos com um agravamento de quase todos os indicadores estatísticos referentes ao desempenho da justiça. Deste modo, a performance do sistema judicial vem provocando uma erosão simbólica e real das várias funções que personifica, situação para a qual os operadores judiciários não estavam, nem parecem estar, preparados. A independência da justiça não é colocada em risco, em termos teóricos, com a inexistência de meios, em função da decisão política de distribuir os recursos de acordo com as prioridades estabelecidas. Porém, se a inexistência de meios tiver o objectivo de bloquear ou limitar a capacidade de intervenção, então podemos falar de forte objecção à independência da justiça. Esta é, contudo, uma dúvida de difícil superação.

É que uma verdadeira sociedade democrática só se alcança se tivermos um sistema judicial democrático, externa e internamente. Por isso, o mundo dos magistrados e da justiça deve deixar de ser “admirável”, parafraseando Aldous Huxley, para poder ser “admirado” por todos os que vêm no poder judicial uma réstia de esperança numa sociedade em que os direitos de cidadania sejam respeitados e efectivos. E para isso é necessário que a justiça passe de um estatuto assessorio para uma posição de imprescindível.

Estatuto do juiz, Garantias do cidadão. Da
independência à responsabilidade (itinerário do
direito comparado)



[Álvaro Reis Figueira]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Estatuto do juiz/Garantias do cidadão

Da independência à responsabilidade (itinerários de direito comparado)

Publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano XVI, 1991, pp. 42 a 68

1. – Sistemas, paradigmas e modelos

1.1. Desde o triunfo do constitucionalismo liberal, entre fins do século XVIII e o decurso do seguinte, que todas as constituições, mesmo as dos estados totalitários, inscreveram no pórtico dos princípios que as regem, e que se obrigam a respeitar, a independência dos tribunais e a exclusiva submissão dos juízes à lei.

A independência do judicial, como dos outros poderes do estado, deriva assim da concepção liberal da tripartição e separação dos poderes, e recebeu nova vitalidade com a afirmação do estado de direito, ou seja, a submissão e autolimitação dos poderes do estado pelo direito. Nesta última perspectiva, o judicial assume o papel de garante e fiel do sistema.

1.2. Consiste tal independência, basicamente, na possibilidade de os Tribunais decidirem com liberdade, isto é, com imparcialidade.

“A independência dos juízes é a situação que se verifica quando, no momento da decisão, não pesam sobre o decidente outros factores que não os juridicamente adequados a conduzir à legalidade e à justiça da mesma decisão”¹.

Os factores susceptíveis de afectarem a imparcialidade podem agrupar-se segundo estes critérios: a) quanto ao agente da indevida interferência, classicamente identificado com os demais poderes do Estado (e historicamente com o executivo e a administração), mas que, com o afirmar dos princípios do estado de direito, se tem deslocado para outros centros de poder ou de pressão, como os movimentos de opinião, os grandes meios de comunicação social, os grandes grupos económicos; b) quanto à natureza do factor interferente (afectivo, intelectual, económico, ideológico, etc.), cabendo todavia aqui sublinhar que os lactares de natureza cultural

¹CASTRO MENDES, “Nótula sobre o art. 208 da Constituição” Lisboa, 1979, 3.º volume – 635/660; na doutrina portuguesa, v. também CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. II (2.ª ed.) – Coimbra 1985, 315; e SOVERAL MARTINS, “A Organização Judiciária dos Tribunais Portugueses”, Vol. I, Coimbra, 1990 (30.).

também funcionam como componentes da própria liberdade de decisão e assim da própria independência; c) e quanto ao destinatário da pressão, que tanto pode ser um determinado juiz em concreto, como a magistratura em geral (aqui se pondo questões de associativismo e sindicalismo, por um lado, e de autogoverno, por outro).

A independência não é um privilégio da magistratura: é a sua característica fundamental.

Independência e imparcialidade são aspectos de uma só realidade: os juízes são independentes para que possam ser imparciais. Aquilo que se poderá chamar “prerrogativas” da magistratura (como a inamovibilidade e a irresponsabilidade) são “ancilares” ou instrumentais em relação à independência: medidas de protecção da independência, propostas a remover do processo decisório factores eventualmente condicionantes da liberdade de decisão, quer provenham do aparelho do Estado, quer provenham do concreto destinatário da justiça, quer enfim provenham difusamente da própria comunidade.

Foi em face do executivo que, historicamente, esta independência necessitou de se afirmar, daí resultando, como regra adquirida, a exclusiva submissão do juiz à lei, com expresso afastamento da possibilidade de lhe serem dadas ordens ou instruções.

Esta referência a “ordens ou instruções” tem evidentemente sobretudo a ver com o aparelho do Estado.

Mas, como se disse, a independência explicita-se também face ao concreto cidadão e à comunidade, tendo por isso um campo de afirmação que ultrapassa em muito o daquela referência histórica e tradicional.

1.3. Este princípio – da submissão exclusiva do juiz à lei – , verdadeiramente cardinal da tutela da independência, tendo por fundamento o exercício das competências atribuídas ao terceiro poder do Estado, tem também duas outras básicas funções:

- a) Por um lado, é um dos processos de relacionar a função judicial com a sede ou matriz da soberania: visto que a soberania popular encontra a sua primeira e fundamental expressão na representatividade que caracteriza o órgão a que é cometido o poder legislativo e no concurso das forças políticas para a formulação do projecto político fundamental da comunidade (BONIFACIO) – daí resulta que submissão exclusiva à lei é submissão exclusiva à vontade popular plasmada na lei.

Esta ligação imediata, directa e exclusiva da actividade do juiz à lei, e primeiro que tudo à Constituição, é assim um processo de legitimação democrática do exercício de poderes soberanos por um órgão não legitimado pelo sufrágio – e conduziu já, num dos seus desenvolvimentos, a conceber o juiz como “campeão” do povo (BORRE/MARTINELLI/ROVELLI) e noutro a justificar uma responsabilização política “lato

sensu”, embora apenas de facto, do juiz perante a opinião pública (RAMAT).

- b) Por outro lado, é um dos processos de garantir a imparcialidade do juiz, de o defender do poder político, que tradicionalmente o executivo corporiza, mas que com a consolidação dos princípios do Estado de direito democrático tende a deslocar-se para outras fontes, centros de poder ou grupos de pressão, institucionais uns (como os Parlamentos e os Partidos Políticos), não institucionais outros (como sucede com essa tão difusa e fluida, mas em si mesmo extremamente genuína, expressão directa da vontade popular que dá pelo nome de opinião pública) (RAMAT)².

1.4. Como tal, encontra-se o princípio da submissão exclusiva à lei proclamado em todos os ordenamentos jurídicos actuais. Advirta-se, porém, que com um sentido e alcance bem diversos, conforme o sistema jurídico-político de que se trata.

Enquanto nuns casos a submissão exclusiva do juiz à lei significa que não lhe podem ser dadas ordens, instruções ou directivas, designadamente pelo poder político, sendo a independência garantida pela presença dos seus corolários da irresponsabilidade e da inamovibilidade – noutros casos a submissão exclusiva à lei leva implícito que a lei e o direito são instrumentos de um dado modelo social a atingir, pelo que a submissão à lei importa submissão ao poder político que a fez e à ideologia que o informa, perdendo o princípio da independência os seus suportes da inamovibilidade e da irresponsabilidade: o sistema jurídico é sempre um corolário do sistema político, um como que “sub-sistema” deste.

1.5. Daí que, se o problema da independência da magistratura pode ser analisado de dois pontos de vista – independência como meio, independência como fim – ou em dois aspectos complementares – independência interna, independência externa-, ele nunca poderá ser isolado do sistema político em que se integra. Por esse motivo, muitas vezes será preferível adoptar o conceito, mais amplo e abstracto, de autonomia, a fim de não referenciar com a mesma designação realidades porventura muito diferentes³.

1.6. A este propósito, e adaptando o conhecido critério de LINZ – que, partindo da análise do grau de participação política e de competição interna, faz apelo aos conceitos de “justiça forte” e “justiça débil” – pode proceder-se à classificação dos sistemas políticos em autoritários (de que são exemplos a Espanha franquista, o “Estado novo” salazarista e o Estado fascista

² BONIFÁCIO, “Il giudice e la legge”, in “Giustizia e Costituzione”, 1973-126/130; BORRÉ/MARTINELLI/ROVELLI, “unità e varietà nella giurisprudenza”, in “Foro Italiano”, 1971 – V – 45/49; RAMAT, “Responsabilità politica della magistratura”, in “Foro Amministrativo”, 1969 – III – 15/17 e 19/22.

³ CARLO GUARNIERI, “L’Indipendenza della Magistratura”, Pádua, 1981 – 4ss.

mussoliniano), totalitários (de que são tipos, embora diferentes, o regime nazi e as ditaduras do proletariado) e democráticos ou liberal-democráticos (que serão, naturalmente, a generalidade dos sistemas da Europa Ocidental)⁴.

1.7. A) – Os sistemas autoritários são caracterizados por uma administração “débil” da justiça, isto é, a esfera de competência da magistratura ordinária, seleccionada por critérios comuns, encontra-se limitada ou comprimida pela coexistência de diversas jurisdições especiais, em que os juízes são em grande medida escolhidos pelo poder. Em tais sistemas, a magistratura ordinária ocupa-se da chamada “esfera privada da vida social”, as jurisdições especiais das questões com apreciável relevo político.

Todavia, no que toca às relações entre magistratura e sistema político, nomeadamente entre os juízes ordinários e a estrutura de autoridade que o executivo constitui, já a conexão é muito mais fluida, surgindo-nos nesses Países uma magistratura dotada de garantias de independência relativamente amplas, e já próximas dos sistemas democráticos.

Na realidade, nos países de regime autoritário o sistema judiciário é caracterizado por uma magistratura ordinária com escassos poderes, mas no seu conjunto relativamente independente.

Tudo isto se articula, afinal, com as características do sistema político: “pluralismo limitado e não responsável, ausência de uma ideologia elaborada, baixo grau de mobilização política, fruto de um sistemático esforço de despolitização, exercício do poder por parte de um leader (ou de um pequeno grupo)...”.

B) – Por seu lado, os sistemas totalitários caracterizam-se, do ponto de vista político, por um baixo nível de pluralismo, mas por um alto grau de mobilização. Aí, muito embora o sistema judiciário possa ser classificado de “forte”, no sentido de abrangente das diversas jurisdições, a magistratura não goza habitualmente de qualquer independência face ao poder executivo. Embora também aí se afirme a independência do juiz, a sua imparcialidade encontra um limite necessário na visão tendencialmente dicotómica da sociedade, própria da ideologia oficial. A magistratura não é senão um órgão especializado da administração, um instrumento para a actuação do projecto programático do regime.

“A doutrina jurídica soviética não afirma, de modo algum, que a actuação dos tribunais seja independente da política do estado Soviético, da vontade dos trabalhadores e das tarefas de construção do socialismo, mas esta vontade do povo soviético expressa-se nas leis e os tribunais são chamados a reger-se fielmente por elas” – sendo que, e por outro lado, “para assegurar a

⁴ J. J. LINZ, “An Authoritarian Regime: Spain” – In “Mass Politics”, Nova Iorque, 1970 – 251/283.

independência dos juízes são de grande valor as indicações dadas a este propósito pelos órgãos do Partido Comunista da União Soviética, que exerce a direcção política do estado”⁵.

“Característica do ofício de juiz nos sistemas políticos modelados sobre o exemplo soviético é ser organizado de modo a evitar o mais possível interpretações contraditórias de situações individuais por parte das autoridades políticas e de quem é aí correctamente definido como funcionário judiciário”⁶.

Na China, a mobilização permanente das massas, a “revolucionarização” dos espíritos, o constrangimento ideológico conduzem à configuração do direito e da justiça como instrumentos da ditadura do proletariado: a justiça pretende-se que seja popular e submetida ao controlo das massas, ou seja, do partido que organicamente as representa.

O juiz (necessariamente popular) é um “trabalhador judiciário”, que, para o poder ser, tem de ter origem proletária e de ter feito prova de consciência política edificada na luta de classes.

Situação análoga nuns pontos, diferente noutros, era a da Alemanha nazi, onde os juízes se teriam de identificar automaticamente com o grupo dirigente, mas se integravam numa magistratura governada por um rígido espírito de casta e de auto conservação. O que decerto não é alheio à “ideologia da obediência” herdada do arquétipo prussiano.

C) – Pelo contrário, nos sistemas democráticos de raiz liberal, caracterizados pela separação e recíproco controlo dos poderes, a independência da magistratura assume a dupla função de, por um lado, assegurar a imparcialidade do juiz, e de, por outro, permitir-lhe um certo controlo sobre os demais centros de poder, particularmente o executivo e a administração, e de certa forma até o legislativo.

1.8. Daí que deva muito claramente distinguir-se entre os conceitos de independência e de autonomia.

“Independência da magistratura não significa apenas uma situação de relativa autonomia do juiz em relação a determinados centros do poder político, mas também que esta situação de autonomia – relativa e bem determinada – se encontra institucionalizada e dirigida a certos objectivos: espera-se dela que produza determinadas consequências.

A autonomia, em geral, é um conceito situado a um nível superior de abstracção em relação ao de independência, a qual pode ser definida como a autonomia típica das magistraturas que operam em regimes liberal-democráticos.

⁵ V. TEREILOV – “Et Sistema Judicial en la U.R.S.S” – Moscovo, 1977 – 52 e 54.

⁶ KIRCHHEIMER, “Political Justice”, Princeton, 1961 – 260, citado por GUARNIERI, 8/9.

Se não se especifica de forma mais concreta o significado da independência, torna-se impossível analisar os infinitos aspectos que a autonomia pode assumir, e corra-se o risco de, procurando tê-los todos presentes, confundir tipos diversos de autonomia, e de, analisando a posição da magistratura, tomar como independência algo diferente dela”⁷.

Por isso, convém advertir que “juízes independentes”, no sentido aqui usado, são característicos tão só dos regimes liberal-democráticos. Assim, e também porque os sistemas autoritário e totalitário estão em irreversível declínio, esta exposição passa a ter por horizonte apenas os sistemas da órbita liberal democrática, e de modo mais especial aqueles que chamaremos de paradigma burocrático, por ser aquele em que o modelo português se integra⁸.

1.9. Mas, para além de o sistema jurídico ser sempre um corolário ou “sub-sistema” do sistema político, também por sua vez a independência da magistratura é fortemente influenciada pelo tipo de organização judiciária de que se trata.

E isto mesmo mantendo-nos dentro da órbita liberaldemocrática, onde facilmente se detectam dois paradigmas de judicatura: partindo de critérios diferentes no que toca à selecção/recrutamento dos juízes, tais critérios reflectem-se depois em múltiplos aspectos do estatuto, nomeadamente no que concerne à independência e às diversas formas de responsabilidade.

Dentro de cada um destes paradigmas podem encontrar-se vários modelos, mais ou menos fieis ao paradigma em que se inspiram. Assim, dentro do que chamaremos paradigma burocrático, temos a distinguir o modelo francês, de matriz napoleónica, dos demais (italiano, espanhol, português, etc.), que receberam a transplantação dessa matriz e que a foram modelando de acordo com as suas realidades e necessidades próprias.

Disso tudo vamos falar um pouco.

1.10. A) Assim, os Países de “civil law”, que são os do Continente europeu e naturalmente aqueles que neles mergulharam as suas raízes culturais, inspiram-se num paradigma burocrático,

⁷ GUARNIERI – ob. cit. – 11.

⁸ Para os sistemas soviético e chinês, v. V. TOUMANOV, “Pensée Juridique Bourgeoise Contemporaine”, Moscovo, 1974; V. TEREBILOV, ob. cit.; H. ISALLA, “La Justice en Chine”, Paris, 1978; e a obra colectiva dirigida por M. MIAILLE, “La Justice en Chine”, Paris, 1979.

Para o sistema franquista, v. TOHARIA, “Modernización, Autoritarismo y Administración de la Justicia en España”, Madrid, 1974.

Para o sistema mussoliniano, GUIDO NEPPI MODONA, “La magistratura ed il fascismo”, in “Politica del Diritto”, 1972, e in “Fascismo e Società Italiana” (AA.VV.), Turim, 1973 (125/181).

Para o sistema nazi, a citada obra de KIRCHHEIMER.

de matriz francesa e napoleónica, o qual se caracteriza por os métodos de recrutamento dos magistrados serem análogos aos do funcionalismo público em geral; pela existência de uma carreira, e de certa forma uma hierarquia (ou pelo menos traços de uma antiga hierarquia); por um acentuado controlo disciplinar e correspondente responsabilidade; pela ausência de responsabilidade política; por uma limitada responsabilidade civil.

Aí, o juiz “entra” para a magistratura, que para ele irá ser uma “carreira” ou profissão, logo após os seus estudos universitários, portanto ainda jovem, mediante um concurso ou curso de pos-graduação, semelhante ao da função pública em geral, e do qual os critérios políticos estão ausentes. Na magistratura permanece normalmente toda a sua vida laborativa, percorrendo etapas que constituem graus ou escalas de ascensão, como numa cadeia hierárquica (muito embora sem submissão hierárquica expressa).

Há, no entanto, além da natural hierarquia de jurisdições, que de forma alguma suprime a autonomia de decisão das jurisdições inferiores, também de certo modo uma hierarquia de pessoas ou de cargos, traduzida nos poderes de natureza administrativa atribuídos (França, Itália, Espanha) aos presidentes dos tribunais, em especial dos tribunais superiores, a quem frequentemente é cometida a distribuição individual dos processos, a organização das audiências, bem como formular anualmente uma notação (“notation”) sobre os juízes colocados na sua esfera hierárquica, a qual depois será tida em conta para efeitos de progressão na carreira, ou a quem chega a ser confiada uma fatia de poder disciplinar.

Os juízes ficam quase sempre submetidos a contínuas avaliações e controlos, seja do Ministro da Justiça (como amplamente sucede em França a nível disciplinar e de progressão), seja de escalões intermédios (como sucede em Itália com os conselhos judiciais distritais e nesse País e em França com os presidentes dos tribunais), ou simplesmente de certos colegas mais antigos inspectores do C.S.M. (como sucede em todos os Países de paradigma burocrático).

Aqui, como vemos, o paradigma é o de um “juiz-funcionário”.

B) Por seu turno, os Países de “common law” (Inglaterra, Estados Unidos e Países de cultura derivada destes), inspiram-se num paradigma profissional, caracterizado sobretudo pela presença de métodos de selecção na mão mais ou menos explícita do poder político, mas propostos a garantir o máximo aproveitamento das qualidades profissionais do candidato; pela ausência da ideia de carreira (pelo menos para toda a vida laborativa) e de hierarquia; por uma limitadíssima, ou até inexistente, responsabilidade civil; por uma quase inexistente responsabilidade disciplinar; por uma natural responsabilidade política.

Aí, o juiz é um profissional do foro que obteve assinalável sucesso, o comum das vezes como advogado, recrutado pelo poder de forma mais ou menos difusa ou representativa.

Assume a função já numa fase avançada da vida e depois de adquirida uma posição económica e social destacada, suficiente para garantir a sua independência e prestígio.

Aqui, como se vê, o paradigma é o de um “juiz-profissional”.

1. 11. Enquanto se definissem pela pureza destes paradigmas, os sistemas tenderiam a funcionar sem turbulências internas: foi o que, com poucas exceções, sucedeu nos Países dos sistemas autoritário e sobretudo totalitário.

Mas nos Países do sistema liberal-democrático tais paradigmas são apenas pontos de partida, referências históricas e culturais. Na verdade, nenhum País se modela hoje segundo o paradigma profissional puro, muito menos segundo o paradigma burocrático puro.

Não deve por isso, sobrevalorizar-se esta distinção e caracterização purista dos dois sistemas.

De facto, encontra-se em curso um processo de reaproximação entre eles, em termos de os sistemas modelados pelo paradigma burocrático atenuarem algumas das suas características tradicionais, nos correspondentes espaços acolhendo aspectos próprios do paradigma profissional⁹.

E o caso, por exemplo, do pulverizar da estrutura hierárquica e da afirmação de que os juízes são independentes também entre si; da instituição de um órgão de autogoverno da magistratura, primeiro na mão do executivo (como sucede ainda hoje em França), depois eleito, ou só entre os juízes, ou com participação diversa de outros órgãos soberanos e com tendência a realizar um certo equilíbrio entre os poderes; do controlo da constitucionalidade das leis por parte dos juízes ordinários (e que pode ir da total recusa desse controlo, em nome de uma rígida separação de poderes, até à possibilidade de recusar a aplicação de uma lei ordinária com fundamento em inconstitucionalidade); da criação de tribunais constitucionais, de composição heterogénea, imbuída de critérios profissionais e altamente sensível aos equilíbrios parlamentares; do alargamento aos magistrados do M.P. das garantias próprias dos juízes e da tendência a acentuar a autonomia do M.P.; do gradual afastamento do princípio da acusação obrigatória (acção penal pública); da lenta substituição da regra da antiguidade pela regra do mérito como critério de promoção na carreira; da admissão de membros não togados como juízes do Tribunal Supremo.

Em todos estes casos – e outros exemplos se poderiam dar-se nota a intenção de ultrapassar a rigidez do arquétipo burocrático, quer no tema quer nas passíveis desinências, e de valorizar o aspecto ou momento profissional.

⁹ Sobre este processo, v. M. A. FERRARESE, *L’Istituzione Difficile – La Magistratura tra professione e sistema político*, Nápoles, 1984-129ss.; e A. PIZZORUSSO, *“L’Organizzazione della Giustizia in Italia”*, Turim, 1982-33ss.

Todavia, esta tendência a superar o paradigma burocrático cria nos respectivos organismos fortes tensões, pontos de conflito (inclusive entre poderes), antinomias e incertezas, visto que, tanto nas instituições como nas mentalidades, continuam a coexistir propensões burocráticas ao lado de aspirações profissionais.

Assim, e por exemplo, um sistema vazado no paradigma burocrático tende a privilegiar a antiguidade como critério de progressão na carreira e de promoção aos tribunais superiores, em princípio reservados aos juizes de carreira; admite a actividade sindical; pode inclusivamente tolerar o direito à greve; acentua a responsabilidade disciplinar, quase que esquece a responsabilidade civil, repudia a responsabilidade política.

Típicas de um sistema moldado segundo o paradigma profissional são as valências respectivamente opostas: critério do mérito, em especial para acesso aos tribunais superiores; recusa do associativismo e do sindicalismo; repúdio da greve ou de simples reivindicações salariais: em termos de responsabilidade, privilegia o momento político, despreza o aspecto disciplinar, recusa a vertente civil.

A este propósito falaremos com mais detalhe nos capítulos respectivos.

Torna-se evidente que a introdução num sistema inspirado num dado paradigma, de valências próprias de um paradigma diverso, pode provocar naturais fenómenos de rejeição. Muitos dos debates a que hoje se assiste devem-se a esta circunstância.

2. – Justiça e soberania

2.1. O legislador constitucional português pretendeu sublinhar que a função jurisdicional, muito embora gozando de autonomia e independência, não se encontra desvinculada da soberania. Os tribunais são independentes pois só assim podem exercer justiça; garante-se-lhes autonomia para que possam ser independentes; também a submissão exclusiva à lei visa garantir a independência. Actuando a lei, prefigurada como a mais perene expressão da vontade popular, o juiz realiza em concreto a soberania.

Então, o relacionamento institucional entre o poder de julgar e a sede da soberania estabelece-se através de vias indirectas, a maior parte de índole representativa, mas algumas de participação directa: independência e submissão exclusiva à lei, e prioritariamente à Constituição; reserva à competência da Assembleia da República das matérias de organização judiciária e do estatuto dos magistrados; composição eclética e carácter electivo do Conselho Superior da Magistratura; formas de participação popular na administração da justiça¹⁰.

¹⁰ A. REIS FIGUEIRA, “Formas de participação popular na administração da justiça em Portugal”, in “Scientia Iuridica”, Braga, 1984 – 367/402 (372).

2.2. A instituição de um Conselho Superior da Magistratura, intencionado a realizar o “autogoverno” e vocacionado a garante da independência orgânica dos tribunais, tendo como a sua mais importante finalidade subtrair a magistratura, e a função judicial em geral, à força centrípeta exercida pelo poder político – e para tanto compondose, pelo menos na sua maior parte, de membros eleitos – é uma inovação da Constituição de 1976, com a qual se ultrapassou a concepção autoritária e corporativa de um Conselho Superior Judiciário constituído apenas por juízes, mas todos eles directa ou indirectamente nomeados pelo Ministro, e se procura ultrapassar a barreira burocrática.

Com um C.S.M. prioritariamente eleito, composto por membros togados eleitos entre os juízes, e por membros nomeados pelo Parlamento (os primeiros conterem representatividade, os segundos pluralismo), ao lado de membros nomeados pelo Presidente da República, pretende-se conseguir para a Magistratura, não uma autonomia fechada e corporativa (uma sala de espelhos onde se reflecte apenas o que lá está dentro), mas uma “autonomia aberta ao corpo social”. Com, é claro, naturais dificuldades em equilibrar o desiderato de evitar ancestrais corporativismos (“separatezza”, “corps séparé”) com o objectivo primordial de garantir a protecção da independência da magistratura¹¹.

Por seu turno, a eleição dos presidentes dos tribunais superiores pelos e de entre os juízes dos respectivos tribunais confere à presidência um elevado grau de democraticidade e prestígio. Não têm, todavia, e bem, os presidentes dos tribunais superiores portugueses toda aquela série de competências que noutros países faz deles verdadeiros superiores hierárquicos dos juízes colocados sob a sua jurisdição.

2.3. Mas, abstraindo de aspectos, aliás essenciais, como a criação do Conselho Superior da Magistratura, a electividade dos presidentes dos Tribunais Superiores e o associativismo sindical,

¹¹ Sobre a democraticidade da composição do C.S.M., v. CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. e vol. cit. – 345. Em sentido mais critico, A. REIS FIGUEIRA, “La magistratura nel sistema portoghese”, in “Legalità e Giustizia”, Nápoles, 1985, tomo 4 – 1245/1267 (1256), e SOVERAL MARTINS, ob. cit. – 34/40.

Para o paralelo caso italiano, v. BRUTI LIBERATI, “Note sulla composizione e sul sistema elettorale del C.S.M.” – in “Questione Giustizia” – ano III (1984) – n. 4 – 1/40 e “Ruolo, funzioni e composizione del C.S.M.: il dibattito attuale” – Roma, 1985.

Para o direito comparado, v “Il Magistrato: dal reclutamento alla tormazione professionale – esperienze in Italla e nel mondo”, edição do C.S.M., Roma, 1982, e “Governo e Autogoverno della Magistratura nell’Europa Occidentale”, obra colectiva organizada por PIER LUIGI ZANCHETTA, Milão, 1987.

poderá dizer-se que o Judicial foi, de todos os poderes do Estado, aquele que menos se modificou em Portugal nos últimos anos.

Importante é porém reconhecer que, de todos, era também aquele que, por via apenas dos seus defeitos ou virtudes próprias, de menores alterações carecia. O que se deve não só a um tradicional e voluntário afastamento da justiça em relação à política, em sentido estrito (característica como se disse dos Países do sistema autoritário), como também e sobretudo a uma regra de ouro, que pauta a actividade do juiz, e que é a sua exclusiva submissão à lei.

2.4. E foi assim que o Judicial não sofreu, em Portugal, o desgaste que os outros poderes do estado sofreram de 1974 para cá. Foram, apesar de tudo, os Tribunais os órgãos do poder que menos polémica suscitaram, que mais incólumes mantiveram o seu prestígio. Só uma magistratura muito digna e sacrificadamente devotada a um trabalho sistematicamente excessivo (muitas vezes massivamente repetitivo, burocrático, em alguns casos falho de real efeito útil ou de significatividade social; outras vezes enormemente complexo; com carência de meios organizativos e processuais) permitiu que os Tribunais não sofressem os repetidos abalos sísmicos que atingiram os órgãos e as estruturas do poder especificamente político.

As críticas dirigidas têm mais a ver com aspectos técnicos do funcionamento dos tribunais em termos de eficiência e celeridade, do que propriamente com o papel e o estatuto do juiz.

2.5. Não sucedeu assim, ou inteiramente assim, em outros Países da Europa, designadamente na Itália, onde os últimos 40 anos não assistiram a qualquer mutação de fundo nas instituições políticas, que, com crises e alternâncias, vão funcionando normalmente nos moldes em que foram criadas. A magistratura, todavia, e não obstante também alternâncias e algumas crises, foi assumindo uma sempre maior pujança e intervenção social, sobretudo a partir dos anos 70, à medida em que o rebentar do terrorismo eversivo e o peso dos “anos de chumbo” que se lhe seguiram, por um lado; o desabar de instituições, minadas pela corrupção, pela criminalidade organizada, pelo clientelismo económico e político; e por novos problemas sociais, como o consumo de droga, o tráfico de estupefacientes e de armas – tudo se conjugou para lançar nas mãos da magistratura os instrumentos de emergência que a República considerou imprescindíveis para a salvaguarda da segurança, da liberdade, do prestígio e do regular funcionamento das instituições, perigosamente postos em perigo¹².

Com o correspondente aumento dos poderes do juiz.

¹² V. “Dieci Anni di Piombo Sul Processo Penale”, obra colectiva – 2 volumes – Bari, 1984.

3. – O aumento dos poderes do juiz e o relevo político da sua função

3.1. No antigo Regime, as funções soberanas estavam todas concentradas na pessoa do Rei: julgar era uma das prerrogativas do soberano, que ele podia exercer através de seus conselheiros.

Mas, com a morte do rei Sol e o início da queda do absolutismo real, os magistrados começaram a manifestar veleidades de independência e a considerar a sua função como uma espécie de poder político vocacionado a limitar o poder real.

A LOCKE e sobretudo a MONTESQUIEU se deve a ideia de separação de poderes, como processo de obstar ao absolutismo real: “pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”.

Estas ideias foram proclamadas com a Revolução Francesa e acolhidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Deste modo surgiu o que veio a chamar-se “poder judiciário”. Todavia, as próprias ideias que lhe deram origem lhe puseram limite: pouco confiante numa magistratura que tinha alimentado ambições políticas, o princípio da separação de poderes impõe que nenhum deles se imiscua no exercício do outro. Mas este princípio comporta “nuances” e excepções que aqui não é passível mais que apenas ligeiramente referenciar.

Assim, há casos em que um poder pode legitimamente agir na esfera natural de outro. O exemplo clássico é o poder legislativo dos governos. Mas há outras situações: o poder de o juiz integrar lacunas; as leis interpretativas e de validação; a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis; o poder de emitir decisões judiciais com força vinculativa geral; etc.

3.2. Ora a tripartição montesquiana dos poderes, corporizada simplistamente num esquema que via nos órgãos do poder político (parlamento e governo) o vértice e na administração pública e na magistratura os seus braços seculares, donde resultava a configuração do juiz como mera “boca da lei” (“la bouche qui prononce les paroles de la loi”), tinha sido congeminada em reacção à realidade da vida judiciária francesa de Seiscentos e Setecentos, em que os juízes, encontrando-se constantemente expostos ao arbítrio do monarca, tinham acabado por manifestar veleidades de independência.

Esta situação altera-se radicalmente com a Revolução, e sobretudo com os ordenamentos constitucionais de Oitocentos, que passaram a proclamar a independência do Poder Judicial, além da sua exclusiva submissão à Lei, num quadro de mais ou menos rigorosa separação e independência dos poderes.

A sujeição ao monarca transforma-se em submissão à Lei – donde falar-se num poder “en quelque façon nul”, visto que o juiz, rigoroso e impessoal executor da vontade do legislador, não

podia mais que pronunciar as palavras da lei.

3.3. Mas esta concepção juspositivista também teria de evoluir.

Primeiro, pelo reconhecimento de que toda a norma, ou mais clara que seja (ou pareça), exige sempre uma actividade interpretativa: a interpretação é o campo “privilegiado” do aplicador do direito.

Depois, pela constatação da existência de lacunas rebeldes à analogia, com a conseqüente derrocada do dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico e a necessidade de integrar essas lacunas através de uma actividade original do concreto aplicador do direito.

Finalmente, pela verificação de que o poder afinal é uno e os órgãos que o exercem têm de coexistir, limitando-se e controlando-se reciprocamente: as três clássicas funções soberanas disseminaram-se através dos diferentes poderes, de modo que nenhuma delas pertence hoje, necessária e exclusivamente, a um órgão determinado. Tornada impossível uma rigorosa separação de poderes, cada qual atribuído a um órgão próprio, passou a falar-se em equilíbrio entre as funções e em recíproca limitação e controlo dos poderes.

3.4. Por seu turno, quanto à natureza e posicionamento do judicial, a evolução verificada também não foi uniforme.

A) Assim, em França, a teoria que vê na justiça o terceiro poder do Estado, relacionada com a tese da radical separação de poderes plasmada na Constituição de 1791, foi defendida por CARRÉ DE MALBERG e tradicionalmente acolhida até à Constituição de 1946. Tal teoria, criticada por DUGUIT e por HAURIUO (“faire les lois et les faire exécuter sont les deux termes entre lesquels il n'y a pas de place à prendre”), tem naquele País vindo a ser substituída pela concepção que visiona a justiça apenas como uma “função dotada de autoridade”, enquadrada no “serviço público da justiça”, sendo o juiz basicamente um funcionário do Estado: os poderes do Estado não seriam três, mas dois, o de legislar e o de executar; o judicial seria uma forma específica da administração, a “administração” da justiça – concepção esta de nítido retorno ao antefacto napoleónico (as próprias expressões “função”, “autoridade”, “serviço”, estão imbuídas de ressonâncias burocráticas) e tem os mais importantes reflexos em sede de estatuto.

De facto, mais do que à primeira vista poderia parecer, a ideia de um “poder judiciário” começou a ser subvertida pela própria Revolução e muito especialmente pelas estruturas napoleónicas. A lógica da redução do papel do juiz à de mero reproduzidor ou declamador dos valores legais, desenvolvida desde as reformas napoleónicas, plasmou-se na Constituição francesa de 1958, onde a expressão “pouvoir judiciaire” foi substituída pela fórmula “autorité

Judiciaire”; o Presidente da República é proclamado “garante da independência da magistratura”, o que explica que seja ele o presidente do C.S.M., cujos restantes membros nomeia com larga margem de discricionariedade. Todavia, a circunstância de o P.R. ser concomitantemente o chefe do executivo envolve e revela que a função de julgar, procedendo da autoridade indivisível do Estado (de que o P.R. é o garante e responsável), não está confiada a um corpo profissional que exerça um verdadeiro poder no seio do Estado, antes corresponde a uma específica área da administração, cometida a funcionários dotados de autoridade e estatuto particulares. A separação de poderes e o “Poder judiciário” foram remetidos para a categoria de símbolos que hoje fazem parte da mitologia política¹³.

B) Nada disto se encontra em Itália, caracterizada por uma fórmula política claramente parlamentarista, onde a ideia de que a magistratura representa um verdadeiro poder do Estado nunca foi posta de lado e recebeu novo revigoração com a Constituição republicana de 1947. Aí, poder do Estado é considerada a própria magistratura (segundo alguns Autores, apenas a magistratura ordinária).

Outros consideram que a magistratura desenvolve uma actividade identificada com o ordenamento entendido na sua globalidade¹⁴.

C) Por seu turno, em Espanha, tanto a Constituição como a doutrina falam expressamente em “Poder Judicial”, o que sucede também no Brasil.

3.5. A razão de ser da independência é – e só pode ser a imparcialidade do julgamento, como garantia do cidadão, e do destinatário da justiça em geral.

No entanto, muitos factores demonstraram que a actividade do juiz – sendo embora uma actividade derivada (primária é a legislação) – contem uma ineliminável margem de politicidade. Entre estes dois elementos (imparcialidade e politicidade) e a independência criou-se um vínculo

¹³ ROLAND/BOYER, “Institutions Judiciaires”, Lyon, 1980-27; VICENT/MONTAIGNIER/VARINARD, “La Justice et ses Institutions”, Paris, 1982-56 a 62; ROGER PERROT, “Institutions Judiciaires”, Paris, 1989-46; MICHEL TROPPER, “La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française”, Paris, 1973, e “Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?”, in “Pouvoirs”, Paris, 1981; JEAN FOYER, “La Justice: histoire d'un pouvoir retusé”, na mesma revista.

¹⁴ COSTANTINO MORTATI, “Istituzioni di Diritto Pubblico”, Pádua, 1968-1.160; LUIGI MONTESANO, “La funzione giurisdizionale nella Repubblica Italiana”, in “Temi”, 1967-246; SPAGNA MUSSO, vocábulo “Giustizia”, na “Enciclopedia del Diritto”, Milão, 1969 - vol. XVIII – 943; e a obra colectiva dirigida por PIZZORUSSO, “L’Ordinamento Giudiziario”, Bolonha, 1974 – 40 ss. (de Pizzorusso) e 67 ss. (diversos).

estreitíssimo, potenciado pelo aumento dos poderes do juiz e da significatividade política da sua função.

Que circunstâncias justificaram esta evolução?

3.6. Ora, na raiz da mudança do papel do juiz encontram-se fenómenos múltiplos, uns perfeitamente detectáveis em todos os Estados, outros com maior incidência nacional.

a) Na passagem do estado liberal para o estado social, as funções do Estado receberam extraordinária ampliação, com a conseqüente inflação legislativa.

Ora, a actividade normativa é uma actividade combinatória, o aumento do número de regras traduz-se num desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinação entre elas: quanto mais regras, mais possibilidades de as combinar, e por isso maior probabilidade de contrastes entre elas¹⁵.

b) Mas, ao fenómeno da inflação legislativa numas áreas, tem crescido noutras o da inércia do legislador: fenómenos novos envolvendo largos interesses sociais não são de imediato cobertos por disciplina legal, ou porque o legislador não se apercebeu logo da sua relevância, ou porque não se sentiu ainda habilitado a regulamentá-los (é o caso das situações propiciadas pelas novas tecnologias, como a bio-engenharia, a engenharia genética, a procriação artificial, a informática, a telemática, a cibernética, etc.).

c) São também frequentes as situações inversas: perante uma sociedade em rápida mutação, as leis tendem a envelhecer precocemente, ficando desajustadas às novas realidades e solicitações.

d) Por outro lado, cada vez é mais frequente a técnica de o legislador fazer apelo a conceitos elásticos, flexíveis, esfumados, remetendo o sentido efectivo e concreto da norma para o critério do julgador (legislação “em branco” ou por “conceitos abstractos”). Exemplos: boa-fé, diligência de um bom pai de família, bons costumes, valor consideravelmente elevado, mutilação grave, deformidade notável, etc.

e) Ainda por outro lado, e em anos recentes, o Estado acabou por perder o seu monopólio legislativo, por torça do aparecimento do direito comunitário e dos ordenamentos regionais – pelo que a obediência exclusiva à lei não se reporta agora

¹⁵ J. P. HENRY, “Vers la fin l’État de droit?”, in “Revue de Droit Publique et de la Science Politique” Paris, 1977-1215.

São a propósito sugestivos os títulos das obras de SAVATIER (“L’Inflation Législative et L’Indigestion du Corps Social”) e de CARBONNIER (“L’Inflation des Lois”).

apenas às leis do Estado, nem por seu turno é igual a obediência a todas as leis do Estado, pois que estas se escalonam entre si de forma não indiferente.

- f) Acrescente-se a tudo isto o aumento dos poderes do juiz dentro do processo, em especial do processo penal (“legislação de emergência” para combater o terrorismo dos anos 70), conjugado com a chamada “capacidade expansiva” do direito penal (do terrorismo à corrupção, à droga, à criminalidade económica, etc.), levando o juiz penal a invadir espaços antes imprevisíveis, designadamente a nível de estruturas administrativas do Estado, empresas públicas, Autarquias.
- g) Refira-se finalmente o aumento dos poderes conciliativos atribuídos ao juiz, em especial nas áreas de maior relevo social: família, trabalho, inquilinato.

3. 7. Ora, é neste contexto que tem enorme relevo a mudança do papel desempenhado pelo juiz, o qual, de burocrata “administrador” da justiça definida por outro intérprete, simples “voz ou boca” do direito feito pelo legislador, na imagética montesquiana e ao bom estilo napoleónico, pouco a pouco se está a converter (ou tem sido constringido a converter-se) em protagonista e ele próprio autor de escolhas.

Esta viragem, que, na sua complexidade abrange também uma tendência de superação do paradigma burocrático, deve-se à constatação dos seguintes fenómenos¹⁶:

- a) a tomada de consciência das margens de criatividade deixadas à interpretação, o que logo importa uma nova reflexão sobre o significado da sujeição do juiz à lei, sobre o valor das garantias de independência, sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento global do sistema;
- b) a tendência para alargar a protecção judiciária a um número sempre crescente de direitos e interesses (“direitos que, pela sua própria natureza, estão destinados a encontrar no juiz o seu garante institucional”, na expressão de DENTI), referência óbvia aos chamados “interesses difusos e colectivos” e aos “Welfare rights”, como o direito do ambiente (ecológico, histórico, cultural, estético), o direito da publicidade, a defesa do consumidor, etc.
- c) o exercício da função de “suplência” do legislativo, que os juízes, embora muitas vezes a contragosto, são chamados a assumir: a própria actividade de actuação da norma positiva pode, em toda uma série de situações de grande ressonância política e social, ser utilizada para suprir a inércia ou a incapacidade do legislador.

¹⁶ VICENZO VIGORITI, “Le Responsabilità del Giudice”, Bolonha, 1984 – 10/11.

d) finalmente, o melhoramento das técnicas processuais, que em certos sectores conferiram ao juiz mais penetrantes instrumentos de intervenção e de tutela diferenciada.

3.8. Ora, este quadro alarga inevitavelmente a margem de autonomia conferida à interpretação, na medida em que o intérprete está colocado na necessidade de resolver problemas e incertezas, que na planificação montesquiana competiam ao legislador, mas que este não podia razoavelmente prever. E propicia a interpretação actualista, a interpretação evolutiva, a chamada Interpretação enunciativa, o movimento do direito livre e o uso alternativo do direito.

Então, vista a complementaridade das funções, a jurisdição tende a suprir a legislação, o que aliás corresponde a uma regra constante da dinâmica dos poderes: quando um deixa a descoberto uma parte da sua própria área de acção, sobre o vazio assim aberto tende a refluir a acção do outro: teoria substitutiva ou da suplência.

3.9. É a todo este propósito que se fala em amplificação dos poderes de interpretação da lei, em “suplência” do legislativo pelo judicial – mas também em “expropriação do poder legislativo do Parlamento”, quando a referência é a relação política entre legislação e jurisdição, e em “governo dos juizes”, quando a questão é a do específico modo concreto de exercido da função judicial.

Acentuando o fenómeno generalizado do aumento dos poderes do juiz, fala-se também em “juiz legislador” (quando se pensa nos poderes de interpretação e de integração), e em “juiz administrador” (fazendo realçar as suas novas funções promocionais: um juiz que decide menos, mas que medeia e concilia sempre mais)¹⁷.

Sintetizando todos estes fenómenos, fala-se na Alemanha na viragem do Estado de Direito para um “Estado de Justiça”. O “Estado de Justiça” ou “Estado Judicial” seria um desenvolvimento do Estado de Direito, caracterizado pelo controlo dos Juizes sobre o Poder Executivo e a Administração e pelo poder de questionar a constitucionalidade das leis: uma evolução, portanto, do Estado democrático de Direito, onde o Parlamento é privilegiado como depositário da vontade popular, para um Estado judicial de Direito, onde os juizes têm poderes de controlo sobre o Executivo e o Legislativo¹⁸.

¹⁷ Sobre a mudança do papel do juiz e o relevo político da sua função, v. “L'Ordinamento Giudiziario” cit. – 205 ss.; M. CAPURSO, “I Giudici della Repubblica” Milão, 1977; GERARD/KERCHOVE/OST, “Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire” Bruxelas, 1983; J. P. ROYER, “Etre Juge Demain”, Lille, 1983; M. CAPPELLETTI, “Giudici Legislatori?”, Milão, 1984, e mais recentemente “Le Pouvoir des Juges”, Paris, 1990 .

¹⁸ OTTO BACHOF – “Jueces y Constitución”, Madrid, 1985, 28. citando MARCIC e FORSTHOFF.

Torna-se evidente quanto estas correntes, integradas todas no movimento antiformalista, podem perturbar o equilíbrio tradicional dos poderes e incomodar o poder especificamente político.

Foi sobretudo em Itália que a confluência destes lactares (sobretudo a grande criminalidade organizada, o terrorismo político e a subsequente legislação penal de emergência, num campo particularmente propício ao debate de ideias) potenciou a mudança do papel do juiz (teoria de suplência, uso alternativo, governo de juízes) e provocou uma clivagem com o poder político, cujos efeitos últimos se revelam no Referendo ab-rogativo de 1987, e de que se falará no capítulo 6.

3.10. Notar-se-á quer não se trata aqui de aderir às teses e correntes citadas, nem mesmo ta.o só de as discutir.

Trata-se apenas de sublinhar quão longe estamos já da concepção montesquiana e juspositivista: na verdade, o acto de julgar não é um mecanismo de pura subsunção, o juiz não é só a boca que pronuncia as palavras da lei, o seu poder não é por isso “en quelque façon nul”, um “potere a somma zero”.

Desde que foi superado o dogma da plenitude lógica de ordenamento jurídico (o que se deveu a BÜLOW; a RÜMELIN; a REICHEL), evidente se tornou que o juiz sempre teve, afinal, mesmo quando sob o império de um positivismo rígido, um papel importante na criação do direito.

Toda a tarefa de interpretação (e mais ainda se se trata de integração de lacunas) Implica uma valoração pessoal e original sobre a norma em si e sobre a globalidade do ordenamento (HECK, ESSER, WIEACKER).

A jurisdição é, sem dúvida, uma actividade derivada: o juiz deve obediência (exclusiva) à lei. Mas as questões postas pelas necessidades hermenêuticas e integrativas, por um lado; por outro, a circunstância de o juiz (em diversos países, mas não em todos – e em termos sempre variáveis) dever recusar a aplicação de uma lei quando a considerar contrária à Constituição; finalmente (como é o caso português), a possibilidade de o Supremo Tribunal fixar, por meio de Assento, doutrina com força obrigatória geral, portanto verdadeira norma de direito, revestida das características de abstracção e força vinculativa geral, tal como as leis - tudo impõe que se repense qual o conteúdo substancial daquele princípio, basilar num Estado de Direito.

3.11. A mudança do papel do juiz – que, “de burocrata e administrador da justiça, numa óptica que o via como mero propagador de opções alheias, se converteu ou foi constringido a

converter-se em ele próprio protagonista e autor de escolhas”¹⁹ – gerou uma situação endémica de conflitualidade entre a magistratura e a classe política e aumentou o risco de sobreexposição, inclusivamente política, do juiz.

Porque, um aumento de poderes dentro do processo, uma maior margem de manobra na interpretação da lei e na integração das suas lacunas, a faculdade de preencher em concreto conceitos abstractos, eventualmente um uso alternativo do direito ou uma suplência do legislativo pelo judicial – dão ao juiz um campo de acção e uma capacidade de intervenção social antes não previstas, abalam necessariamente o equilíbrio de poderes e não podem deixar de ter custos em termos de responsabilidade: num sistema em que o poder político não pode facilmente interferir no exercício concreto da função judicial, o aumento da responsabilidade civil pode ser o contrapeso encontrado para o aumento dos poderes do juiz.

É neste contexto que se colocam de novo as velhas questões: que funções as do juiz, que independência, que responsabilidade?

3.12. De facto, “a responsabilidade do juiz é um tema destinado a ressurgir em períodos de crise, quando se rompem os mecanismos de equilíbrio que asseguravam a sintonia entre os vários momentos” (ético, lógico e políticoconstitucional) (...) “a corrosão dos mecanismos de controlo disciplinar e para-disciplinar do magistrado transfigurou o tradicional cliché do juiz como homo burocraticus, que fundava as suas raízes no positivismo codicístico e encontrava os seus prolongamentos numa filosofia do ordenamento judiciário sintetizada na máxima garantias absolutas/disciplina de ferro. O efeito espectacular é hoje representado sobretudo pelo abandono, por parte dos juízes, da “ideologia da obediência”²⁰, fonte e matriz do paradigma burocrático.

Estas complexas temáticas foram vividas, discutidas e sofridas sobretudo em Itália, onde nas vésperas do Referendo de 1987 se desenhavam da seguinte forma as duas posições contrastantes: “A classe política tenta hoje recuperar uma disposição dos poderes com vantagem para o legislativo e o executivo, mediante uma utilização alternativa do clássico instrumento da responsabilidade civil. A magistratura procura, pelo contrário, encontrar uma solução dos problemas postos pelo novo papel do juiz em termos de profissionalidade, que parece tolerar apenas uma forma de responsabilidade disciplinar interna”²¹. Sobre isto voltaremos ainda a falar.

4. – As várias formas de responsabilidade

¹⁹ VIGORITI – ob. e loc. cit.

²⁰ A. GIULIANI/N. PICARDI, “La Responsabilità del Giudice”, Milão, 1987 – XIII.

²¹ GIULIANI/PICARDI – ob. cit. – 197.

4.1. Responsabilidade ou irresponsabilidade do juiz?

A questão não encontra uma resposta uniforme.

Mesmo mantendo-nos dentro do sistema chamado burocrático, convém sublinhar que as soluções diferem substancialmente: desde um esquema tão indelevelmente marcado pelo módulo napoleónico, como é ainda o caso da França, ou pelo figurino prussiano, como é ainda o caso da Alemanha até à situação existente na Itália, apelidada já de sistema autónomo.

Focaremos, sempre muito em síntese, primeiro as soluções adaptadas a nível constitucional, e depois a nível da lei ordinária. Neste segundo aspecto, focaremos sucessivamente a responsabilidade política, civil, disciplinar e penal.

4.2. A) Assim, enquanto em Portugal (Constituição de 1976) o princípio da não responsabilidade colhe enunciação ao próprio nível constitucional: “os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as excepções consignadas na lei” (art. 218 – n. 2) – o mesmo não sucede noutros Países.

B) Em França (Constituição de 1958) não existe qualquer norma constitucional a proclamar expressamente o princípio da não responsabilidade. Esta última não é mais que uma faceta de uma questão mais ampla, em que se enquadra e que a abrange: o problema clássico da responsabilidade pelo mau funcionamento dos serviços públicos: “responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice”. Por isso, não há qualquer princípio de irresponsabilidade do juiz. O que há é um princípio de responsabilidade de todos os serviços e funcionários do Estado, e deste próprio; princípio que em certos domínios, como o da justiça, sofre atenuações, desvios e excepções, que atendem à sua particular especificidade.

C) Também em Itália (Constituição de 1947), como em França, não se encontra qualquer formulação a nível constitucional, ou mesmo tão só da lei ordinária, da não responsabilidade dos magistrados pelos actos da sua função. E, no entanto, esse é um dos Países em que os magistrados, designadamente os do M.P., de maior independência gozam.

A ideia de que o juiz não pode ser responsabilizado extrai-se, em Itália, por dedução de algumas regras, essas sim de efectivo assento constitucional e zelosamente estremecidas: a magistratura constitui uma “ordem autónoma e independente de qualquer outro poder” (art. 104 – n. 1) (poder do Estado é a própria Magistratura e não os Tribunais); “a justiça é administrada em nome do povo, os juízes estão sujeitos apenas à lei” (art. 101 – n.1), “as normas sobre organização judiciária e sobre todas as magistraturas são reservadas à lei; a lei assegura a independência dos juízes” (art. 108 – n. 1 e 2). Deste modo, a regra da irresponsabilidade não é

proclamada como princípio autónomo; mas todos reconhecem que se contém, por implicitude, em algumas declarações constitucionais.

D) Coisa diferente já sucede em Espanha (Constituição de 1978): “A justiça emana do povo e é administrada em nome do Rei por Juízes e Magistrados integrantes do poder judicial, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos unicamente ao império da lei” (art. 117 – n. 1).

Assim, o que a Constituição proclama é que os juízes são responsáveis.

“Os danos causados por erro judicial, assim como os que sejam consequência do funcionamento anormal da Administração da Justiça darão direito a uma indemnização a cargo do estado, nos termos da lei” (art. 121) – norma esta profundamente inovadora no sistema espanhol²².

5. – Responsabilidade política

5.1. Por RESPONSABILIDADE POLÍTICA pode entender-se várias coisas:

- a) Sujeição institucional dos magistrados a sanções impostas pelo poder político através do controlo que este possa ter, quer sobre a nomeação, confirmação ou recondução dos juízes, quer sobre a forma concreta do exercício da sua actividade, quer sobre a gestão dos instrumentos da responsabilidade disciplinar – sanções que não teriam natureza reparatória (como na responsabilidade civil), mas uma função de controlo comportamental e político;
- b) Intenção de reagir contra o isolamento (“separatezza”, “corps séparé”) da magistratura, através da integração madura e consciente desta na sociedade civil: a “politicidade” do acto de julgar implicaria a necessidade de controlar, designadamente a nível político, os agentes das decisões;
- c) Sujeição ao controlo da opinião pública, facultado pela publicidade das decisões e pela liberdade de expressão de pensamento, designadamente pela imprensa²³.

Nesta última acepção, também se usa falar, talvez mais apropriadamente, de responsabilidade social.

²² Sobre a independência do juiz na doutrina espanhola, v PERFECTO ANDRES/CLAUDIO MOVILLA, “El Poder Judicial”, Madrid, 1986 e LUIS MOSQUERA, “La posición del poder judicial...” – in “La Constitución Española de 1978”, de PREDIERI/ENTERRIA, Madrid, 1981 – 719/767.

²³ VIGORITI – ob. cit. – 15/18 e MARCO RAMAT, ob. e loc. cit.

Em sentido rigoroso, só se pode falar de responsabilidade política quando existam sanções institucionalizadas, portanto apenas na primeira das acepções indicadas.

Procurando perspectivar mais a fundo a sua natureza, dois elementos nos surgem como característicos: por um lado, a responsabilidade política verifica-se perante órgãos políticos, ou seja, pertencentes às áreas legislativa e/ou executiva, e exprime-se através de procedimentos de carácter não jurisdicional; por outro lado, essa responsabilidade não se baseia, ou não se baseia principalmente, em violações de deveres jurídicos, mas antes em comportamentos (inclusive do toro privado, estranhos à actividade profissional) valorados na base de critérios políticos ou parapolíticos²⁴.

5.2. A) Em França, apesar da separação de poderes e da independência institucional do Judicial, existe uma certa responsabilidade política dos juízes, a qual não se exprime numa influência do poder político sobre o modo concreto do exercício da função, mas por um controlo sobre o recrutamento, a progressão na carreira e a responsabilidade disciplinar.

De facto, após se reafirmar a necessidade de assegurar a independência do juiz e a sua submissão executiva à lei, acentua-se que “ce qui fait difficulté c'est que les magistrats sont des fonctionnaires nommés par le gouvernement, qui détient les clés de leur avancement et dispose de l'action disciplinaire”²⁵.

Na realidade, a progressão na carreira processa-se através de listas organizadas por comissões controladas pelo Ministro da Justiça; a mudança de grau (promoção) tem lugar por decisão do Presidente da República, ouvido o Ministro, que antes ouviu o parecer do C.S.M.; este órgão é constituído pelo Presidente da República, pelo Ministro da Justiça e por nove membros escolhidos pelo Presidente da República com grande margem de discricionariedade; os poderes do C.S.M. limitam-se praticamente à sua competência consultiva no que toca às nomeações e ao exercício da acção disciplinar.

Falaremos disto mais detalhadamente a propósito de responsabilidade disciplinar.

²⁴ MAURO CAPPELLETTI, “Giudici Irresponsabili?” – Milão 1988 – 28/29; GIUSEPPE VOLPE, “Sulla responsabilità politica del giudice” – in “Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale” – IV – Milão, 1977 – 807/825.

²⁵ ROLAND/BOYER – ob. cit. - 1980-27.

V. também R. PERROT – ob. cit. – 40 e M. R. FERRARESE, “Potere político e magistratura: il caso francese” – in “Queste Istituzioni” – 1978 – 24...

B) A situação na Bélgica é semelhante à que se verifica em França: dependência face ao executivo quanto às nomeações e às promoções, ao controlo disciplinar e “obligation de réserve”.

C) Em Inglaterra também se excluem vinculas institucionais.

Todavia, o sistema de recrutamento, se privilegia os dotes profissionais, conferindo ao juiz um papel fundamental, também por isso mesmo procura garantir-se (inclusive politicamente) sobre as orientações dos candidatos a juiz.

Dai, regras específicas no que respeita aos critérios de nomeação, que se encontram nos antípodas dos concursos públicos característicos do Continente europeu: os “Law Lords” e os juízes das “Court of Appeal” (que são os magistrados que desempenham as mais altas funções) são nomeados pelo Rei, por indicação ou proposta do 1.º Ministro; os juízes das “High Courts”, os “circuit judges” e os “stipendiary judges” são igualmente nomeados pelo Rei, mas por indicação do “Lord Chancellor”; os juízes de paz são nomeados directamente por este último, sob indicação de comités locais.

Considera-se normal que o Ministro da Justiça escolha pessoas pertencentes à área do seu partido. Não existindo uma carreira (no sentido em que existe no Continente), há de facto uma progressão para os tribunais superiores, que se efectua através de nomeações sucessivas para os postos mais ambicionados: “High Court” e “Court of Appeal”.

Assim, não podendo efectuar-se qualquer controlo político “a posteriori” (a não ser pela não recondução), há no entanto uma forma subtil de “a priori” responsabilizar o juiz perante quem o nomeou: “o juiz deve corresponder às expectativas”.

D) Nos Estados Unidos da América, a responsabilidade política institucional é também excluída. Mas continua a haver controlo (político) no que toca às nomeações: os juízes federais, como todos os funcionários federais, são escolhidos e nomeados pelo Presidente dos E.U.A., mediante parecer e consentimento do Senado; os juízes estaduais são fundamentalmente eleitos por sufrágio universal directo.

Há portanto, assim, quer quanto aos juízes federais, quer quanto aos estaduais, um vínculo com o poder político. Não obstante, a independência e a profissionalidade têm-se afirmado nas situações mais difíceis, de que é exemplo o caso “Watergate”.

E) Na Alemanha Federal a responsabilidade política dos juízes é “expressis verbis” afastada.

Mas há uma regra que pode eventualmente acenar ainda a qualquer resquício de

responsabilidade política: o Tribunal Constitucional tem a faculdade de destituir, transferir ou jubilar os juízes que infrinjam os preceitos constitucionais – competência que exercerão a requerimento do Parlamento Federal e que pode traduzir uma forma larvar de controlo político dos magistrados.

5.3. Assim, a responsabilidade política existe nos Países de “common law” (paradigma profissional), explicita-se no controlo que o poder político tem sobre a nomeação, confirmação ou recondução dos juízes; é considerada como co-natural ao sistema. Mas também se pode encontrar em Países do paradigma burocrático (“civil law”), de que o primeiro exemplo é a França, onde a responsabilidade política se pode revelar em sede de recrutamento, progressão na carreira e responsabilidade disciplinar.

Nesse e noutros modelos inspirados no mesmo paradigma, o executivo começou por manter significativos poderes no que toca à disciplina, à progressão na carreira e promoções; depois acentuou-se a tendência a diminuir esses poderes e a transferi-los para um novo órgão – o C.S.M. –, exclusivamente reservado a juízes (Brasil); ou cuja composição assegura a maioria a juízes eleitos pelos próprios juízes (Itália), ou a membros escolhidos e nomeados pelo Presidente da República (França) ou escolhidos pelas Cortes e nomeados pelo Rei (Espanha), ou a juízes eleitos pelos juízes e membros nomeados pelo Parlamento em sensível paridade (Portugal) – assim procurando realizar uma ideia de “autonomia”. O C.S.M., a sua composição e competência, têm lugar mais adequado no capítulo da responsabilidade disciplinar. Todavia, alguns laivos de responsabilidade política podem aparecer diluídos na responsabilidade disciplinar: é o caso de um ilícito disciplinar definido por “fattispecies” genéricas, de um C.S.M. demasiado permeado por forças políticas, ou de uma iniciativa disciplinar demasiado na mão destas. Dai que esta referência tenha sido feita desde já.

De facto, não obstante declarações de princípio quanto à separação de poderes, à independência do judicial e em alguns países à não responsabilidade dos juízes, o certo é que a responsabilidade política passa a poder existir quando se reúnam duas condições, não tão raras como isso: atipicidade do ilícito disciplinar (tradicional e frequentíssima, como veremos) e presença maioritária no C.S.M. de membros oriundos do poder político (o que se verifica nuns casos e não noutros).

Reunidas que estejam estas condições, e sobretudo se o C.S.M. não reflectir o pluralismo de várias correntes (como sucede num dos casos que passaremos em revista), fácil é concluir que, embora o sistema não o diga, o juiz passa a ser de facto, através da via disciplinar, politicamente condicionado.

Mais uma vez se sublinha que, na presença de um sistema liberal-democrático, não se

trata de fazer suspeições ao poder político – afinal, emanação da vontade popular livremente expressa. Trata-se apenas de demarcar fronteiras entre poderes e funções.

5.4. Não existe nos sistemas liberal-democráticos uma responsabilidade especificamente política sobre a forma concreta do exercício da função jurisdicional. Isso é mesmo um dos objectivos (e consequência) da independência e da submissão exclusiva à Lei (para além do controlo sobre a nomeação, a confirmação e a recondução dos juízes, e sobre os instrumentos da responsabilidade disciplinar – que tudo são, afinal, formas larvares de uma verdadeira responsabilidade política). Mas aí podem, porque o terreno é propício, debater-se e desenvolver-se as duas outras formas, que consideramos não rigorosas, de responsabilidade política: tendência para uma “autonomia aberta” e controlo da opinião pública.

De “autonomia aberta” ao corpo social fala-se a propósito da participação no C.S.M. de não magistrados de carreira: elementos “laicos” designados pelo poder político (Chefe de estado, parlamentos, governo), por contraposição aos elementos “togados”. O “controlo da opinião

Pública” – inevitável, dados os princípios da publicidade das audiências e da transparência da administração da justiça, por um lado; e da liberdade de informação e de crítica, por outro – é um dado de facto impossível de ignorar, mas de difícil institucionalização.

E não convencerá a tese (RAMAT) de que o juiz é politicamente irresponsável (apenas) porque o único controlo político a que está sujeito é o da opinião pública, assim erigida a uma espécie de “juiz natural” do próprio juiz.

De facto, tanto como diremos para os juízes, “quis custodiet et ipsos custodiet”? – quem controla os “mass media”?

De facto, a opinião pública só poderia desempenhar um tal papel se se preenchessem condições de muito difícil verificação. Necessário seria que estivessem as perante uma sociedade inspirada por valores comuns e sensivelmente homogéneos (o que não sucede nas sociedades abertas e pluralistas): ora, a opinião pública não é *uma* máxima metafísica, donde resulta que se transformaria num instrumento susceptível de utilizações diversas, opostas até: a responsabilidade perante a opinião pública (conceito que deve ligar-se às ideias de “imediação” do juiz com a colectividade, de legitimidade como “representação indirecta” e de juiz como “campeão do povo”) acabaria por ser uma responsabilidade política “tout court”, com a agravante de a sua forma de expressão não estar objectivamente institucionalizada.

6. – Responsabilidade Civil

6.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL do juiz, praticamente desconhecida nos Países de “common law”, assenta nos países de paradigma burocrático basicamente no dolo (em que se

abrangem também os actos criminosos: fraude, concussão, peculato, etc.).

Nestes últimos países tem-se todavia acentuado, nos últimos 20 anos, uma dupla tendência: por um lado, a responsabilizar directamente o próprio Estado pelos danos resultantes do funcionamento defeituoso ou anómalo do serviço público ou da administração da justiça (França e Espanha); por outro lado, a alargar a responsabilidade pessoal do juiz às hipóteses de culpa grave (Itália).

6.2. A) Em França há a distinguir os casos de responsabilidade directa do próprio Estado e os casos em que o Estado funciona como garante do magistrado, indemnizando o lesado e podendo depois agir em regresso contra aquele.

Os casos (especiais) de responsabilidade directa do próprio Estado são dois: danos sofridos em consequência de condenação penal devida a erro judiciário constatado em processo de revisão; e danos sofridos em consequência de detenção provisória não seguida de condenação, desde que o prejuízo sofrido tenha sido “anormal e de particular gravidade”.

Em ambas as hipóteses (ambas, como se vê, do foro penal), responsável é apenas o Estado, que, na segunda delas, pode agir contra o respectivo autor, se a detenção foi motivada por denúncia caluniosa ou falso testemunho.

A responsabilidade civil pessoal do juiz assentava tradicionalmente (art. 505 do velho Código de Processo Civil de 1806) no dolo, na fraude, na concussão e na denegação de justiça.

Efectivava-se através do procedimento designado por “prise à partie”, que era uma via de recurso extraordinário dirigida mais contra o juiz do que contra o julgamento, herdada segundo parece do direito germânico medieval (a parte podia provocar o juiz para duelo): a parte que se considerasse lesada por uma violação dos deveres profissionais do magistrado podia demandar este perante a instância imediatamente superior, a qual tanto podia condenar o magistrado a pagar uma indemnização, como anular a sua decisão. No primeiro caso, o Estado indemnizava a parte e depois exigia o reembolso do juiz.

Mas a responsabilidade por culpa grave faz a sua aparição com uma lei de 1933, relativa às garantias da liberdade individual: ao lado da comum “faute de service” dos funcionários do Estado, é então introduzida a responsabilidade do juiz por “faute lourde professionnelle”. Fiel ao modelo do juiz de carreira, enquadrado num esquema hierárquico e burocrático, a extensão da responsabilidade aos casos de culpa grave inspira-se em França numa intenção de igualdade entre todos os funcionários.

Com as reformas legislativas de 1972 (organização judiciária) e de 1979 (estatuto da

magistratura), que acentuaram o modelo burocrático e enterraram definitivamente o complicado mecanismo da “Prise à partie”, a acção de indemnização passa a exercer-se contra o Estado, que fica com o ónus de ressarcir o lesado. Se o dano se deveu a “faute personnelle” do magistrado, o Estado tem depois direito de regresso contra o magistrado (a exercer perante a secção civil da Cassação), concebido este em França como uma espécie de “juiz-funcionário”: o Estado garante os danos causados às partes pelas “fautes personnelles” dos magistrados. Estes são responsáveis apenas pelas suas ditas faltas – todavia, o Estatuto de 1979 não precisa o que deve entender-se por tal expressão, por oposição à simples “faute de service” usada para os funcionários em geral. A tendência é no sentido de as fazer equivaler.

Assim, desde 1979 que a responsabilidade civil pessoal do magistrado só pode ser exercida nos casos em que haja responsabilidade dele – mediante acção de regresso do Estado.

Em 1972 foi introduzida no ordenamento francês uma regra revolucionária – a responsabilidade civil do estado-Juiz pelos danos causados pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça; mas, porque a noção de funcionamento defeituoso seria demasiado lata, logo a mesma lei que criou este tipo especial de responsabilidade a condicionou: “cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice”.

Ora, por “faute lourde “ entendia-se o erro grosseiro ou a negligência grave, em que não cairia um magistrado normalmente cuidadoso - isto é, o mesmo que culpa grave.

Denegação de justiça, por seu turno, só existe quando a omissão persista após feitos dois requerimentos ao juiz para exercer a sua concreta função.

Mas, como em ambos estes casos já existiria responsabilidade do Estado como garante do juiz, a única diferença introduzida pela reforma de 1972 em relação ao regime é apenas esta: se o dano ficou a dever-se a culpa grave ou a denegação de justiça por parte do juiz, o Estado é directamente responsável e não apenas garante do magistrado.

Sublinha-se em França o que tem de paradoxal que nestes dois casos particulares, em que no fundo o que há é uma falta pessoal do juiz, responsável directo seja o Estado.

Mas o paradoxo não será tão grande se, olhando o sistema de fora e no seu conjunto, tivermos em conta que a França nos dá o exemplo mais flagrante de uma impositação burocrática: o juiz é um funcionário do Estado, seleccionado e em larga medida disciplinado pelo executivo, normal sendo por isso que o Estado responda pelas suas faltas.

“Esta reforma (de 1972/1979) é de uma grande importância.

Ela tende, por um lado, a empenhar melhor que antes a responsabilidade do Estado pelo funcionamento defeituoso dos serviços da justiça, e por outro, a aproximar a responsabilidade pessoal do magistrado da dos outros membros da função pública.

Mas, se esta evolução é tecnicamente feliz, ela tende a atenuar a distinção entre a função

judiciária e a função administrativa. O magistrado fica colocado na mesma situação que um funcionário ordinário da administração”²⁶.

De facto, esta evolução – da velha “prise á partie” contra o juiz à nova legislação de 1972/79: o Estado responde pelo defeituoso funcionamento do serviço da justiça – pode não ter sido uma conquista para a tutela dos direitos dos cidadãos, mas precisamente um ulterior e pernicioso passo em direcção à mais completa burocratização da magistratura: “a cobertura dos riscos, (...) é um preço (modesto) que o estado paga para continuar a manter sob controlo uma magistratura que perante ele já responde no plano, político e disciplinar”²⁷.

E que a tendência a assimilar a posição do juiz à do funcionário público, por um lado, e a não obrigatoriedade da acção de regresso, por outro, podem fornecer ao poder político um excelente campo de ingerência.

B) Em Portugal, por força da própria Constituição, a responsabilidade é excepcional: só pode existir nos casos previstos na lei.

No que toca à responsabilidade civil, os casos previstos são os seguintes (art. 1083 do C. Proc. Civil): condenação por crime de peita, suborno, concussão ou prevaricação; dolo; denegação de justiça; outros casos em que a lei expressamente lhes imponha essa responsabilidade. É aqui nítida a influência do velho Cód. Proc. Civil francês (art. 505, alterado pela lei de 1933, prescrevendo ainda para a “prise à partie”). A reforma gaulesa de 1979, que acabou com a “prise à partie” e previu o direito de regresso do Estado, por seu turno, inspirou o Estatuto português de 1985: “fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada mediante acção de regresso do estado contra o respectivo magistrado” (art. 5 – n. 3).

Não existe, todavia, especificamente prevista, a responsabilidade civil do próprio Estado por “funcionamento defeituoso do serviço da justiça”.

Existe porém uma norma mais ampla (o art. 22 da Constituição) que parece ter capacidade para englobar a situação em apreço.

É curioso observar que, por indistigável influência do sistema francês, a responsabilidade civil do juiz aparece sistematizada na lei processual e não na lei substantiva, como seria mais adequado. Esse fenómeno de “tropia” sistemática também se verifica na lei italiana anterior a 1988 – donde mais uma vez se alcança a enorme repercussão que as estruturas napoleónicas

²⁶ VINCENT/MONTAGNIER/VARINARD – ob. cit – 528.

²⁷ VIGORITI – ob. cit. – 58.

Em sentido diverso, CAPPELLETTI, «Who Watches the Watchman?» – In “American Journal of Comparative Law” – 1983 – 45.

tiveram no Continente europeu e de que só recentemente alguns Estados começam a desprender-se.

C) Em Espanha, os juízes e magistrados respondem civilmente pelos danos e prejuízos que causem quando, no desempenho das suas funções, procederem com dolo ou culpa. Não se dizendo mais do que isto, a responsabilidade do juiz pauta-se pelas regras comuns: não fica, portanto, restringida à culpa grave. Dai ter-se difundido o seguro de responsabilidade civil.

Mas a acção de responsabilidade civil não pode ser instaurada antes do trânsito da decisão em que se supõe produzido o agravo, nem o pode ser por quem não tenha oportunamente reclamado, podendo fazê-lo. Por seu turno, em nenhum caso a sentença proferida na acção de responsabilidade poderá alterar a decisão transitada produzida no processo.

Neste caso (dolo ou culpa do magistrado), o Estado responde pelos danos perante o cidadão lesado, ficando com o direito de agir em regresso contra o magistrado.

Como já se referiu, há no recente direito espanhol (Constituição de 1978 e Lei Orgânica de 1985) uma disposição profundamente inovadora, sem qualquer precedente normativo em Espanha, constitucional ou ordinário: a responsabilidade patrimonial do Estado por erro judicial e por anormal funcionamento da administração da Justiça²⁸.

“Os danos causados em quaisquer bens ou direitos por erro judicial, bem como os que sejam consequência do funcionamento anormal da Administração da Justiça, darão a todos os lesados direito a uma indemnização a cargo do Estado, salvos os casos de força maior (...)”.

Trata-se, como é fácil de ver, de uma importação das reformas francesas dos anos 70. Mas especifica-se que o dano alegado terá de ser efectivo, avaliável economicamente e individualizado em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas – sendo que a simples revogação ou anulação de decisões judiciais não gera, por si só, direito a indemnização.

A reclamação de indemnização por erro judicial, a apresentar perante o Ministério da Justiça, terá de ser precedida de uma decisão judicial que expressamente o reconheça (podendo sê-lo em recurso de revisão), só é possível depois de esgotadas todas as possibilidades de recurso e não obsta à execução da decisão judicial respectiva.

Mas a lei não define o que deve entender-se por “erro judicial”.

Terão igualmente direito a serem indemnizados pelo Estado aqueles que, tendo sofrido prisão preventiva, sejam absolvidos por inexistência do facto imputado, desde que se provem os danos.

²⁸ REYES MONTERREAL – “La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia” – Madrid, 1987.

Todavia, em nenhum caso haverá lugar a indemnização quando o erro judicial ou o anormal funcionamento tenham tido por causa dolo ou culpa do lesado.

Mas esta responsabilidade do Estado (por erro ou anormal funcionamento dos serviços) não obsta à exigência de responsabilidade civil, pelos lesados aos magistrados, desde que estes tenham agido com dolo ou culpa.

D) Em Itália a responsabilidade civil do juiz era apenas a título de dolo: dolo, fraude, concussão ou denegação de justiça – (art. 55 e 56 do Cód. Proc. Civil).

Portanto, mais uma vez nítida influência do Código napoleónico.

Entendia a jurisprudência e a doutrina que o Estado era considerado directamente responsável pelos actos lesivos imputáveis a magistrados praticados no exercício das respectivas funções, e que tal responsabilidade existia nos limites em que existisse a responsabilidade do juiz.

O lesado poderia pedir a indemnização ao Estado ou ao magistrado. Mas, optando por demandar o magistrado, teria de para tal obter previamente autorização do Ministro da Justiça.

A responsabilidade radicava, portanto, apenas no dolo – a culpa não gerava responsabilidade civil do juiz.

Este regime foi alterado com o Referendo de 1987 (que revogou os art. 55 e 56 do C. Proc. Civil) e com a Lei 117/88 (que estabeleceu novas regras quanto à responsabilidade civil do juiz): a responsabilidade é do Estado, mas existe tanto nos casos em que o magistrado tenha agido com dolo, como com culpa grave; e bem assim nos casos de denegação de justiça. Depois de esclarecer que as actividades de interpretação de normas de direito e de valoração dos factos e das provas não podem dar lugar a responsabilidade, houve o cuidado de definir o que constitui culpa grave e o que é denegação de justiça.

Assim, constituem culpa grave: a grave violação de lei; a afirmação ou a negação de um facto, cuja existência resulta incontestavelmente excluída ou incontestavelmente verificada, em face dos autos, em todos estes casos desde que tal se deva a “negligência indesculpável” do juiz; e bem assim a prolação de um despacho relativo à liberdade da pessoa fora dos casos consentidos pela lei, ou sem motivação.

Por seu turno, constitui denegação de justiça a recusa, a omissão ou o retardamento no cumprimento de actos do ofício, quando, decorrido o prazo legal, a parte tenha requerido a sua prática, e tenham decorrido mais 30 dias desde a data do requerimento sem que o acto tenha sido praticado. Este prazo de 30 dias pode ser prorrogado por não mais de 3 meses, contados do dito requerimento.

Para a elaboração de sentenças de particular complexidade, pode ser concedida nova

prorrogação por mais três meses.

Este mecanismo de “colocação em mora”, que também existe no direito francês, embora em termos algo diferentes (2 convites ao juiz para exercer as suas funções), tem a vantagem de definir normativamente, e por via positiva, o dever de agir no caso de denegação de justiça – além de servir para sensibilizar o juiz à maior urgência das partes interessadas. Embora em si próprio seja pouco dignificante para o magistrado, ele integra-se perfeitamente na filosofia que informa o princípio dispositivo: o magistrado é o juiz da causa, mas o juiz da urgência são as partes.

A acção ressarcitória deve ser proposta contra o Estado, na pessoa do presidente do Conselho de Ministros, mas apenas quando esgotados todos os meios ordinários de impugnação; pode ser indeferida liminarmente quando o pedido seja manifestamente infundado (note-se que no direito processual civil transalpino não é em geral passível indeferir liminarmente por manifesta falta de fundamento).

Julgada procedente a acção, o Estado tem o prazo de um ano para exercer a acção de regresso contra o magistrado; salvo o caso de dolo, o regresso não pode exceder o limite de 1/3 do estipêndio anual do magistrado. No caso de condenação do Estado, o procedimento disciplinar é obrigatório²⁹.

É ainda muito cedo para se poder concluir da bondade desta Reforma, ou dos seus eventuais “efeitos perversos” bem como para se poder definir, com a devida segurança, quais os contornos da “negligenza inexcusabile” – tudo parecendo indicar que se terá de recorrer mais uma vez aos velhos critérios, de “sabor escolástico”, da “culpa lata” leve e levíssima.

A ser assim, culpa indesculpável é a culpa em que só cai um juiz extraordinariamente desleixado – com o que por sua vez se tem de remeter para padrões de conduta, critérios de profissionalidade, de que abaixo voltamos a falar.

Muito difícil será também garantir todos os casos em que a existência de um facto negado, ou a inexistência de um facto afirmado, possa resultar “incontestavelmente” do processo.

E) Na Alemanha, a responsabilidade civil do juiz integra-se, doutrinariamente, no capítulo da responsabilidade do funcionário público por actos cometidos no exercido das suas funções, respondendo portanto em primeiro lugar o Estado (quer se trate de facto doloso, quer culposo), que fica depois com direito de regresso, direito este na prática raramente exercido.

²⁹ Sobre o Referendo de 1987 e a Lei n.º 117/88, v. LUIGI SCOTTI. “La Responsabilità Civile del Magistrati”, Milão, 1988, e FRANCESCO PINTUS, “Responsabilità del giudice” – in “Enciclopedia del Diritto” – Milão, 1988 – vol XXXIX – 1471/1482.

O Código Civil prevê a responsabilidade civil do juiz “no caso de violação do dever de ofício, na decisão de uma causa”, apenas se tal violação é penalmente sancionada – ficando fora da previsão legal as actividades não directamente ligadas com a “decisão da causa”, sendo raros os casos em que se chegou a uma declaração de responsabilidade do juiz. A doutrina fala a tal propósito de um “Privilégio do juiz” (“Richterprivileg”).

F) A Bélgica mantém-se muito fiel ao modelo francês: a responsabilidade do juiz é apenas por dolo, fraude, denegação de justiça. Se a falta constitui crime, competente é o Tribunal de Apelação; caso contrário, a acção de responsabilidade segue os trâmites da “prise à partie” Pedida a indemnização ao Estado, este pode agir em regresso contra o magistrado.

G) A Grécia continua também na linha do modelo francês: dolo, negligência grave, denegação de justiça. A acção é proposta directamente pela parte lesada, sem necessidade de qualquer autorização ou avaliação prévia de viabilidade.

H) No Brasil, a acção ressarcitória é proposta contra o Estado, o qual, no caso de culpa ou dolo do juiz, pode agir em regresso contra ele. Mas, desde 1973 que, no caso de dolo, fraude ou culpa, a acção pode ser proposta directamente contra o magistrado.

I) Curioso é observar a persistência do protótipo francês num país muçulmano e que viveu sob protectorado britânico, como o Egipto: dolo, fraude, concussão, erro profissional grave, denegação de justiça. A acção não depende de qualquer autorização preventiva, mas precede-a necessariamente um exame prévio de admissibilidade.

J) Muito diferente, mesmo a nível dos princípios, é a situação em Inglaterra, onde o controlo da profissionalidade é considerado como a primeira garantia do exercício correcto da função.

Há a distinguir entre os juízes dos tribunais superiores e os dos tribunais inferiores; e entre os actos praticados “intra vires” (isto é, no exercido das funções) e os praticados «Ultra vires” (ou seja, sem competência ou sem jurisdição).

Quanto aos actos praticados “intra vires”, não há qualquer responsabilidade civil, nem mesmo no caso de dolo: a única hipótese para o cidadão lesado é queixar-se ao “Lord Chancellor”, a fim de que este exerça função disciplinar. Esta “immunity from civil liability” era a princípio reservada aos juízes dos tribunais superiores: mas agora vale para todos os juízes.

Quanto aos actos praticados “Ultra vires”, existe completa “immunity” quanto aos juízes

dos tribunais superiores: por um lado, os actos destes juízes “presumem-se” sempre “intra vires”; por outro, são eles próprios que decidem a extensão dos seus poderes. Relativamente aos juízes dos tribunais inferiores, a regra era a da responsabilidade civil; mas a evolução foi também no sentido da “immunity”: eles só respondem civilmente se se provar dolo ou culpa grave.

Por seu turno, o Estado nunca responde civilmente: “The King can do not wrong”.

K) Nos Estados Unidos da América, rege o princípio da “immunity” quanto à actividade decisória – existindo responsabilidade civil na não decisória. A justificação dada para esta solução está em que o juiz americano não tem deveres para com o concreto cidadão, mas só para com a colectividade.

L) Na União Soviética, onde todos os juízes e os assessores são eleitos, respectivamente por 3 e 5 anos, mas podem ser afastados antes, não há responsabilidade civil do juiz - este responde em sede política, disciplinar e penal.

M) Muito semelhante é a situação na Polónia: o Estado responde pelos danos causados pelos seus funcionários, desde que com violação da lei e susceptíveis de responsabilidade penal ou disciplinar. Nenhuma norma especifica existindo quanto a eles, os magistrados estão equiparados aos demais funcionários do Estado. A acção de indemnização é dirigida contra o Estado, que, uma vez ressarcido o dano, pode agir em regresso, no todo ou em parte. Assim, responsabilidade civil do funcionário (juiz) só *pode* existir quando exista ilícito penal ou disciplinar.

7. – Responsabilidade disciplinar

7.1. A RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR é o leme que marca a rota do sistema burocrático. Como se disse já, encontram-se por vezes em sede disciplinar resíduos de uma velha dependência política, se não mesmo expressões mais ou menos diáfanas de uma autêntica responsabilidade política.

Tem tudo isto basicamente a ver com três grandes núcleos de questões: a) definição do ilícito através de tipos legais ou de fórmulas genéricas; b) composição e competência do C.S.M.; c) iniciativa do procedimento.

7.2. A) Em França o aparelho disciplinar encontra-se sob o firme controlo do poder político. De facto, descontadas as afirmações de estilo sobre a independência e a autonomia dos juízes, estes estão na realidade condicionados pelo poder político, que, não impondo nenhuma

obrigação de aderir a qualquer ideologia (nem podendo, pelo menos formalmente, extrair consequências da forma concreta de exercício da função), mostra-se todavia em situação de determinar escolhas e comportamentos.

- a) Começa por que a definição do ilícito é feita por conceitos abstractos, nitidamente corporativistas: “Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire”.

Continua depois pela proibição da manifestação de ideias políticas opostas às das maiorias e pelas extensões da chamada “obligation de réserve”. “Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Toute manifestation d'hostilité au prince ou à la forme de Gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même façon que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions”. Entende-se correntemente que estas normas proíbem aos magistrados a manifestação de ideias hostis ao regime vigente (não propriamente às maiorias, mas ao “establishment”) e o exercício do direito de greve, pelo que têm motivado uma enorme polémica³⁰.

- b) O C.S.M. foi instituído pela Constituição de 1946 (IV República), com o objectivo de garantir a não interferência do poder político sobre a actividade judiciária; mantido pela Constituição de 1958 (V República), que todavia o alterou profundamente, quer quanto à composição, quer quanto às suas atribuições, sem dúvida que por efeito do presidencialismo gaullista.

Assim, e no que toca ao primeiro aspecto (composição): o Presidente da República é o garante institucional da independência da “autoridade judiciária”; por isso, natural é que presida ao C.S.M. O Ministro da Justiça é o vice-presidente; integram o C.S.M., além destes dois membros de direito, mais nove elementos, todos nomeados pelo Presidente da República, de forma mais ou menos discricionária: seis são magistrados (dos quais 3 da Cassação), um é conselheiro de Estado e dois são” personalidades não pertencentes à magistratura, escolhidas em razão da sua competência. Em relação aos magistrados, a escolha incide sobre listas fornecidas pela Cassação e pelo Conselho de Estado, respectivamente quanto aos membros oriundos da magistratura ou deste órgão. “L'osmose entre le pouvoir politique et cet organisme (C.S.M.) est done total”³¹.

Todavia, sublinhe-se que, quando decide em matéria disciplinar, o C.S.M. não reúne no Eliseu, como normalmente, mas no Tribunal da Cassação; será presidido pelo

³⁰ Pode encontrar-se o elenco da polémica referida na “La Justice et ses Institutions” citada – 523 (nota 39).

³¹ “L'évolution de l'institution judiciaire” – In “Justice” – 1982-93 (38).

Presidente deste Tribunal e às respectivas sessões não assistirão o Presidente da República nem o Ministro da Justiça.

No que toca ao segundo aspecto (atribuições do C.S.M.), há a realçar antes de tudo que o Estatuto de 1958 aboliu a antiguidade como critério de progressão (automática) na carreira, a qual passou a efectuar-se mediante a inscrição em “listes d'aptitude” (progressão dentro de cada grau) e em “tableaux d'avancement” (passagem do segundo ao primeiro grau) – com o que, em princípio, se pretenderá premiar o mérito. Todavia, quer a lista, quer o quadro referidos, são estabelecidos por uma comissão em larga medida controlada pelo Ministro da Justiça.

As promoções têm lugar por decreto do Presidente da República, ouvido o Ministro, que para tanto previamente recolheu parecer do C.S.M.

Assim, as funções do C.S.M. são pouco mais que consultivas no que toca à nomeação e à progressão na carreira (áreas em que a decisão cabe ao poder político).

Mas é o Conselho quem tem competência para propor ao P.R. os juízes da Cassação e os primeiros Presidentes dos Tribunais de Apelação, além de que continua a ter competência disciplinar sobre os juízes.

- c) A iniciativa do procedimento disciplinar, todavia, cabe ao Ministro da Justiça, também podendo ser desencadeado pelo presidente da Cassação – que pode interditar provisoriamente do exercício de funções (poder este último que, em certos casos, também possui o Ministro).

A instância decisória em matéria disciplinar é uma secção do C.S.M. (a secção disciplinar), como se disse, então presidida pelo presidente da Cassação e sem a presença do P.R. e do Ministro.

Todavia, mesmo fora dos casos de responsabilidade disciplinar, o Inspector Geral dos serviços judiciais, o Presidente da Cassação, os Procuradores Gerais e outros funcionários superiores da Administração da Justiça podem “donner un avertissement aux magistrats placés sous leur Autorité” – o que é sem dúvida, uma “joia”, com que deve ser fechado este exemplo da mais completa impostação burocrática e hierárquica: a França é o País do Continente europeu onde a responsabilidade política mais funda e explicitamente se entranha com a responsabilidade disciplinar.

“Se se considerarem, no seu conjunto, as normas sobre o recrutamento, sobre a hierarquia, sobre as funções e a composição do C.S.M. e, finalmente, as normas (substantivas e processuais) sobre a responsabilidade disciplinar, não podemos fugir à impressão da existência de um pesado condicionamento do poder político sobre cada um dos membros da magistratura. Em nenhum dos ordenamentos examinados se

encontra uma influência mais penetrante de forças externas à magistratura, uma influência que não cessa após o recrutamento, mas que continua a manifestar-se em cada momento da vida profissional do juiz, sobretudo mercê da permanência da hierarquia e da presença de instrumentos de controlo disciplinar (...)”³².

B) Semelhante nuns aspectos, diferente noutros, é a situação em Itália.

a) Também ar o ilícito disciplinar não se encontra taxativamente previsto, mas delineado por fórmulas genéricas e de indisfarçado cariz corporativo: “Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario”.

Esta norma – que contem “uma visão totalizante e absorvente da pertença (do juiz) à corporação”, visto que a preocupação dominante parece ser a preservação do prestígio do corpo judicial – tem sido ampla e justamente criticada pela “indeterminação das hipóteses e pelo anacronismo dos valores”³³, pois que não tipiciza o ilícito, antes apenas o pretende individualizar através de critérios de valoração e modelos, eles próprios não tipicizados – donde até eventuais colisões com princípios constitucionais, como o da legalidade e da liberdade de manifestação de pensamento.

Aliás, esta genericidade não está de acordo também com o carácter jurisdicional que o procedimento disciplinar tem em Itália, regulado por disposições semelhantes às do processo penal, onde, como é bem sabido, rege o princípio da legalidade (tipicidade).

No entanto, as sanções disciplinares, numerosas, estão taxativamente previstas. A fim de evitar que as normas incriminadoras possam ser utilizadas para atingir comportamentos pouco graves, mas que não são estritamente reconduzíveis ao exercício da função, todas as propostas de reforma do regime da responsabilidade disciplinar vão no sentido da tipicização do ilícito, da obrigatoriedade da acção disciplinar e do aumento das garantias do processo³⁴.

³² VIGORITI – ob. cit. – 88. Sobre este capítulo, v. VINCENT/MONTAIGNIER/VARINARD, ob. cit. – n.s 71, 474, 492 9 493.

³³ GIUSEPPE VOLPE – in “Enciclopedia del Diritto”, vocábulo “Ordinamento giudiziario generale” – Milão, 1980 – vol. XXX – 874.

³⁴ V. por exemplo, N. PICARDI, “Schema preliminare di un progetto di legge sullo statuto del giudice” – in “Giustizia Civile” – ano XXX (1981) – tomo 2 – 37/136 (79/85).

- b) O C.S.M. é composto de três membros de direito – o Presidente da República, que lhe preside, o 1.º Presidente do Tribunal de Cassação e o Procurador Geral junto da mesma Cassação – e mais 30 elementos, 213 dos quais “togados” e 1/3 “laicos”. Os 20 membros togados (juizes) são eleitos pelos juizes, devendo ser, pelo menos, 4 da Cassação, 2 dos Tribunais de Apelo e 4 dos Tribunais (isto é, tribunais de 1ª Instância que funcionam em colectivo). Os 10 membros laicos são eleitos pelo Parlamento.
- A sua mais importante atribuição é a de “administrador da jurisdição”, e designadamente proceder às nomeações, transferências e promoções de magistrados; procedimento disciplinar; nomeação (eventual) para a Cassação de professores universitários de Direito ou de advogados. Além desta competência “tipo”, o C.S.M. italiano tem ainda importantes atribuições de carácter normativo (elaboração do seu regulamento interno e do regulamento sobre o tirocínio dos auditores) e consultivo (pareceres sobre projectos-lei concernentes aos problemas da justiça).
- c) A iniciativa do procedimento cabe ao Ministro da Justiça e ao Procurador-Geral junto da Cassação (este último de constitucionalidade duvidosa). O C.S.M. possui uma secção disciplinar, de cujas decisões cabe recurso para a Cassação.

Face a normas incriminadoras tão abstractas e a uma lista de sanções tão completa, legitimo seria o receio de estarmos perante um aparelho disciplinar altamente intimidatório: sendo a “disciplina de ferro” bastante para garantir a inexistência de desvios ou omissões graves, a responsabilidade civil (em especial por culpa) não tinha realmente grande razão de ser.

Todavia, durante algum tempo a jurisprudência disciplinar do C.S.M. terá posto mais o acento na necessidade de proteger o “prestígio da ordem judiciária” e de “preservar a confiança do corpo social” no magistrado, do que propriamente em garantir o cidadão. “A gestão dos instrumentos da responsabilidade disciplinar aparece, no seu conjunto, bastante indulgente, de harmonia aliás com o regime (e respectiva interpretação) da responsabilidade civil”³⁵.

Já nos anos 80 começa, no entanto, a sentir-se uma mudança de critério, no sentido de maior rigor no controlo dos factos disciplinarmente relevantes – quer no sentido da punição de um maior número de actividades (por exemplo, a filiação de magistrados na loja maçónica P-2, amplamente saudada pela opinião pública e pela magistratura em geral), quer no sentido de que os ilícitos têm de ser tipicizados, sob pena de perigosas inconstitucionalidades.

Nesta segunda vertente, tem acentuado o C.S.M. que “faltar o magistrado aos seus deveres”, ou “ter no seu ofício ou fora dele um comportamento imeritoso da confiança e da consideração de que deve ser rodeado”, ou “comprometer o prestígio da ordem judiciária”, – são

³⁵ VIGORITI – ob. cit. – 77.

tudo coisas que têm a ver, não só com o exercício da função e o seu prestígio, mas sobretudo com o conteúdo da função: o juiz é o árbitro dos conflitos de interesses, é independente e está submetido apenas à lei.

Cumpra-lhe obedecer às leis do Estado, e *em primeiro lugar* à Constituição e aos seus valores. É isto (conteúdo da função) que o ilícito disciplinar deve ter em conta – e daí que ele deva definir-se através de um conceito tipicamente normativo, referido àquele princípio constitucional: um dado, portanto, não variável, não interno nem rígido – mas um dado externo, objectivo, de inspiração constitucional: o contrário de um conceito forjado para fins corporativos.

“Corolário de tudo isto é que o juiz disciplinar (C.S.M.) deve dar relevância, com uma função típica de concurso produtivo no plano deontológico, às hipóteses de desvios caracterizados pelo facto de o magistrado não ser, ou não parecer, imparcial e sujeito apenas à lei”³⁶, transformando a sanção disciplinar também numa medida pedagógica.

Esta tendência mais não é, afinal, do que o sublinhar de uma aspiração de mais intensa tutela da dignidade da função e da profissionalidade: situado (ainda) o sistema no quadro burocrático, nota-se uma maior preocupação de rigor no interior do corpo judicial, um maior empenhamento profissional – o que tem reflexos a nível de responsabilidade disciplinar e civil, e a que por vezes se chama “responsabilidade profissional”.

C) Em Portugal não existe responsabilidade política dos juízes em nenhuma das formas que já vimos existirem noutros países, nem mesmo naquelas vertentes que se podem considerar como de “transição” para a responsabilidade disciplinar: de facto, sendo certo que o ilícito disciplinar não se encontra tipificado, também é certo que o C.S.M. não é dominado pelo poder político. A responsabilidade perante a opinião pública, por seu turno, não é específica da actividade judicial, mas comum a todas as actividades desenvolvidas em democracia.

a) Tal como nos modelos francês e italiano, também no português o ilícito disciplinar é definido por fórmulas ou conceitos abstractos e de cariz corporativo: “Constituem infracção disciplinar os factos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos deveres profissionais e os actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções” (art. 82 do Estatuto de 1985).

É evidente o paralelismo com as leis francesa e italiana, revelando-se: - na primeira passagem, indeterminação de hipóteses, ideias-força mas sem conteúdo preciso ou pré-determinável (“devoirs de son état”, “che manchi ai suoi doveri”, “violação do

³⁶ VIGORITI – ob. cit. – 81.

dever profissional”); - a segunda passagem, uma intenção corporativa de defesa do prestígio (imagem) da classe (“manquement à la délicatesse ou à la dignité”, “imeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, che comprometta il prestígio dell'ordine giudiziario”, “actos ou omissões incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções”). São, por isso, inteiramente aplicáveis aqui as observações feitas a propósito das leis francesa e italiana.

Também em Portugal é vedada aos juizes a prática de actividades político-partidárias de carácter público (art. 11 do Estatuto). Entendemos que este limite não contende com as liberdades pessoais e com o direito de participação política. E não reveste o carácter de defesa do “stablishment” que se encontra em França.

- b) Após várias formulações, a composição do C.S.M. plasmou-se no art. 223 da Constituição (revisão de 1982) da seguinte forma: Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (eleito pelos juizes desse tribunal), que lhe preside; 2 membros designados pelo P.R., um deles devendo ser juiz; 7 membros eleitos pela A.R.; e 7 juizes eleitos pelos juizes (dos quais, um será do S.T.J., 2 das Relações e 4 da 1a instância) (art. 141 do Estatuto)³⁷.

Assim, temos que, em 17 membros, 9 são necessariamente juizes (um por inerência); os restantes 8 são representantes dos órgãos políticos soberanos eleitos por sufrágio directo. Os primeiros conferem representatividade, os segundos garantem pluralismo. Como se disse já, esta composição eclética do C.S.M. é um dos titulas de legitimação democrática do exercício de uma função soberana por um órgão não eleito.

Portanto, nem o P.A., nem o Ministro da Justiça, nem o Procurador-Geral da República, nem quaisquer membros designados pelo Governo, fazem parte do C.S.M. – o que tudo também se explica pela separação dos poderes e das duas magistraturas Judicial e do M.P.) e pela existência paralela dos dois correspondentes Conselhos Superiores.

Ao contrário do que sucede em França, e muito semelhantemente ao que ocorre em Itália, as funções do C.S.M. não são apenas consultivas.

Compete, de facto, ao C.S.M., a nomeação, a colocação, a transferência, a promoção, a exoneração dos juizes; a apreciação do seu mérito; o exercício da acção disciplinar sobre eles; a elaboração do plano anual de inspecções; ordenar inspecções, sindicâncias e inquéritos; fixar o número e composição das secções do S.T.J. e das Relações, etc. (art. 149 do Estatuto).

³⁷ Sobre a composição do C.S.M., v. mais desenvolvidamente A. REIS FIGUEIRA, ob. cit. na nota 11, em parte traduzido na “Tribuna da Justiça”, n. 43/44 (Julho/Agosto de 1988) – 8 ss.

Designadamente, possui competência que noutros países estão atribuídas aos presidentes dos tribunais, em especial dos superiores: alterar a distribuição de processos nos tribunais com mais de um juízo, a fim de assegurar a igualação e a operacionalidade dos serviços e estabelecer prioridades no processamento das causas. Assim, as funções consultivas, que também possui (e às quais não pode razoavelmente responder por manifesta falta de meios – o que é geralmente o lado negativo das boas reformas...) estão muito longe de serem únicas, ou sequer as principais.

Eleitos que são os presidentes dos tribunais superiores pelos respectivos juízes, o C.S.M. não tem competência nessa matéria.

- c) As sanções disciplinares estão devidamente delineadas (art. 85 e seguintes do Estatuto).

A competência para a instauração do procedimento disciplinar contra juízes pertence exclusivamente ao C.S.M. – e não, como em outros países, ao Ministro da Justiça, ao P.G.R. ou ao presidente do S.T.J.

O processo disciplinar é sumário e não depende de formalidades especiais, salvo a audiência com possibilidade de defesa do arguido (art. 110 – n. 2 do Estatuto) (mas, também, dizer menos que isto era impossível). O instrutor deve rejeitar, fundamentando, diligências manifestamente dilatórias ou inúteis, e concluir o processo em 30 dias. É de estranhar que em questão deste melindre tantas vezes se ponha o acento tónico na celeridade e no carácter “aligeirado” do procedimento. Aqui, como em tantos outros casos, é o bom juiz que torna boa a má lei.

Se fosse permitido sintetizar em poucas frases o modelo disciplinar português, não resistíamos a sublinhar os seguintes aspectos: - fidelidade absoluta ao paradigma burocrático no que toca à definição do ilícito; - tentativa tímida de Ultrapassagem, mas no fundo efectiva persistência, desse mesmo paradigma no que respeita a promoções (de facto, por ancestrais vícios burocráticos, a “praxis” estabeleceu que as classificações de mérito ficassem reservadas para as fases mais avançadas da carreira, ao mesmo tempo que nessas fases acabassem por se tornar como que obrigatórias – donde resulta que, normalmente, as classificações sobem à medida que o tempo passa: contra o seu espírito, o mérito tende a coincidir com a antiguidade); - manutenção ainda do cliché burocrático quanto às garantias do procedimento; - ultrapassagem tranca da burocracia no que concerne ao autogoverno e à iniciativa do procedimento.

Mas, “prejuízos burocráticos” continuam a encontrar-se dispersos pelo processo, em especial o executivo, onde a lei e a “Praxis” continuam a cometer ao juiz toda uma multidão de funções e minúcias, que substancialmente nada têm a ver com o exercício

da função jurisdicional, mas que de facto submergem o julgador com tarefas de natureza administrativa e aniquilam a sua capacidade criativa.

Assim, burocracia de novo, em pano de fundo de que nem sempre se dá conta, mas que está sempre presente. Como diremos mais adiante, o estatuto não pode ser observado separadamente de muitas outras coisas (visão sistémica), e uma delas é decerto o processo, bem como o uso que dele se faz.

Sendo Portugal um dos países *em* que o magistrado é, institucional e efectivamente, mais independente do poder político, será porventura também um daqueles em que a carga burocrática mais acaba por se fazer sentir sobre o seu quotidiano.

D) Passemos agora à situação em Espanha.

A Espanha apresenta um modelo que em diversos aspectos é mais avançado do que os até aqui passados em revisão.

a) O ilícito disciplinar encontra-se exaustivamente tipificado, distribuído por três grandes categorias (faltas muito graves, graves e leves), conceitos estes depois perfeitamente, ou o mais perfeitamente possível, definidos na espécie – não se encontrando conceitos vagos, corporativos ou elitistas, como se encontram nas leis francesa, italiana e portuguesa.

Detecta-se, no entanto, uma nota muito característica do paradigma burocrático: são consideradas faltas graves ou leves, conforme sejam ou não ostensivas, as faltas de respeito para com os superiores na ordem hierárquica.

Da classificação das faltas pelas respectivas categorias depende o prazo de prescrição, o tipo de sanção aplicável e a entidade competente para a aplicar: no caso de falta leve, o presidente do Tribunal Supremo, os presidentes da Audiência Nacional e dos Tribunais Superiores de Justiça (tribunais regionais) aos juízes e magistrados deles dependentes; no caso de falta grave, as Salas de Governo do Tribunal Supremo, da Audiência Nacional e dos Tribunais Superiores de Justiça aos juízes e magistrados dos mesmos dependentes; no caso de falta muito grave, a Comissão Disciplinar do Conselho Geral do Poder Judicial, ou, se a falta implica transferência forçada ou demissão, o Pleno do dito Conselho, para todos os juízes e magistrados.

Há portanto tipicização do ilícito, mas, ao lado dela, uma imposição burocrática (e até hierárquica) no que toca ao poder disciplinar relativo a faltas leves e graves.

b) O C.G.P.J., instituído pela Constituição de 1978, segundo o modelo do C.S.M. italiano, é presidido pelo presidente do Tribunal Supremo e constituído por 20 vogais, nomeados

pelo Rei sob proposta do Congresso de Deputados e do Senado: cada uma destas Câmaras elege, por maioria qualificada (o que obriga a acordos partidários), 10 membros, que propõe ao Rei e este nomeia. Dos 20 vogais assim eleitos pelos parlamentares, 12 terão de ser juízes e magistrados de todas as categorias (6 por cada Câmara) e 8 membros laicos, advogados ou outros juristas de reconhecida competência (4 por cada Câmara).

Assim, num total de 20 vogais, 12 são juízes e magistrados, embora escolhidos pelo poder político com o correspondente risco de utilização partidária, atenuado embora pelo institucionalizado pluralismo político e pela necessidade de maioria qualificada. De facto, muito embora isso não esteja na Lei Orgânica, entende o Tribunal Constitucional que no Conselho devem estar representados, “porque assim o quer a Constituição”, expoentes das principais tendências e correntes-de opinião existentes no conjunto de juízes e magistrados enquanto tais, isto é, independentemente das suas preferências políticas como cidadãos “la composidón del Consejo refleja el pluralismo existente en el seno de la sociedad y muy especial en el seno dei Poder Judicial (...); la lógica del Estado de partidos empuja a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ambitos de poder, y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial”³⁸.

O C.G.P.J. tem como principais atribuições: propôr o presidente do Tribunal Supremo (e, por inerência, do C.G.P.J.) e de dois juízes do Tribunal Constitucional; pronunciar-se quanto à designação do “Fiscal General del Estado”; formação, nomeação, transferências e promoções de magistrados e juízes; funções disciplinares sobre eles; inspecção de julgados e tribunais; competência em relação ao Centro de Estudos Judiciários, etc.

- c) O procedimento disciplinar – que pode ser motivado pela própria iniciativa, por queixa, por ordem judiciária superior ou por iniciativa do “Ministerio Fiscal” – é iniciado por deliberação da Sala de Governo ou Presidente (entenda-se que do Tribunal Supremo, da Audiência Nacional e dos Tribunais Superiores de Justiça) ou do próprio C.G.P.J., conforme os casos, que nomeará um inspector.

A competência para deliberar a sanção já foi referida.

Assim, o regime espanhol representa um grande progresso em relação ao modelo burocrático, no que toca à definição do ilícito e à composição do C.G.P.J. Mas continua

³⁸ JOSÉ MANUEL BANDRÉS, “Poder Judicial y Constitución” – Barcelona, 1987-43, citando uma sentença do Tribunal Constitucional.

a encontrar-se nele um cordão hierárquico muito firme no que respeita à iniciativa, ao procedimento e à decisão disciplinar³⁹.

E) Em Inglaterra, os juízes dos Tribunais superiores só podem ser afastados através de uma providência do Soberano, a pedido das duas Câmaras do Parlamento. Mas não há normas que prevejam o que é conduta ilícita ou que regulem o procedimento.

Relativamente aos juízes dos Tribunais inferiores: os “Stipendiary judges” podem ser removidos também só por determinação do Soberano, mas sob proposta do “Lord Chancellor”; os “Circuit judges” e os juízes de paz, pelo “Lord Chancellor” directamente, com fundamento em “incapacidade” ou “má conduta”.

Portanto, nenhuma tipicidade e a mesma hierarquia para a nomeação e para o afastamento: é muito difícil dizer qual a fronteira entre a política e a disciplina.

F) Nos Estados Unidos da América, a fidelidade ao princípio tradicional de que os juízes não são civilmente responsáveis perante as partes (“immunity from civil liability”) foi, em 1980, compensada com uma importante inovação no plano disciplinar: o “Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980” alterou as estruturas dos órgãos de governo da magistratura federal e o regime da responsabilidade dos juízes federais, introduzindo um controlo disciplinar (interno) sobre todos os juízes, salvo os do Tribunal Supremo.

Até então, a única forma de controlar o comportamento dos juízes federais era o procedimento chamado “impeachment”, através do qual eles (nomeados que foram vitaliciamente) podiam ser removidos por “treason, bribery or other high crimes or misdemeanors”.

O “Judicial Council” ficou com competência para adoptar todas as providências necessárias e apropriadas para uma eficiente e rápida administração da justiça e bem assim para decidir em matéria disciplinar. Tendo continuado a entender-se que o “impeachment” era o único procedimento capaz de remover um juiz federal, passou todavia (e após larga controvérsia) a sustentar-se que, para além dos fundamentos do dito “impeachment”, outros comportamentos menos graves poderiam ser sancionados disciplinarmente.

Mas não há qualquer tipicização, nem dos factos que possam constituir ilícito, nem mesmo das próprias sanções, meramente indicativas, podendo aplicar-se outras além das previstas.

³⁹ V. finalmente CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ, “Consiglio generale dei poteri giudiziario e governo della magistratura in Spagna”, na obra colectiva “Governo e Autogoverno della Magistratura nell'Europa Occidentale”, dirigida por ZANCHETTA, já citada.

8. – Responsabilidade penal

B.1. A RESPONSABILIDADE PENAL não assume particularidades notáveis entre os diversos sistemas (salvo na medida em que possa estar ligada aos aspectos político ou disciplinar), motivo por que não lhe dedicamos específica atenção.

9. – Sistema judiciário e sistema político

9.1. A revisão feita nos capítulos precedentes dos regimes de responsabilidade (política, civil e disciplinar) em alguns dos Países mais representativos, em especial do sistema liberal-democrático, ilustra bem que:

- a) o sistema judiciário é sempre um sub-sistema do sistema político;
- b) o paradigma burocrático encontra-se em crise e em muitos pontos permeado por valências próprias do paradigma profissional, mas não foi ainda teorizado um modelo capaz de o substituir e de dar resposta às tensões que nele pulsam;
- c) não é possível abordar a temática da responsabilidade sem a enquadrarmos numa visão sistémica da realidade.

9.2. Visto que a responsabilidade política está intrinsecamente ligada ao conjunto do sistema, à estrutura interna do poder e à forma da sua expressão; e que a responsabilidade penal, assentando em suportes éticos, e por isso mais ou menos universais, é encarada em moldes sensivelmente equivalentes – resulta que, nos Países do sistema liberal-democrático e paradigma burocrático, é nos domínios da responsabilidade civil e disciplinar que se movimentam as mais significativas linhas de força de qualquer regime de responsabilidades.

9.3. A responsabilidade civil e a disciplinar são, por isso, as questões que, em sistemas como o nosso, mais se põem e discutem, e têm linearmente a ver com as condições efectivas da imparcialidade do juiz e do seu julgamento.

É transparente que o discurso “responsabilidade-irresponsabilidade” não pode desligar-se do discurso “independência”: não responsabilidade como condição de independência, independência como requisito de imparcialidade, imparcialidade como condição de justiça.

Nas democracias liberais, os juízes não são facilmente “sujeitáveis” do ponto de vista político. Mas o alargamento da sua responsabilidade civil pode ser politicamente utilizado para provocar o conformismo jurisprudencial e para restringir a efectiva independência do magistrado.

De facto, “a ampliação da responsabilidade do juiz às hipóteses de culpa não é isenta de perigos. Tal forma de controlo pressupõe um tipo de sociedade com valores homogéneos, uma concepção do direito como saber universal, juízes profissionais como no período comunal. Na situação actual, caracterizada por graves tensões sociais, o enxerto deste tipo de responsabilidade, sem as oportunas cautelas, poderia conduzir a difíceis distorções: para eliminar o abuso do juiz arriscar-nos-iam as a favorecer o abuso *da* parte, sobretudo nos casos em que o poder político ou económico permitiria o recurso a instrumentalizações e intimidações”⁴⁰.

9.4 A responsabilidade do juiz é uma questão tornada hoje premente, por um lado, em virtude da mudança verificada quanto ao papel do juiz; por outro lado, por força da tendência a superar o chamado «paradigma burocrático» de “organização da magistratura, típico dos Países do Continente Europeu, e herdeiro directo do antefacto francês de fins de Oitocentos”.

Decerto que, como já se demonstrou, os casos concretos não são exemplos puros. Assim, se os modelos francês, italiano, português e espanhol se integram no figurino burocrático – entre eles o francês é o que mais próximo se encontra da respectiva matriz e o italiano é talvez o que mais se afasta dela –, também é certo que neles se revelam focos de resistência à matriz burocrática, que são outros tantos pontos de aproximação ao paradigma profissional.

Quer dizer: os modelos historicamente adquiridos no Continente europeu são vazados no paradigma burocrático – mas dentro deles sentem-se pulsões próprias do paradigma profissional, que causam algumas tensões, controvérsias e incertezas. As respostas a essas questões não são uniformes, nem podem considerar-se definitivas.

10. – A ideia de “nova profissionalidade”

10.1. É usual acentuar-se, nos Países da esfera liberal-democrática inspirados pelo chamado paradigma burocrático, o que teria de incoerente (além de extremamente perigoso) uma responsabilidade especificamente política, na medida em que conduziria inevitavelmente a pressões e controlos políticos ou para-políticos sobre o aparelho judicial e a reacções sempre indesejáveis sobre a forma concreta do seu desempenho.

⁴⁰ GIULIANI/PICARDI – ob. cit. – 247/248.

De facto, sendo nesses Países o judicial um poder (ou uma função) derivado, no sentido *de* que submetido à lei, cuja aplicação ao caso concreto tem por vocação única, os actos do juiz – embora possam ter um conteúdo ou sentido político (e têm-no necessariamente porque, traduzindo-se na aplicação da lei ao caso concreto, a lei que aplicam é Política, quer como produto final de um processo de formação, quer como meio para um fim social pretendido; além de que o caso concreto pode ter inelimináveis notações políticas) – os actos do juiz, dizíamos, não são actos políticos em si próprios.

Consequentemente, podem e devem ser sujeitos a uma valoração jurídica, de conformidade ou não com a lei que aplicam, mas não a uma valoração directamente política⁴¹.

Assim, tendo-se por absurda a tese de um juiz totalmente irresponsável, todas as propostas que têm sido formuladas no sentido de uma responsabilidade política têm de se reconduzir às duas alternativas, lógica e historicamente configuráveis e credíveis: responsabilidade disciplinar e responsabilidade civil.

Toda a questão está em saber como a primeira se vai ilibar de tradicionais ingredientes políticos e como a segunda se vai defender de novas e diáfanos pressões.

10.2. Uma das respostas avançadas foi a de “nova profissionalidade”.

Isto, sem embargo de se poderem detectar elementos de continuidade entre o tema da responsabilidade política e o tema da profissionalidade: na realidade, o laço de conjunção entre responsabilidade civil e penal, por um lado, e responsabilidade política, por outro, é-nos fornecido pela responsabilidade disciplinar: o juízo disciplinar sofre necessariamente ressonâncias políticas. Dai a conveniência em situar a responsabilidade no âmbito do chamado direito disciplinar interno.

“Abandonada já a concepção do juiz como “homo burocraticus” e a filosofia da obediência que lhe estava subjacente, vai-se hoje prefigurando – através da intermediação da problemática da “responsabilidade civil”, própria dos anos setenta – a ideologia da profissionalidade do juiz⁴².

10.3. Um “profissional” não é um mero reproduzidor dos valores instituídos. Em termos sociológicos, o profissional encontra-se pela resposta a questões deste género: grau de autonomia e de decisão própria que possui; forma como se legitima a sua intervenção na sociedade e como encara a mudança social; forma que reveste o seu processo de trabalho; situação da classe na estrutura social.

⁴¹ Neste sentido, por exemplo G. GIACOBBE, “Ordine Giudiziario e Comunità Democratica”, Milão, 1973-180.

⁴² GIULIANI/PICARDI – ob. cit. – 188.

Latente nas correntes anti-formalistas, o conceito de profissão faz apelo a uma “teoria das funções ocupacionais”. De entre estas, a profissional é a que responde afirmativamente às questões postas e cuja institucionalização visa várias finalidades: definição da preparação visando o exercício da profissão; determinação de normas de conduta profissional (deontologia); protecção do prestígio (imagem) da profissão.

Ora, estas sugestões sociológicas (oriundas sobretudo dos E.U.A.) difundiram-se entre os magistrados, levando a falar-se em “nova profissionalidade”, ou “profissionalidade forte”: uma educação e uma preparação, tendo como referência um património cultural e científico comum, por isso objectivamente controlável, pelo menos em face do estado em que a ciência se encontra em cada momento, capazes de garantir suficientemente competência, independência e autonomia.

Embora na perspectiva sociológica, profissões-tipo sejam as liberais, a magistratura tem com elas fortes pontos comuns.

Partindo-se da ideia de “profissão”, poderá chegar-se a uma responsabilidade disciplinar interna, que recorre a parâmetros culturais (“standards” de profissionalismo, valorização profissional) e éticos (deontologia profissional, honestidade profissional) e tem directamente a ver com maior rigor na selecção, na formação, na promoção, na apreciação do mérito dos juízes, como também no exercício da acção disciplinar sobre eles.

Se houver suficiente rigor, a responsabilidade disciplinar poderá ser garantida pelo próprio corpo profissional, sendo por isso um problema interno seu – tal como sucede nas ordens profissionais.

Mas, diferentemente destas, o magistrado tem um vínculo com o Estado e está posto ao serviço uma função soberana. Estas circunstâncias (que nos E.U.A. não são óbice à profissionalidade) podem, nos Países do Continente, funcionar, não como estímulo acrescido, mas precisamente como entrave a uma responsabilidade apenas interna.

10.4. A princípio, em França foi privilegiado como critério o da conexão, e cujo objectivo era o de homogeneizar a posição do magistrado com a do funcionário público, na base da ideia de que todos os que trabalham são “funcionários da sociedade”, porque cada função é uma função social (DURKHEIM). Dai, o alargamento (em 1933) da responsabilidade do juiz aos casos de “faute lourde professionnelle”: esta corresponde a uma culpa injustificável, no sentido de que transbordou dos limites do que pode ser considerado o “cadre professionnell”, portanto imputável apenas ao agente e não à profissão ou à classe.

Foi esta ideia que inspirou, também em Itália, o alargamento da responsabilidade aos casos de culpa grave (“negligenza inescusabile”). Tudo isto está perfeitamente concorde com o

princípio da responsabilidade civil do Estado-Juiz e da acção de regresso (introduzidos em França com a reforma dos anos 70), e tudo afinal na mesma linha de continuidade do modelo francês: “service publique de la justice” e não “pouvoir judiciaire”.

A própria classe política continua a privilegiar o aspecto ou momento disciplinar e a reservar para a responsabilidade civil um papel secundário, até porque a acção de regresso não é obrigatória.

10.5. Diga-se que a ideia de nova profissionalidade não vingou (ou não vingou ainda inteiramente) nos Países do paradigma burocrático, precisamente por causa do vínculo ao Estado, continuando a ser privilegiado o aspecto ou momento disciplinar, assumindo a responsabilidade civil uma função apenas acessória e como que para-disciplinar (uma “variável” da responsabilidade disciplinar, revelada por exemplo na não obrigatoriedade da acção de regresso).

Na realidade, em França a ideia de “nova profissionalidade” foi absorvida pelo processo de assimilação do juiz ao funcionário público, acabando por integrar-se na lógica da redução do “pouvoir judiciaire” ao “service publique de la justice”.

Pelo contrário, em Itália, onde a introdução do paradigma napoleónico causou traumatismos na sua cultura jurídica (pois que já nos Estados Comuns havia uma tradição de profissionalidade), e onde as ideias de “suplenza”, “governo dos juízes”, “uso alternativo”, “juiz legislador”, “responsabilidade política”, foram nos anos 70 levados longe demais, a ponto de causarem o risco de desequilíbrio entre os poderes – a ideia de “nova profissionalidade” foi esgrimida pelos magistrados para legitimarem espaços de poder conquistados pela ultrapassagem do módulo burocrático.

A disputa parece ter-se saldado, nos anos 80, pela vitória da classe política, que, na sequência do Referendo abrogativo de 1987, alargou a responsabilidade civil aos casos de culpa grave (aliás com os muitos temperamentos que já referimos): tal alargamento pode ter sido a forma que a classe política encontrou para refazer o equilíbrio de poderes e para levar a magistratura a confinar-se às suas funções tradicionais. Por isso se disse já que a alternativa “responsabilidade-profissionalidade” foi utilizada pelas partes envolvidas para “mascarar uma luta entre poderes”.

Na realidade, apesar de extremamente válida, a ideia de nova profissionalidade não pode aspirar a ser uma alternativa para a responsabilidade, antes entre elas deve existir complementaridade: a primeira valoriza o aspecto cultural, a segunda privilegia o aspecto institucional.

11. – Conclusões. A responsabilidade como elemento do sistema

11.1. E é assim que, nos Países do sistema liberal democrático e paradigma burocrático, o primado de qualquer esquema de responsabilidade deve continuar atribuído ao aspecto ou momento disciplinar.

De facto, a responsabilidade disciplinar é, como começou por dizer-se, o leme que marca a nota do sistema burocrático. Todavia, a questão da disciplina balança (e balançou sempre) entre duas tentações: a de a contundir com um instrumento político e a de a contundir com um instrumento corporativo.

“Os sistemas modernos confrontaram-se com dois tipos possíveis, e em certo sentido opostos, de degeneração da responsabilidade disciplinar. O primeiro tipo consiste na redução de tal responsabilidade a instrumento de sujeição dos juízes ao poder político, nomeadamente ao executivo, e assim em última análise na transformação daquela responsabilidade numa forma de responsabilidade “política”. O segundo tipo consiste na monopolização da responsabilidade disciplinar pela própria magistratura, e assim na sua degeneração em instrumento de controlo puramente corporativo, isolado da sociedade”⁴³.

A ideia de profissionalidade e o respeito escrupuloso da Constituição e da lei poderão permitir-nos sair deste dilema.

11.2. Assim, ao contrário da perspectiva histórica ou tradicional, que assentava a responsabilidade disciplinar na “ideologia da obediência” (“Obrig Keit”), deve agora fazer-se atrair a função de tal responsabilidade para a órbita do momento profissional.

Por outro lado, e tendo em vista evitar excessos corporativistas, deve procurar redimensionar-se a responsabilidade disciplinar em função profissional, assegurando à magistratura a autonomia e a independência em sentido forte, perante o Estado-aparelho – mas sem incorrer nas tentações de uma ordem profissional elitista, designadamente através de uma rigorosa elencagem típica dos ilícitos, da pré-determinação das sanções, da completa jurisdicionalização do processo e da obrigatoriedade do exercício da acção disciplinar⁴⁴.

O ilícito disciplinar tem de ser rigorosamente tipificado.

Ele não pode ser mais um dado variável e fugidio (como é a ideia de “comportamento imeritoso da confiança e da consideração de que deve o magistrado usufruir”); um dado interno ou “de classe” (como é a ideia de “prestígio da ordem judiciária”) – mas precisamente um dado objectivo, de inspiração constitucional, que se dê conta de que o cidadão é primeiro a tutelar, e

⁴³ M. CAPPELLETTI “Giudici Irresponsabili?” – Milão, 1988 – 68.

⁴⁴ Assim, e apresentando mais concretas sugestões, GIULIANI/PICARDI – ob. cit. 239 (e nota 23).

depois dele (e só para que ele o seja devidamente) o magistrado e a ordem em que se integra. O contrário, portanto, de um conceito elaborado para fins corporativos.

11.3. A justiça é um valor moral.

Mas, sem nos embrenharmos na questão já clássica de saber se o judicial é um poder do Estado ou apenas uma função dotada de autoridade, o certo é que a administração da justiça é sempre um serviço que o Estado presta aos cidadãos.

Dai que pelo mau funcionamento do serviço da justiça deva civilmente responder em primeira linha apenas o Estado – com o que fica suficientemente garantido o direito do utente da justiça a ser ressarcido dos danos sofridos.

Quando se reconheceu que a principal função da responsabilidade civil não é a ideológica, nem a preventivo-punitiva, mas sim a compensatória ou ressarcitória, fácil foi situar tal responsabilidade no quadro de uma concepção solidarística.

O erro judiciário foi a primeira grande aplicação da ideia de responsabilidade do Estado-juiz, a que logo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem acrescentou o caso de prisão ilegítima e o da duração excessiva dos processos.

Esta tendência – responsabilidade civil do Estado pelo funcionamento anómalo da justiça - recebeu já consagração em duas legislações citadas: a França (lei de 1972), e a Espanha (Constituição de 1978 e lei orgânica de 1985), para onde se remete.

Se, depois, o Estado tem ou não direito de regresso contra o magistrado é questão que já não se insere apenas no âmbito civil, pois que tem evidentes implicações administrativas (selecção, formação, promoção e classificação dos magistrados; controlo disciplinar: estruturas organizativas) e até processuais (estrutura dispositiva ou inquisitória; poderes do juiz no processo; sistemas de cominação: etc.).

A responsabilidade pessoal do juiz deve, em princípio, o fazer-se valer tão só em sede disciplinar. A responsabilidade civil do magistrado será, não só excepcional, como também residual: só em casos excepcionais ela terá lugar, só se efectivará na falta de outro meio e apenas por via de regresso.

Assim, dir-se-á que, a uma maior independência externa (perante o utente da justiça), terá de corresponder um sempre mais intenso controlo interno, através de adequados mecanismos disciplinares.

11.4. Na busca de uma solução, não pode deixar de ter-se em conta a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que estabeleceu o direito a uma reparação por parte daquele que sofreu danos em consequência de uma prisão preventiva ilegítima ou de uma duração excessiva do

processo.

Em França e na Espanha fala-se na responsabilidade civil do Estado pelo funcionamento anómalo da justiça, o qual se poderá traduzir em mau funcionamento, falta de funcionamento ou insuficiente funcionamento – de que seriam respectivamente exemplos o erro judiciário e a prisão ilegítima; a falta de juiz ou funcionários; ou a excessiva demora no andamento do processo.

Em todos estes casos, desde que devidamente analisados, o Estado deve responder civilmente por facto próprio seu, independentemente de haver ou não responsabilidade também do magistrado.

11.5. Finalmente, procurando chegar agora a algumas conclusões – e tendo sempre presente que estas linhas mais não são do que «itinerários reflexivos sobre o direito comparado», pelo que quaisquer passíveis conclusões terão sempre um alto grau de precaridade e de subjectividade – parece liquido que todas as respostas à questão da responsabilidade devem ponderar:

- a) Que a actividade jurisdicional é por definição uma actividade de resolução de conflitos, uma actividade que se traduz na decisão entre duas teses opostas, tanto de facto como de direito: há sempre pelo menos um vencido, o vencido tende a considerar-se prejudicado. A exposição do juiz ao quotidiano receio de uma reacção persecutória do cidadão condicioná-lo-ia fatal e negativamente. Se a isto se acrescentar que o vencido pode ser o próprio Estado, um poderoso grupo económico, um grande meio de comunicação social, fácil é antever a gravidade de tal condicionamento do magistrado – garante da “legalidade democrática” e dos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.
- b) Que o juiz não pode deixar de decidir o conflito, mesmo que entenda que ele não está regulado na lei, considere a lei obscura ou injusta; ou entenda subsistir dúvida insanável sobre os factos em litígio – hipóteses estas em que terá de recorrer à analogia ou criar ele próprio normas “dentro do espírito do sistema”; ou obedecer ao princípio dispositivo e aplicar as regras do ónus da prova.
- c) Por isso, nunca se poderá colocar a hipótese de responsabilidade no que toca à interpretação de normas de direito ou à integração de lacunas – a menos que a plenitude lógica, afinal, seja uma realidade e não um dogma.

Nem será fácil definir a “grave violação de lei determinada por negligência indesculpável” de que fala a lei italiana de 1988.

- d) Também não se poderá falar em responsabilidade no que toca à valoração das provas e

- à reconstituição da matéria de facto (como o sublinha a mesma lei italiana) – a menos que se altere toda a filosofia do processo, se abulam os principios da oralidade, da imediação, da livre convicção do julgador, e se invente uma forma de registo e reprodução garantida, genuína e “ad aeternum” de todas as provas.
- e) Por seu turno, e agora noutro plano, as mais das vezes o erro do juiz é induzido pela parte – que, precisamente por ser parte, não tendo a visão do todo nem sendo o seu objectivo desinteressado, frequentemente omite, desvirtua ou confunde os factos. Ora, não pode falar-se na responsabilidade do juiz sem se falar antes na responsabilidade da parte (e naturalmente do seu mandatário).
- f) E só poderá pôr-se o problema da responsabilidade depois de esgotadas todas as vias possíveis de impugnação e recurso.

A lei italiana de 1988 procura dar resposta a estas preocupações. Mas para tanto teve de recorrer (e talvez não pudesse deixar de o fazer) a fórmulas muito vagas e imprecisas, num campo em que a precisão é fundamental, porque se trata de colocar as condições de efectiva imparcialidade do julgador: as pressões realizar-se-ão a coberto da eventual posterior responsabilização.

11.6. Assim, a actividade jurisdicional, como qualquer actividade humana, envolve um risco, que deve em princípio considerar-se socialmente absorvido pela autoridade do caso julgado; este risco constitui um custo, que a sociedade tem de suportar, sob pena de não conseguir erigir um sistema de resolução de conflitos.

Em princípio, a garantia do cidadão está na existência de uma magistratura independente, competente, dedicada a uma magistratura profissionalizada.

Quando, num dado caso concreto, o cidadão tenha sido lesado por um comportamento errado do magistrado, ele é garantido pelo Estado, através de uma acção ressarcitória proposta contra o Estado. Tanto basta para garantir o seu interesse.

Por seu turno, a eventual responsabilidade civil pessoal do magistrado só existe perante o Estado, que com trânsito tenha sido condenado a indemnizar o cidadão

Exerce-se através de acção de regresso, nunca podendo em hipótese alguma o magistrado ser demandado directamente pelo cidadão lesado. Assim se afastam os inconvenientes da velha “prise à parie”.

Mas já será discutível se a acção de regresso do Estado deve ser facultativa ou obrigatória. Porque, se facultativa, a decisão pode condimentar-se com razões de oportunidade, mais ou menos políticas. Se obrigatória, pode ser injusta, e inoportuna para o próprio Estado, que pode ter de confrontar-se com as dificuldades sofridas pelo magistrado e que ele Estado não removeu

atempadamente.

O procedimento disciplinar, todavia, parece que deva ser obrigatório.

11.7. Está fora de causa a responsabilidade civil pessoal no caso de dolo.

A responsabilidade por culpa só poderá existir no caso de culpa grave, mas sendo necessário definir com precisão as situações como tal consideradas. A lei italiana de 1988 pode quanto a isso dar-nos sugestões – mas não mais do que sugestões, pois que os sistemas processuais são diferentes (muito mais dispositivo o italiano do que o nosso, muito mais oralizado este do que aquele), além de que não se sabe ainda o que vai entender-se por “grave violação da lei”, por “negligência indesculpável”, ou por “resultar incontestavelmente dos actos do processo”.

Dificuldades também muito grandes levantam os casos de decisões colectivas (acórdãos), bem como aquelas em que tenham intervindo jurados, juízes de paz ou juízes sociais. No primeiro caso, poderá buscar-se a solução na admissibilidade (que não existe em todos os países) do voto separado ou de vencido; no segundo, limitando a responsabilidade aos casos de dolo. Mas também aqui estas soluções não podem considerar-se definitivas.

No caso de dolo, a responsabilidade mede-se pelo dano. No caso de culpa grave, poderá ser-lhe inferior e não devendo ultrapassar uma dada percentagem do estipêndio anual.

Assim, a culpa grave do magistrado deve ser em parte absorvida pelo Estado – e isto porque o “Estado-aparelho” tem especiais deveres para com a Sociedade, entre os quais zelar pela mais rigorosa selecção e formação dos magistrados e controlo disciplinar da sua actividade.

11.8. Procuramos sublinhar o carácter global, sistémico, de todos estes problemas. «Sistema» é um conjunto de elementos em interacção, com uma função ou finalidade própria, de modo que a sua significatividade não pode alcançar-se pela soma dos elementos que a compõem, nem cada um destes se pode analisar de per si: a abordagem sistémica impede que se caia numa “paranóia analítica”.

O método tradicional nas ciências exactas é o analítico (paradigma newtoniano): elas analisam o seu respectivo campo de acção na vertical, procurando atingir as unidades mínimas (a célula, a molécula, o átomo, o reflexo condicionado).

Então, o todo será igual à soma das partes (cientismo, positivismo).

A partir da década de 40, e em especial a partir dos anos 70, a este paradigma começa a contrapor-se um paradigma sistémico (BERTALAMFY), na base do qual se encontra a T.G.S. (teoria geral de sistemas) – isomorfismo e interdisciplinaridade: a realidade é una, pelo que as várias ciências acabam por se encontrar em pontos semelhantes; daí a necessidade de

estabelecer relações interdisciplinares: visão horizontal ou transversal, em que cada objecto é focado através de várias ciências ou perspectivas.

É isso que tem de se fazer com as questões de independência e da responsabilidade do juiz.

11.9. Tanto a ideia de independência, como a de responsabilidade, são relativas. Elas são sempre, desde o primeiro momento, condicionadas pelo sistema em presença e pelo tipo de relações existentes entre poder político e poder judiciário.

Numa perspectiva histórica, foi primeiramente privilegiada a ideia de independência interna – isto é, em face dos outros poderes do Estado. Recentemente, garantido melhor ou pior esse desiderato, passou a falar-se também em independência externa – ou seja, em face de cada cidadão eventualmente lesado.

Na segunda perspectiva, que é a da responsabilidade civil, procura garantir-se o cidadão através da responsabilidade directa do Estado e garantir-se a independência através de instrumentos disciplinares e para-disciplinares mais rigorosos e da ideia de nova profissionalidade.

11.10. Para efeitos organizativos, a magistratura integra-se, sem dúvida alguma, no Estado-aparelho. Mas, no ponto de vista funcional, desligou-se dele e procura inserir-se no chamado Estado-Comunidade. Na dicotomia “governantes-governados”, a magistratura não pertence a nenhuma dessas categorias, porque possui um poder que é neutral e imparcial (embora não passivo).

Dar que, não podendo reduzir-se a uma “articulação interna do poder” (como, com muitas nuances, sucede ainda em França), também não pode erigir-se em “contrapoder” (como, a dado momento da década passada, parecia que ia suceder em Itália): se o sistema é democrático, a ideia de um juiz contra-poder é profundamente anti-democrática.

A democracia tem a “generosidade” de permitir que no seu seio nasçam, se desenvolvam e exprimam livremente ideias contrárias, mantendo-se assim aberta a uma dinâmica evolutiva. Mas, num sistema destes, como se sabe, não há privilégios, mas sim direitos, deveres e funções.

A independência do juiz é uma garantia do cidadão.

O princípio da não responsabilidade é uma garantia da independência; mas a excepção da responsabilidade pode, afinal, ser uma válvula de segurança do sistema democrático, um dos seus travões institucionais. De facto, “quis custodiet et ipsos custodiet”?

Quem vigia a sentinela?⁴⁵

11.11. No entanto, tal responsabilidade, correspondendo embora a um imperativo ético, corresponde apenas à ponta final de um problema com implicações muito fundas, diversas e por vezes muito distantes: o problema da responsabilidade é antes que tudo um problema global das instituições, por isso um problema político, afinal no fundo uma questão de Cultura.

“... o problema de um magistrado respeitador da lei e dos direitos dos cidadãos é um problema com muitas faces, é por assim dizer o ponto focal de uma série de problemas concernentes à estruturação e ao funcionamento global das instituições judiciárias no âmbito das instituições do estado, não existindo portanto um tema específico, nem o da responsabilidade nem outro, trabalhando sobre o qual se possa atingir a solução devida. A solução poderá chegar-se apenas trabalhando em diversas direcções, sobre muitos aspectos das instituições” (...).

“... No centro da nossa atenção devem estar as instituições que formam e escolhem o magistrado, as condições em que ele pode ou não exercer a sua “virtude republicana”.

Esta virtude é favorecida ou obstaculada, eventualmente frustrada, por condições de trabalho e de vida que requerem muita atenção e medidas ao mesmo tempo prudentes e firmes⁴⁶.

A responsabilidade do juiz é uma questão complexa: é um aspecto da organização judiciária, esta é um aspecto do sistema político. Um tema, portanto, que pressupõe toda uma série de opções de fundo, de áreas muito diversas, e que depois se reflecte e refrange em múltiplas direcções: um elemento do sistema.

⁴⁵ “Who Watches the Watchmen?” A Comparative Study on Judicial Responsibility” – in “American Journal of Comparative Law” (1983), já citado na nota 27.

⁴⁶ UBERTO SCARPELLI, “Responsabilità ó virtù republicana” – in “Garanzie Processuali ó Responsabilità del Giudice” Milão, 1981 – 185/186.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário)



[Guilherme da Fonseca

Miguel Bettencourt da Câmara]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário)

Publicado na Revista Julgar, n.º11, 2010, pp. 11 e sgs.

Partindo do direito geral e universal dos cidadãos à reparação dos danos que lhes sejam causados, qualquer que seja a sua origem, em função do poder estadual em causa, os autores efectuam uma análise sobre o regime jurídico da responsabilidade civil decorrente do exercício da função jurisdicional, reflectindo sobre as soluções que dela constam, atentando essencialmente nas dimensões normativas dos arts. 12.º, 13.º e 14.º.

Sobre o primeiro releva-se criticamente a cláusula geral de remissão no domínio da responsabilidade por factos ilícitos, que se extrai do art. 12.º, por demasiado ampla. Sobre o art. 13.º, que condensa a responsabilidade civil por erro judiciário os autores, entre outros, sublinham o problema do erro grosseiro, a que parece ligar-se a ideia de culpa grave, na medida em que a decisão jurisdicional em causa reflecte uma diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontram obrigados os juízes em razão do cargo. Sobre o direito de regresso constante no art. 14.º os autores sublinham a perplexidade que na sua opinião a solução legislativa consagrou, ao estabelecer a “incompreensível” previsão do Ministro da Justiça tomar alguma iniciativa para provocar a decisão do órgão de gestão das magistraturas, pois isso significa que o Ministro pode intrometer-se nas competências do órgão, que se caracteriza pela autonomia e independência face ao Governo.

1. Notas introdutórias

1.1 O tema que vai ser tratado, em palavras simples e acessíveis, para fácil compreensão dos leitores, é uma componente da matéria, em geral, de direito público, conquanto se possa ver aqui uma influência do direito privado, em especial, o capítulo do Direito das Obrigações, na medida em que a responsabilidade civil convoca sempre pressupostos ou elementos que são abordados naquele capítulo.

Quando se fala em actos ou factos, ou mesmo comportamentos, lícitos ou ilícitos, no risco social, ou quando se fala em culpa, em nexos de causalidade e em dano ou prejuízo, tudo isto é

tratado civilisticamente, ainda que se deva pensar no salto do direito privado para o direito público^{1 2}.

E esse salto consumou-se recentemente com um diploma que se veio ocupar globalmente da responsabilidade civil pública ou responsabilidade dos poderes públicos, a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (lei esta que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, doravante também designado por RRCEEP), mas sem se desligar do direito privado, como se colhe dos seus arts. 3.º, 4.º, 5.º, 9.º e 10.º (doravante, os artigos identificados são artigos daquela Lei n.º 67/2007).

Mas essa responsabilidade civil pública só tem a ver com a área de gestão pública³ dos poderes públicos (ainda que a nova lei não utilize a expressão “gestão pública”) em termos substantivos, regendo-se a gestão privada substantivamente pela lei civil (é o exemplo da aceitação de uma herança ou de uma doação da parte do Estado, ou do cumprimento de um contrato tipicamente civil, que o Estado age despido do seu poder público).

E, no âmbito dessa responsabilidade civil pública, importa aqui apenas a extracontratual, afastando, assim, a responsabilidade contratual – o relevo actual do Código dos Contratos Públicos (CCP), que integrou os contratos administrativos e, neste ponto, revogou o capítulo próprio do Código do Procedimento Administrativo (CPA) – e distinguindo-se da responsabilidade financeira.

Esta última é um campo privilegiado do Tribunal de Contas, como verdadeiro órgão jurisdicional, com uma actuação cada vez mais visível (importante é, no momento, o capítulo da efectivação da responsabilidade financeira: responsabilidade reintegratória e sancionatória).

1.2 Dito isto, entende-se facilmente que o objectivo essencial do texto, com a delimitação que acaba de ser feita, é o de divulgar a lei que aprovou o RRCEEP, não propriamente fazer uma teoria geral de responsabilidade civil pública, reflectindo sobre as soluções que dela constam e

¹ Se é certo que este salto para o direito privado pode ter a ver com a chamada “fuga para o direito privado”, não é menos verdade que, em sentido inverso, se assiste hoje a uma administrativização de certas zonas do direito, tradicionalmente dominadas pelo direito privado.

² Alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

³ O art. 1.º, n.º 2, do RRCEEP, refere expressamente: “Para os efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (o sublinhado é nosso). Pese embora poder esta norma reavivar um debate que se pretende evitar (a crise da distinção entre acto de gestão pública e acto de gestão privada), o certo é que a parte final da mesma permite uma interpretação mais lata, no sentido de abrir o âmbito de aplicação deste diploma a situações que extravasem a fronteiras dos actos de gestão pública.

agora em vigor, para delas tirar proveito, quando há danos decorrentes do exercício dos poderes públicos, que devem ser indemnizados, a favor dos lesados.

E, pondo definitivamente de lado o anterior regime legal do velho Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, que, a par do regime específico para as autarquias locais – constante originariamente do Código Administrativo e depois do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, e da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro –, constituíram um aparelho fundamental para o exercício do direito de acção fundado em responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas, no domínio dos actos de gestão pública (um bom exemplo de leis que perduraram no tempo praticamente intocáveis).

A título de curiosidade, interessa registar o longo processo legislativo que culminou na Lei n.º 67/2007⁴, preenchendo praticamente toda esta década de 2000, e que passou pela apresentação na Assembleia da República de sucessivas propostas de lei – a primeira com o n.º 95/VIII, da VIII legislatura, apresentada em 17 de Julho de 2001 –, sempre com apoio parlamentar unânime. Só que não passaram da aprovação na generalidade e foram caducando por força da circunstância da demissão do Governo, e só com a X legislatura, a presente legislatura, face ao recomeço do processo legislativo, com a proposta de lei n.º 56/X, apresentada na data de 20 de Julho de 2006, chega-se, então, ao Decreto n.º 150/X, de que resultou a nova lei.

Mas, houve ainda um percalço de um extenso veto do Presidente da República, que não foi acolhido na Assembleia da República (aliás, um veto um tanto estranho porque, no essencial, assentou “no plano da sanidade e equilíbrio das finanças do Estado” e, depois, nas dúvidas sobre a “eficiência do sistema de justiça” para responder a uma sobrecarga que se pode vir a verificar sobre o aparelho judiciário, enfim, um veto a contrariar a efectivação do direito de acção da parte dos cidadãos lesados).

Em todo o caso, valeu a pena a demora, pois, finalmente, temos uma lei que, apesar das críticas que se possam apontar, regula, em geral, a responsabilidade civil extracontratual com

⁴ E talvez se deva considerar esta Lei como o coroaamento do edifício de amplas reformas no domínio do Direito Público, que, sob o impulso da CRP, se verificaram nestes últimos dez anos – com antecedentes no período posterior ao texto original da Constituição de 1976 – e que começaram ainda na década de 90 (o CPA é de 1991) e se concretizaram neste século XXI (o CPTA e o ETAF, no que toca ao contencioso administrativo, e o recente CCP).

Têm sido importantes e inovatórios passos para a construção desse edifício, e, ao invés do que sucede noutros campos do direito, não tem havido muitas alterações ou modificações dos diplomas legais, o que se nos afigura como sendo um aspecto positivo, neste frenesim legislativo a que assistimos todos os dias ao lermos o *Diário da República*. E não há dúvida que tais reformas foram adiantando algumas ideias sobre a responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos, o que significa que o legislador de 2007 não se encontrava em branco para introduzir as inovações.

origem no exercício de poderes públicos, todos eles, sem exceções (o poder administrativo, o poder legislativo e o poder jurisdicional).

2. A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário)

2.1 A publicação da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, em vigor desde 30 de Janeiro do corrente ano (art. 6.º da Lei), vem pôr a nu e a claro a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (o capítulo III da Lei), ou, de forma mais simples, a responsabilidade do Estado – Juiz.

Ainda que se possam levantar dificuldades e suscitar complexidades, a propósito daquele capítulo III do regime aprovado por esta Lei, sobretudo, a nível da classe dos magistrados, os presumíveis causadores de danos, é um facto que não se pode iludir uma realidade intensa da nossa vivência quotidiana, e que é a de um dever de indemnizar, desde logo, por parte do Estado, havendo danos para os cidadãos decorrentes do exercício da função jurisdicional⁵.

Um dever de indemnizar, a que corresponde um direito dos cidadãos lesados a uma indemnização, com cobertura constitucional, de tal modo que se não possa dizer que se reconhece o direito por danos causados, por exemplo, à propriedade, ao comércio e à indústria, mas não se reconhece o mesmo direito por danos emergentes da violação de direitos tão ou mais fundamentais, como o direito à liberdade individual ou o direito a uma sentença de um Tribunal justo e célere.

O Estado não pode escolher entre prestar e indemnizar: ele tem o dever de prestar – e a justiça é também uma prestação – e deve indemnizar, se a prestação for omitida ou irregularmente realizada.

Já lá vai longe o tempo do princípio da irresponsabilidade do Estado e hoje a afirmação vai no sentido cada vez mais amplo do favorecimento da protecção dos cidadãos, aí se incluindo o direito geral e universal dos cidadãos à reparação dos danos que lhes sejam causados, qualquer que seja a sua origem, em função do poder estadual em causa⁶.

⁵ E a Constituição, consagrando, entre as garantias dos juízes, a independência e a irresponsabilidade pelas suas decisões, não constitui nenhum obstáculo, pois a norma do n.º 2 do art. 216.º ressalva “as exceções consagradas na lei”, aqui a Lei n.º 67/2007.

⁶ A função reparadora da responsabilidade civil é sem dúvida alguma a sua função primordial.

Todavia, é na responsabilidade civil pública que a função sancionatória assume maior relevo comparativamente com o que se passa na responsabilidade civil *stricto sensu*. Para além destas duas funções

E é bom não esquecer a ideia que se colhia do Código Civil de Seabra, do século XIX, constante do Título dedicado à responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos, no exercício das suas funções, sem excluir a responsabilidade dos juízes pelos seus julgamentos, as acções por crimes, abusos e erros de ofício dos juízes e a reparação devida ao réu absolvido em revisão de sentença criminal executada (cfr. arts. 2401.º, 2402.º e 2403.º do Código Civil de Seabra)⁷.

2.2 Antes de avançar, importa chamar a atenção para alguns aspectos clarificadores do nosso tema.

Em primeiro lugar, a responsabilidade civil que vamos abordar é a responsabilidade extracontratual, *tout court*, não sendo abordada aqui a responsabilidade civil contratual ou pré-contratual.

Em segundo lugar, os pressupostos da responsabilidade civil⁸ são os que se conhecem no âmbito do direito das obrigações e a mesma responsabilidade é sempre uma responsabilidade por actos de gestão pública, pois o exercício da função jurisdicional é sempre gestão pública estadual (mesmo que haja traços privatísticos, como acontece actualmente com certos modelos processuais, tais como, o processo executivo, o processo de mediação ou o processo arbitral)⁹.

Por último, há que salvaguardar regimes especiais, que não vão ser aqui tratados: o regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, que foi ressalvado no n.º 1 do art. 13.º do RRCEEP (é o regime constante do art. 225.º, relativamente à indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada, e dos arts. 461.º e 462.º, no âmbito da sentença absolutória do juízo de revisão, preceitos esses do Código de Processo Penal)¹⁰; e o regime especial da acção de indemnização contra magistrados, prevista e regulada nos arts. 1083.º a 1093.º, do Código do Processo Civil, envolvendo uma

da responsabilidade civil, é possível identificar ainda uma função de protecção do lesado e uma função pedagógica ou preventiva.

⁷ Cfr. LUÍZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra – 1939, págs. 479 e segs.

⁸ Sobre os pressupostos da responsabilidade civil, v., entre outros, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre Os Pressupostos Da Responsabilidade Civil* (reimpressão), Livraria Almedina, Coimbra – 1999.

⁹ Sobre a noção de arbitragem, v. entre outros. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao mérito da Causa*, Coimbra Editora. 1990, págs. 27 e segs.

¹⁰ Cfr. o comentário de CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA à norma do art. 13.º do RRCEEP.

Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, Anotado, Coimbra Editora, 2008, págs. 202 e segs.

responsabilidade pessoal e subjectiva dos magistrados, de que o Estado se demarca (responsabilidade pelos danos causados, em especial, quando haja condenação por crime de suspeita, suborno, concussão ou prevaricação, e nos casos de dolo e denegação de justiça).

3. É o capítulo III da Lei a regular a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, ocupando-se os arts. 12.º a 14.º, respectivamente, do regime geral – e é “o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa” – da responsabilidade por erro judiciário e da responsabilidade dos magistrados, a nível do direito de regresso que o Estado goza contra eles.

O legislador, todavia, não esteve em branco ao longo de um processo legislativo que, estranhamente, foi demorado nesta década de 2000, porque, por um lado, o texto constitucional obrigou-o a agir, por força do disposto nos arts. 22.º e 271.º, e, por outro lado, as reformas no domínio do Direito Público, nestes últimos vinte anos, com o impulso da Constituição, em especial, a constituição administrativa, não podiam deixar de o influenciar (a constitucionalização da justiça administrativa e os direitos e garantias dos administrados, sobretudo, a nível do art. 267.º, são os aspectos mais significativos a registar).

Na verdade, é um facto que o legislador foi adiantando alguma coisa sobre a responsabilidade, nos pontos relativos ao âmbito da jurisdição administrativa, à competência material e territorial dos Tribunais administrativos, ao modelo das acções administrativas, com soluções inovatórias, e aos Tribunais arbitrais.

É o que se pode colher de uma leitura conjugada dos arts. 3.º, n.º 2, 4.º, n.ºs 1, als. g) e h), e 3, al. a), 24.º, n.º 1, al. f), e 37.º, al. c), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e dos arts. 18.º, 37.º, n.º 2, al. f), e 185.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aí se encontrando referências à responsabilidade dos juízes pelas suas decisões, à responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, e às acções correspondentes (acções de responsabilidade e acções de regresso contra os juízes e os magistrados do Ministério Público em serviço nos Tribunais Administrativos e nos Tribunais do Contencioso Tributário).

O legislador esteve, pois, a par de toda esta matéria desde 2001, quando se iniciou o processo legislativo, com a apresentação de sucessivas propostas de lei, e bebeu, em parte, no articulado do anterior Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, que vigorou durante quarenta anos, não brigando com a jurisprudência dos Tribunais, e foi um marco importante nesta matéria da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas.

4. Um percurso pelos arts. 12.º, 13.º e 14.º, revela-nos, numa primeira abordagem simplificada, que são três ou quatro os centros decisores da Lei.

4.1. O primeiro relaciona-se com o regime geral aplicável “aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça”, e que é “o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa”, de que se ocupa o capítulo li do RRCEEP, responsabilidade que, aliás, é proclamada na norma do art. 1.º, n.º 1, e alargada à “responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adaptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício” (*vd.* n.º 3 do mesmo art. 1.º).

É uma cláusula geral de remissão no domínio da responsabilidade por factos ilícitos, que se extrai do art. 12.º e a que, desde logo, se pode apontar a crítica de uma demasiada amplitude, cabendo no ilícito um sem número de situações, ligadas à administração da justiça, com intervenientes vários: juízes, magistrados do Ministério Público e funcionários de justiça.

E a cláusula de remissão implica que se deva atender às acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, envolvendo só a responsabilidade exclusiva do Estado, por força do regime do art. 7.º, n.º 1, e aquelas que são cometidas “com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo”, envolvendo a responsabilidade solidária do Estado com os autores dessas acções ou omissões, sendo que se presume “a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”, por aplicação dos arts. 8.º, n.ºs 1 e 2, e 10.º, n.º 2¹¹.

Uma exemplificação consta logo do art. 12.º, quando se reporta à “(...) violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável (...)”, mas pode estender-se à violação do direito a um “processo equitativo”, que é a fórmula do n.º 4 do art. 20.º, da Constituição, o que tudo corresponde a uma verdadeira denegação de justiça.

Então, cabe aqui todo o tipo de actos processuais do juiz de que resulte o arrastamento no tempo de um processo sem decisão, seja por acção, seja por omissão, ou o desrespeito da disciplina dos processos urgentes. E também todo o tipo de actos processuais do juiz de que resulte a violação do princípio do contraditório ou do princípio da igualdade, por exemplo, de que resulte o desfavorecimento de uma das partes no processo (o que, na prática, será sempre o caso de desrespeito daqueles princípios, quando a lei impõe observá-los).

¹¹ A distinção da responsabilidade suscita a questão da conformidade com a Constituição do regime da responsabilidade exclusiva do Estado, quando há acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve. É o que o art. 22.º assenta na responsabilidade em forma solidária do Estado “com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes”, sem distinguir as situações danosas. É uma questão jurídico-constitucional que se deixa em aberto. Adiantamos apenas que o princípio do dever de prossecução do interesse público e o princípio da eficiência administrativa (*vd.* arts. 266º e segs. da CRP) podem servir de argumento favorável à solução legal actualmente em vigor.

É um mundo de hipóteses que se podem imaginar, umas vulgares e outras menos vulgares, como seja, por exemplo, a violação, pelo juiz, do dever especial de urbanidade – o caso de maltratar o advogado de uma das partes num julgamento –, com influência negativa no decorrer do processo, porque o advogado ficou perturbado.

Por último, neste mesmo âmbito do art. 12.º, há ainda a considerar as acções ou omissões ilícitas que sejam atribuídas aos magistrados do Ministério Público e, de modo geral, às secretarias dos Tribunais, de que decorram danos ilicitamente causados aos cidadãos¹².

4.2. O segundo tem a ver com o art. 13.º, que condensa a responsabilidade civil por erro judiciário derivado de decisões jurisdicionais causadoras de danos e que a lei tipifica como decisões “(...) manifestamente inconstitucionais ou ilegais (...)” ou como decisões “(...) injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto” (vd. n.º 1 do cit. art. 13.º).

O mesmo n.º 1 ressalva o “(...) regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade (...)”, campo em que releva o erro judiciário, mas devia incluir na ressalva o regime especial da acção de indemnização contra magistrados, regulada no Código de Processo Civil, e atrás referida. Também esta do n.º 1 deixa a dúvida sobre se o advérbio “manifestamente” se liga só às decisões “inconstitucionais ou ilegais” ou se estende às decisões “injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto”, devendo entender-se que abrange todas as situações tipificadas na mencionada norma do n.º 1.

Também aqui tem de se fazer a distinção entre as acções ou omissões ilícitas cometidas com culpa leve e as que são cometidas com culpa grave ou dolo, presumindo-se sempre aquela culpa. Ao erro grosseiro, todavia, parece ligar-se a ideia de culpa grave, na medida em que a decisão jurisdicional em causa reflecte uma diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontram obrigados os juízes em razão do cargo, na óptica do art. 8.º, n.º 1, do RRCEEP.

São múltiplas as hipóteses que se podem conjecturar a propósito de decisões jurisdicionais manifestamente ilegais, a saber:

¹² Há ainda a questão que se pode levantar, face à referida cláusula geral de remissão para o regime do art. 7.º, de danos decorrentes do funcionamento anormal dos serviços, nos termos e condições fixadas nos n.ºs 3 e 4 daquele preceito legal, como seja, por exemplo, uma situação de denegação de justiça, porque o Tribunal não tem salas ou gabinetes a funcionar em condições normais, e o juiz não pode realizar os julgamentos ou porque o processo se extraviou ou não aparece. É que o funcionamento anormal integra também o conceito de ilicitude (cfr. art. 9.º, n.º 2, do RRCEEP).

- as mais simples, como sejam, a aplicação de uma lei expressamente revogada, sem que haja qualquer questão de sucessão de leis no tempo, ou a aplicação da lei penal mais desfavorável para o arguido, ou ainda o desrespeito da norma do n.º 2 do art. 95.º do CPTA, quando o juiz administrativo julga processos impugnatórios.
- as menos simples, como sejam, a aplicação de uma norma ou de um regime jurídico com um determinado sentido interpretativo, mas ao arrefio de uma corrente doutrinal e jurisprudencial unanimemente seguida e consolidada, e que todos esperaríamos ver escolhida; o conhecimento, na decisão, de questões não suscitadas pelas partes e que não são de conhecimento oficioso.

Já quanto às decisões jurisdicionais “manifestamente inconstitucionais” a dúvida está em saber se aí se incluem as decisões que aplicam normas feridas de inconstitucionalidade (inconstitucionalidade orgânica, formal ou material), nomeadamente, se elas foram já julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional ou até declaradas inconstitucionais, com força obrigatória geral.

Parece que não é isso que se pretende com a expressão decisões jurisdicionais “manifestamente inconstitucionais”, mas antes, e só, as decisões que directamente afrontam a Lei fundamental, nomeadamente, em matéria de direitos fundamentais. Será a hipótese de uma decisão que aceite meios de prova, como seja, a tortura, em processo penal, ou uma decisão que defira o pedido de extradição, quando o crime é punido com pena de morte, segundo o direito do Estado requisitante.

Mais fácil de ponderação, na prática, é a hipótese do erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto, que se reconduz a um erro, sobre a matéria de facto. Ou há erro ou não, a dificuldade estará na produção de prova na acção indemnizatória a intentar pelo cidadão prejudicado e vítima dos danos decorrentes da decisão jurisdicional ferida do tal erro grosseiro.

Por último, a norma do n.º 2 deste art. 13.º levanta dificuldades, com a exigência, como pressuposto processual da acção indemnizatória, da “(...) prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”, naturalmente, em processo de recurso jurisdicional, e que não se compadece com todos os casos em que não é legalmente possível interpor esse recurso (desde logo, os casos que se relacionam com a alçada dos Tribunais).

O melhor teria sido prever, como pressuposto processual, a exigência de uma séria probabilidade da existência de erro judiciário, pois, a ser como está, pode a norma do n.º 2 brigar com o princípio da tutela judicial efectiva consagrado no art. 20.º da Constituição, conjugado com o direito fundamental à reparação dos danos que assiste a todos os cidadãos (*vd.* art. 22.º da CRP), nas situações em que se limita o direito de acção ou até se priva esse direito. A menos

que se avance pela eliminação das alçadas em todas as jurisdições, o que nos parece ser impensável.

4.3. Finalmente, resta o art. 14.º, sobre a responsabilidade dos magistrados (é a epígrafe do preceito), mas o que importa aqui é o direito de regresso de que o Estado goza “contra eles”, os magistrados judiciais e do Ministério Público (cfr. n.º 1 do cit. art. 14.º).

Esta norma suscita perplexidades, sobretudo, em conjugação com o art. 6.º, do RRCEEP, que estatui ser obrigatório o exercício do direito de regresso, e determinando o n.º 2 que “(...) a secretaria do Tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão de sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso”, o que só pode significar que o legislador não quer que fique esquecido “o exercício do direito de regresso”.

E a perplexidade está em que o n.º 2 do art. 14.º fez caber a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados “ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça”. Como conciliar a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso com uma, pelo menos, aparente, discricionariedade do “órgão competente para o exercício do poder disciplinar”, para decidir sobre o exercício do direito sobre os magistrados? Será que aquele órgão pode abster ao exercício do direito de regresso ou, então, nada decidir?

É, no mínimo, uma solução legal incompreensível e ainda mais incompreensível é a previsão do Ministro da Justiça tomar alguma iniciativa, para provocar a decisão daquele órgão – qualquer que ele seja –, pois isso significa que o Ministro pode intrometer-se nas competências do órgão, que se caracteriza pela autonomia e independência face ao Governo (*vd.* art. 103.º da CRP).

E, depois, qual o sentido útil de tal iniciativa ministerial: para não ser esquecido o direito de regresso? Ou para influenciar o órgão competente na tomada de decisão?

Como quer que seja, tudo aponta no sentido de que, na prática, havendo lugar ao direito de regresso, a norma entra no esquecimento, funcionando só a disposição geral do art. 6.º, sendo, portanto, incumbência do Estado o exercício desse direito “contra eles”, os magistrados, quando é caso disso, em todas as situações, em obediência ao princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no art. 13.º¹³.

¹³ Uma nota final para registar uma sugestão: a de que, obrigando o exercício do direito de regresso à utilização de uma acção de regresso, podia estar previsto na lei que fosse enxertado na acção indemnizatória respectiva um incidente de dedução de um pedido de intervenção provocada dos titulares de órgãos,

funcionários e agentes solidariamente responsáveis, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 329.º do Código de Processo Civil.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A profissão de Juiz, Hoje



[Perfecto Andrés Ibáñez]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A profissão de Juiz, Hoje¹

Publicado na Revista Julgar, n.º 1, 2007, pp. 31 a 46

Através de uma incursão histórica nos modelos de juiz emergentes, assiste-se hoje a uma mudança significativa do modo de ser do juiz e da jurisdição. Das inovações de cariz constitucional estabelecidas num sistema de garantias, de que não se abdica, até à emergência de novas questões, onde os conflitos de transcendência frequentemente política conferem conotações à própria decisão assiste-se hoje a um caminho inevitável onde a cultura profissional dos juízes é posta à prova. Sendo cada vez mais difícil ser juiz, quer pela quantidade e qualidade de trabalho, que em muitos casos chega ao tribunal porque não funcionaram outras e prévias instituições, quer pelo questionamento da própria decisão, importa em momentos de crescimento democrático apostar no modelo constitucional de juiz onde a ideia de jurisdição como poder independente de dizer o direito se mantém inelutável.

Vicissitudes de um (anti)modelo

A figura do juiz, como mediador de conflitos, imbuído de autoridade para aplicar as normas, é um facto verdadeiro e universal, em geral, para todos os grupos humanos. Acompanha-o outro facto, também universal, que é a inquietude social pelos possíveis abusos desse poder que, sobretudo na vertente penal, é particularmente incisivo. Encontra-se um bom exemplo desta preocupação nas vicissitudes históricas do tratamento da prova no processo criminal.

Aqui coloca-se particular atenção ao estabelecimento dos limites do poder de decidir sobre os factos, de declarar que algo ocorreu ou não, daí se retirando consequências tão importantes para a liberdade e os direitos dos arguidos, como a sua absolvição ou a sua condenação.

Para limitar-se a discricionariedade deste tipo de decisões, na idade medieval, quis deslocar-se para a divindade a responsabilidade do julgamento.

¹ O texto que agora se publica faz parte da obra colectiva *A função de jurista*, sob a edição de L. M. Díez Picazo, em preparação, a editar pela Século XXI de Espanha, Editores.

Atenta, como deveria estar aos assuntos humanos, pelo seu poder providencial, acreditou-se que não lhe poderia ser indiferente a eventual injustiça de uma decisão. Assim, foram postas em prática medidas como dar de beber veneno ao condenado, o qual, se verdadeiramente inocente, havendo um ser superior interessado na justiça, nunca seria afectado pelo tóxico.

É sabido que o sistema não resultou. Por isso se procurou outro sistema fundado na atribuição de um valor standard a cada elemento de prova, para fazer do juiz um mero contabilista sem autonomia de decisão. Nem isso, tão pouco, funcionou. Assim se entendeu, de acordo com a sugestão do sistema de júri inglês, que a decisão judicial não pode pré-constituir-se, tendo antes que formar-se através do uso inevitável da liberdade de critério. Não havia outra opção senão dotar este uso de racionalidade, fazendo do juízo um espaço de confrontação dialéctica. Um marco de debate entre iguais ou, o que é o mesmo um debate de interlocutores (os que expõem as posições em confronto) com igualdade de meios, perante um juiz *terceiro*, alheio aos interesses em conflito. Sendo claro que é um dado de experiência que “da discussão nasce a luz”.

O novo sistema, apelidado de *livre convicção*, frustrou-se, na medida em que as magistraturas profissionais dos meados do século XX, tomaram-no como consagração da *convicção Intima* do julgador². Ou seja da sua faculdade de decidir *soberanamente*, como que por *iluminação*, porquanto algo tão sublime como a justiça, teria que brilhar na decisão, como uma espécie de *flash*. Bastava pois o *porque sim* de um sujeito carismático, qualidade presumida no juiz.

Na experiência europeia continental, este modo de proceder está associado às judicaturas do tipo napoleónico³. Estruturas do tipo juiz-funcionário, integrado num sistema fortemente hierarquizado, governado pelo poder executivo através de um ministério que geria as suas expectativas de carreira e, não obstante e em franca contradição com semelhante *status* de subordinação, proclamado independente. Tal forma de entender a jurisdição tem o seu critério próprio de legitimação, puramente formal, em razões de investidura.

E ainda que, no contexto, o modo de recrutamento, pretensamente técnico, seja realmente político, não se sabe porquê, o designado receberia uma espécie de unção⁴

² Além disto, o juízo oral, longe de ser o verdadeiro espaço de formação da prova, no regime processual imperante, o francês *acusatório formal ou misto* operava realmente como trâmite de ritual de convalidação do que era levado unilateralmente pelo instrutor para sobre, com possibilidades mínimas de intervenção.

³ Sobre o aparecimento deste tipo de juiz, cfr. L. M. Díez Picazo, *Il modello europeo di magistratura: un approccio storico*, com vários autores, *Magistrati e potere nella storia europea* (edición de R. Romanelli), Il Mulino, Bologna, 1997, págs. 28 e ss.

⁴ Da “unção carismática” falou um conhecido expoente da mais dura direita judicial espanhola do franquismo, Miguel Garcilópez, em “Ley penal Y Ministerio Público”, no *Anuário de Derecho Penal*, 1963, pág. 266.

habilitadora para decidir com justiça, do modo como se acaba de referir. Ou seja, mediante resoluções praticamente incontroláveis no aspecto fundamental da decisão sobre os factos, que é, afinal o que identifica a sentença em direito.

Também o uso da sentença ou seja, a aplicação da lei é, em tal contexto, objecto duma importante mistificação muito cara ao positivismo ideológico.

A mistificação fundada no tópico de que o (único) sentido da lei querido pelo legislador resultaria imediatamente perceptível para o juiz o qual, assim, poderia aplicá-la sem risco de acrescentar algo de relevante da sua própria lavra.

Este modelo de jurisdição e de juiz é, ele próprio proveniente do estado liberal ou legislativo de direito, no qual a ostentação dos poderes, judicial incluído, têm marcado perfil *mono-classe*, enquanto geridos por um único sector social, também representado de forma praticamente exclusiva no legislativo.

Por isso, a estrutura que compõe o judiciário é, no plano ideológico, internamente muito homogénea, da mesma forma que é, também, homogénea com a classe no poder.

Característico deste tipo de juiz, que como perfil cultural chegou aos nossos dias, é, auto denominar-se *independente*, porque nunca ninguém lhe teria dito “o que” e “como” decidir em determinado assunto concreto. De certa forma correcto, mas somente porque o sentido social, político e juridicamente correcto das decisões estava já dado: na origem, no tipo de formação, na sub cultura do grupo burocrático, na sujeição determinada pelo penetrante controlo ideológico e pela dinâmica do *cursus honorum*. Forte estímulo, este último, que leva a que cada componente do escalão adequue, não apenas as suas decisões, mas também os seus hábitos, às exigências do vértice da *carreira*, como único meio de progressão isto é, ganhar prestígio e melhorar o *status* económico. Daqui que o conhecido magistrado francês, Casamayor, tenha escrito sobre este juiz que, o sistema não tinha necessidade de o *comprar* já que o *produzia*⁵.

A história, uma história bastante próxima, traiu a demonstração de que este modelo de juiz não era nem é politicamente inocente. Confirma-o, em primeiro lugar, a evidência de que não há avanço no plano da legalidade que não tenha tido nele um obstáculo ou uma leitura redutora: desde o direito de greve à hipotética despenalização do aborto. Prova-o, sobretudo, a *fisiológica* funcionalidade das experiências autoritárias. Desde os terríveis fascismos nazis europeus aos não menos brutais Cono Sur da América Latina resta a imagem inquietante de alguns juizes –*juristas assépticos* – que seguiram massivamente o Estado na sua deriva criminal, como se a coisa não fosse com eles. E, na realidade, havia algo. Porque estes processos evolutivos, no que se refere à magistratura, ocorreram sem necessidade de introduzir alterações

⁵ “La magistrature n’est pas vendue á une classe sociale, la classe bourgeoise. Elle lui est acquise” (*Les juges*, Editions du Sueil, Paris, 1957, pág. 143).

substanciais no ordenamento judicial precedente e com algumas, significativamente escassas, alterações na composição social. Por fim, e tendo em conta estes antecedentes, não se deve estranhar que, com toda a coerência, e nos momentos de transição democrática, as Constituições de nova geração, com as suas “tábuas” de direitos ambiciosas, fossem contestados por esses mesmos meios, como uma forma de legalidade abusivamente politizada.

A alternativa Neoconstitucional

Nas experiências constituintes que se seguiram na Europa à derrota dos fascismos expressou-se o propósito de fazer da legalidade um limite às eventuais degradações da política. A elas se deve o facto da Constituição encarnar uma instância normativa. Como diz Ferrajoli, uma esfera de direito(s) de carácter imperativo, não apenas para o juiz, mas também em momento anterior para o legislador⁶. Daqui resulta um sensível reforço do papel da jurisdição ordinária – segundo Prieto Sanchís, “la constitucional verdaderamente indispensable”⁷ – que, neste desenho, corresponde à emissão de um juízo de constitucionalidade da lei e à sua imposição a todos, incluindo os sujeitos públicos. É uma autêntica redefinição das relações institucionais, com algo de *redistribuição de poder* a favor do juiz. De modo que, como não poderia deixar de ser e como se verá, isso faz com que a sua presença seja, sobretudo em determinados casos, uma presença incómoda e um factor de *conflicto*.

Este conceito de jurisdição, agora sim *poder* judicial, pedia reformas sensíveis nos pressupostos estruturais do sistema herdado. Particularmente no que diz respeito ao tipo de organização e à cultura do juiz. Em termos reais, a mudança de paradigma teve uma implantação institucional cabal em Itália, onde progressivamente chegou a articular-se como ordem judicial dotada de elevado grau de independência no plano externo (da magistratura como organização) e no plano interno (de cada juiz em particular inserido nesta última).

É específico da independência judicial, correctamente entendida, isto é, como dispositivo de garantia de direitos, a existência de um juiz sujeito exclusivamente à lei legítima ou conforme à Constituição. Uma atitude de obediência à lei que na feliz expressão de Borré⁸, para ser genuína, impõe a desobediência a todo o resto, e, em particular, às sugestões dos poderes formais e de facto.

Há que dizer que o que se acaba de referir – enquanto modelo e como todos os modelos – não conheceu uma concretização fora do seu país de origem.

⁶ Cfr. *Derecho y razón. Teoría do garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Migurl e J. Terradillos, Trotta, Madrid, 7.ª ed., 2005, págs. 855 e ss.

⁷ Cfr. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 170.

⁸ G. Borre, *Le scelte di magistratura Democrática*, agora na *L'eresia di Magistratura Democrática*. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borre, edição de Lívio Pepino, Franco Angeli, Milão, 2001, pág. 235.

No entanto, incidiu de forma eficaz, embora de forma desigual, na transformação do anterior *status quo* judicial. Isto é nitidamente perceptível no caso de Espanha, onde o juiz tem assegurado um razoável estatuto de independência, apesar da tragédia que subjaz ao fracasso do Conselho Geral do Poder Judicial enquanto instituição (devido ao sectarismo e à falta de lealdade constitucional dos principais partidos assim como, à passividade e ausência de compromisso das associações judiciais e da judicatura em geral, face a essa lógica). Pode constatar-se, também, e por exemplo em França, onde apesar da permanência substancial do sistema organizativo bonapartista, a mudança cultural experimentada pela magistratura se traduziu num indubitável crescimento da independência, com uma real projecção nas suas práticas.

As actuações judiciais segundo esta nova “chave” de forte independência têm tido perturbadoras presenças particularmente nos casos relacionados com a corrupção⁹. Trata-se de hipotéticos abusos de poder com enriquecimento ilícito, produzidos nas zonas de intersecção da gestão pública com o mercado, os quais nos últimos anos, têm conhecido uma resposta institucional inédita, devido a juízes com capacidade de actuar sem quaisquer inibições.

É certo que este fenómeno não é homogêneo, dado que, num possível mapa à escala europeia, haveria primeiro que comprovar como é que, a uma incidência estatística semelhante do fenómeno tem correspondido uma reacção desigual, em função do estatuto dos operadores judiciários¹⁰.

Estas vicissitudes provaram ter consequências políticas de dois tipos.

Primeiro, a grave deslegitimação dos agentes políticos e dos partidos de referência afectados pelos processos. Em segundo lugar, e como reacção, a intenção de reverter essa carga de deslegitimação sobre as próprias magistraturas, mediante a denúncia de que tais modalidades de intervenção eram impróprias e inclusivamente *subversivas* da ordem da democracia representativa

Assim¹¹, voltou-se a desenterrar o fantasma do “governo dos juízes”¹² bem descrito por Bachof¹³ há mais de meio século. Brandido irresponsavelmente por políticos em apuros, quando

⁹ Sobre a corrupção como fenómeno, tratado na sua pluralidade de vertentes, cfr. F. J. Laporta e S. Alvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madris, 1997. O assunto foi abordado mais especificamente na perspectiva judicial por vários autores, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción* (edição de P. Andrés Ibáñez), Trotta. Madrid, 1996.

¹⁰ Cfr. R. Muhm, “Dependência dei Ministério Fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana, em *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. n.º 22/1994, com uma reflexão crítica interessante relativa à carência de aptidão de um delegado do Ministério Público em situação de dependência política, como o alemão, para trabalhar como agente da legalidade face às ilegalidades dos sujeitos de poder.

¹¹ A fenomenologia e o anedotário a este respeito é enorme no nosso país, particularmente nos anos mais recentes. O paradigma desta classe de atitudes é Berlusconi, com a pitoresca apreciação que os juízes se ocupam de actividades obscuras porque são comunistas.

não directamente imputados, interessados em ocultar determinado dado incontornável: que a judicialização só ocorreu por virtude da hipotética e prévia degradação criminal da gestão pública. E que esta sempre se ficou a dever à inoperância dos controlos de carácter político-administrativo e parlamentar. Isto é, à crise, por vezes massiva, da garantia política que, se tivesse actuado adequadamente, teria evitado uma hipotética excessiva intervenção judicial.

No que ficou dito não há qualquer vontade de apologia das actuações judiciais concretas. Estas, produzidas em geral a partir da constatação de ilegalidades patentes (não é fácil, noutro caso, proceder contra sujeitos de poder) poderiam apresentar, em determinadas ocasiões, perfis operativos questionáveis. No entanto e finalmente, razões de princípio e de experiência garantem uma dupla conclusão. Nem a ilegalidade pode ser – como o é em boa medida – um vulgar caldo de cultivo de (uma parte sensível) da política, nem é certo que a aplicação da legalidade sufoque ou impeça o correcto desenvolvimento daquela. Com efeito, entre o juridicamente indiferente e o Código Penal estende-se um espaço, certamente muito amplo, em que a política tem todas as possibilidades de desenvolvimento.

Pois bem, é precisamente nisto que radica um aspecto essencial da *razão de ser constitucional* do Estado de Direito como alternativa à velha “razão de Estado”. Trata-se, no entanto, de uma razão de ser constitucional da qual não decorrem somente prerrogativas para o juiz, mas também exigências e responsabilidades precisas a vários níveis, cuja satisfação é também *condictio sine qua non* da vigência do modelo que se trata.

Dimensões da Jurisdição

O discurso de um poder judicial forte, com tudo o que isto implica para a posição do juiz no plano das relações com as outras instâncias estatais, goza de uma aceitação favorável nos meios judiciais. No entanto, assim formulado, sem mais, seria um discurso dividido ao meio. Com

¹² A expressão tem origem na obra de E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience du constitutionalité des fois*, Marcel Giard & Cie., Paris, 1921. No entanto, está adequadamente descontextualizada tendo-se convertido em tópico do discurso político vastamente utilizado com fins de deslegitimação, a maioria das vezes perante actuações judiciais lícitas geradas por gravíssimas actividades de corrupção.

¹³ Cfr. O. Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de R. Bercovitz Rodriguez-Cano, Taurus, Madrid, 1963, onde se lê: “Não se pode realmente designar como “soberano” a quem não pode actuar mais do que representativamente, a quem falta toda a iniciativa própria para a configuração política, a quem pode somente actuar a pedido de outro órgão estatal ou a pedido de um cidadão lesado, a quem, finalmente, no desempenho da sua função de controlo, tem que limitar-se aos assuntos que – considerados do ponto de vista do órgão de controlo-lhe chegam por acaso. Também não se pode ignorar que a função de controlo dos Tribunais não implica apenas uma diminuição do poder Legislativo e Executivo mas um fortalecimento da autoridade dos poderes controlados” (pág. 51).

efeito, nele o juiz encarna, pelo menos de forma implícita, uma espécie de *poder bom* num conjunto de poderes perversos ou com tendência a sê-lo. Não esquecendo que o judicial, como poder, está sempre aberto a exercícios abusivos e prevaricadores que unicamente se podem conjurar de maneira eficaz com a rigorosa observância das garantias processuais. Estas são, por isso, garantias perante o juiz que hoje têm uma dupla dimensão reconhecida: de tutela da dignidade dos arguidos na sua qualidade de pessoas e de método.

A jurisdição é um poder, mas um poder de dizer o direito como forma constitucionalmente assumida, de mediar situações de conflito. Traduz-se numa actividade intelectual de dupla dimensão que consiste por um lado, em adquirir conhecimentos sobre as circunstâncias da situação litigiosa através da prova e, por outro lado, em efectuar sobre esse conhecimento uma leitura do texto legal de acordo com as suas conotações jurídicas, no sentido usual dos termos, de acordo com o teor das convenções sobre a matéria assim como do seu contexto normativo.

A actividade jurisdicional é assim uma actividade de carácter cognoscitivo através da qual se pretende obter o conhecimento empírico de qualidade sobre acções ou factos juridicamente relevantes. Por isso, o processo é processo de conhecimento que se orienta idealmente no sentido da sucessão de trâmites que o constituem.

Esta dimensão cognoscitiva da actividade jurisdicional sobre a qual se tem ultimamente teorizado com um rigor, até agora, inusual¹⁴, não tinha passado despercebida à reflexão sobre o processo na experiência histórica. É evidente que o processo foi concebido, desde sempre, sob forma contraditória. Porque, no dizer de Pagano, “a verdade é como a luz que brilha em consequência do choque de dois corpos”¹⁵. E precisamente para que essa verdade possa ser apreendida como tal, também desde sempre, se reclamou um *observador* externo de qualidade, um observador imparcial. Sabe-se que na Idade Média, nalgumas localidades italianas, procuravam-se juízes no estrangeiro como forma de evitar qualquer implicação nas questões sobre as quais estes haveriam de decidir. De igual modo, alguns tribunais chegaram a exigir que os juízes emitissem as suas sentenças antes das refeições, de forma a evitar que o seu critério pudesse ser condicionado por algo, incluindo os humores da digestão. Beccaria reclamou um processo orientado “à indagação indiferente do facto”¹⁶, isto é, tendencialmente orientado para a objectividade.

¹⁴ Ocuparam-se da jurisdição nesta perspectiva, com particular acuidade, L. Ferrajoli, na obra *supra* citada, e M. Taruffo, em *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁵ F. Pagano. *Lógica de'probabili applicata a'giudizi criminali*, Agnello Nobile, Milano, 1806, pág. 31.

¹⁶ C. De Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 59.

Por fim, na mesma época, Muratori recomendava que o juiz se colocasse reflexivamente numa situação de perplexidade¹⁷, ou seja, com neutralidade perante o objecto do juízo. Algo que, em definitivo, é reclamado pelo princípio da presunção da inocência consagrado como estruturante da justiça criminal¹⁸ (o que não significa que seja respeitado dessa forma).

Nessa perspectiva requer-se que o juiz seja um operador racional que, como não pode ter acesso directo aos factos objecto de julgamento exteriores ao processo e já ocorridos, tem de valer-se de provas, ou seja, de meios de informação aptos para trazer dados sobre os mesmos. Tais dados tratados criticamente conforme as regras da experiência fundamentadas no uso social constituirão os pressupostos materiais da sua decisão.

Estes dados não afloram no processo de forma aleatória, antes se articulam em torno de algumas hipóteses acerca do que ocorreu, sobre os quais discutem as partes o que é o mesmo que dizer que, nesse contexto dialógico, são submetidos à consideração do juiz, o qual deve avaliá-los na sua qualidade explicativa.

Tendo em conta o perfil desta actividade é legítimo relacioná-la, do ponto de visto metodológico, com o trabalho do historiador¹⁹. Com efeito, a actividade jurisdicional tem bastante de reconstrução histórica embora com sujeição a limites de tempo e a imperativos formais que não se aplicam a esta última. No entanto o juiz está obrigado a decidir, a estabelecer como certa uma versão dos factos do pleito ou causa enquanto que a investigação histórica poderia legitimamente terminar de uma forma incerta.

Estes requisitos jurídico-formais, que são certamente limites ao desenvolvimento da tarefa cognoscitiva, respondem, sobretudo no processo penal, ao facto de que, os directamente envolvidos no processo (arguidos em particular) são pessoas, cuja dignidade deve respeitar-se e cujos direitos só podem ser afectados negativamente (e sempre dentro de determinados limites) por uma decisão definitiva e estável, quando isso seja imposto por uma previsão legal.

Esta consideração traz para primeiro plano outra dimensão da jurisdição e do processo. Trata-se de actividades institucionais que, no seu próprio desenvolvimento, isto é, antes do

¹⁷ L. A. Muratori, *Defectos de la jurisprudência*, trad. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1974, pág. 17.

¹⁸ Como se sabe o princípio da presunção da inocência tem duas vertentes pois tanto é regra de tratamento do arguido como também regra do juízo. Deste ponto de vista, impõe-se ao juiz que parta de uma posição de neutralidade no tratamento do caso, isto é, assumir a imputação como hipótese cujo valor explicativo deve fundamentar-se no julgamento. E, neste sentido, encarna um imperativo de ordem epistemológica que deve assumir-se em todos os âmbitos da jurisdição.

¹⁹ É clássico a este respeito o trabalho de P. Calamandrei, “El juez y el historiador”, em *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentis Melendo, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, págs. 107 e ss. Neste mesmo sentido, M. Taruffo, “Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1967.

momento da decisão, impõem por vezes sérios prejuízos. É, de novo no processo penal, que este dado resulta mais perceptível. Assim, como escrevia Carnelutti, não apenas “se faz sofrer os homens que são culpados mas também para determinar se são culpados ou inocentes”²⁰. Mesmo assim as outras modalidades do processo – embora de forma menos traumática – comportam limitações ou prejuízos para as partes, incluindo a que, segundo a sentença resulte que uma delas tinha a razão do seu lado.

Esta circunstância coloca uma importante questão ao nível da *legitimidade*²¹.

Trata-se do regime das garantias processuais que, por via da legitimidade tem actualmente tradução em toda a disciplina constitucional. Precisamente pela necessidade de assegurar que a actividade judicial – que, como se viu, é limitativa de direitos ainda que se destine a assegurá-los – corra por leitões que assegurem a máxima qualidade ao seu exercício. É por isso que num sistema constitucional como o espanhol, a jurisdição não se legitima de forma apriorística, isto é pela qualidade institucional e pela investidura formal de quem a exerce. Mas antes *acto por acto* e com a condição de que cada um destes seja efectivamente funcional como garantia dos direitos que se querem tutelar. Por isso, neste contexto, os requisitos de forma são muito mais do que simples *formalidades* de mero significado ritual, integrando-se num todo articulado.

Sistema de garantias

Ferrajoli referiu-se ao direito em geral, próprio dos ordenamentos constitucionais, como “sistema de garantias”²². E, com efeito, tal é a sua vocação e o seu compromisso dado que prossegue a finalidade de circunscrever todas as manifestações do poder (dos poderes públicos e dos poderes privados) dentro de certos limites.

Tratando-se do poder jurisdicional, os dispositivos de garantia são de dois tipos: por um lado, destinam-se a dotar os titulares da jurisdição de um estatuto que os coloque a salvo de interferências perturbadoras e referimo-nos aqui a garantias *orgânicas*. Por outro lado, os que têm a finalidade de assegurar os direitos dos que devem submeter-se a julgamento, frente a um juiz como sujeito de poder: trata-se das garantias *processuais*.

As primeiras foram pensadas para proteger a magistratura no seu conjunto e o juiz ou o tribunal do caso, dotando-os de independência nos respectivos âmbitos. Este valor, a

²⁰ F. Carnelutti, *Las misérias del proceso penal*, trad. de S. Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1959, pág. 75.

²¹ Ocupei-me com certo detalhe deste assunto em *Garantismo: Estudios sobre crítica de la jurisdicción*, em Vários autores, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (ed. de M. Carbonnel e P. Salazar), Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Madrid, 2005, págs. 70 e ss.

²² Cfr. L. Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez e A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

independência, não é um privilégio de “corpo” ou de casta, é somente um pressuposto da sujeição exclusiva à lei, que procura assegurar ao julgador a possibilidade real de se subtrair de forma eficaz a qualquer outro imperativo. Para isso é necessário que a instituição judicial enquanto tal, goze da necessária autonomia face ao poder executivo e face a qualquer outra instância de poder (independência externa); e que cada juiz individualmente considerado se encontre a salvo de influências interessadas provenientes do interior da sua corporação (independência interna). Daqui a existência de todo um regime legal de previsões orientado para conferir objectividade tendencial às medidas com amplitude para incidir nas vicissitudes profissionais dos juízes. Tanto as relativas ao desenvolvimento *fisiológico* destas (acesso às funções, promoção, transferência), como as ocasionadas por eventuais modalidades patológicas do exercício da função (formas de responsabilidade, em especial, disciplinar).

Precisamente para dar satisfação a ambos os níveis de exigência em matéria de independência e como forma de reacção a perversidades do sistema napoleónico (de *governo* da justiça pelo executivo), anteriormente referido, a assembleia que redigiu a Constituição italiana de 1948, criou o Conselho Superior da Magistratura. Este órgão de composição mista (2/3 de juízes eleitos por e de entre juízes; 1/3 de juristas de designação parlamentar) procurava evitar tanto o hetero-governo da função judicial, como o autogoverno corporativos dos juízes. E, de forma particular, excluir a verticalidade hierárquica na sua articulação, como o objectivo de impedir a cristalização de formas de poder administrativo duns juízes sobre outros no modelo jurisdicional.

Essa nova figura teve uma projecção notável pois instituições com tal nome ou nome semelhante enchem o panorama das magistraturas europeias e latino-americanas. No entanto, nenhum caso teve a tradução fiel do modelo italiano original. Em Espanha foi *importado* com especial fidelidade pela Constituição de 1978 mas sofreu – em virtude da Lei Orgânica 6/1985 do Poder Judicial – uma reforma, também essencial, no que respeita ao sistema de eleição dos seus membros (todos de designação parlamentar)²³, a qual submergiu o órgão numa dinâmica de degradação partidocrática, que se diria imparável, no decurso de uma experiência de vinte anos. Apesar de tudo, também há que referir que o juiz espanhol goza de uma estimável independência, por muito que a gestão do seu estatuto por parte do Conselho Geral do Poder Judicial esteja carregada de muitas e, por vezes, graves deficiências.

²³ Esta reforma legal precipitada carregada de conjunturalismo e ostensivamente ferida de falta de reflexão foi, e bem, qualificada como “represália política” (L. M. Díez Picazo, *Régimen constitucional del poder judicial*. Civitas, Madrid, 1991, pág. 40). Sobre as particularidades do quadro em que esta se produziu, pode consultar-se P. Andrés Ibáñez e C. Movilla Alvarez, *O poder judicial*, Tecnos, Madrid, págs. 75 e ss.

O segundo nível de garantias que o constituem são as chamadas garantias *processuais* que operam, como se viu, no modelo da actividade jurisdicional e, portanto, através do processo. Este, nas suas várias modalidades, é integrado por um conjunto de trâmites que, embora em determinadas ocasiões possam parecer dotados de um significado meramente ritual, têm um sentido jurídico profundo. Com efeito, trata-se de pautas de comportamento impostas aos sujeitos concorrentes distintos, que procuram assegurar uma distribuição equilibrada do espaço cénico do processo. É a melhor forma de induzir a dinâmica de funcionamento mais adequada de forma a favorecer a confrontação dialéctica das posições parciais em presença.

As formas do processo garantem, pois, os direitos das partes e, ao fazê-lo, facilitam que cada uma destas e também o juiz permaneçam *no seu sítio*, assim, sem invadir ou sobrepor-se em papéis alheios, no decurso de uma dinâmica equilibrada de relação triangular. Isto corresponde a dizer que perante as partes com os seus direitos o juiz estará em condições de assumir uma posição de imparcialidade. Esta é a conotação essencial da jurisdição, a que a constitui, de tal forma que todas as demais garantias estão pré-ordenadas à sua concretização.

Que as partes gozem do direito a pedir o que lhes interessa, a sustentar estes pedidos em provas, a argumentar as suas pretensões com a necessária liberdade, a que o juiz resolva conforme o provado e mediante uma decisão fundamentada a todos os níveis, é a única forma de assegurar um trato imparcial e tendencialmente justo para os interesses em conflito.

A esta função central das *formas* processuais se deve o facto de que, hoje, as garantias consideradas nucleares – pela sua inerência estrutural ao processo contraditório, como o direito de defesa – gozem da categoria de direitos fundamentais. E também da importância que assumem as eventuais inobservâncias e violações. É certo que nem todas têm o mesmo relevo,

No entanto, e como escreveu Binder²⁴, todas as informalidades processuais devem ser tomadas ou consideradas como sintomas da eventual afectação negativa de um interesse digno de protecção. A qual, se for credível e se tiver provocado prejuízo efectivo de um direito fundamental de um arguido acarretará um efeito de deslegitimação da actuação judicial concreta. As restantes características destas situações ocorrem no processo penal, sob a forma de ilicitudes probatórias, que, em ordenamentos como o nosso transportam inevitavelmente a expulsão do processo, de toda a informação obtida de forma errada²⁵.

²⁴ A. M. Binder, *El cumplimiento de las formas procesales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 94.

²⁵ Paradigmático desta posição é o artigo 11.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial (reinterpretada ultimamente por uma jurisprudência muito questionável do Tribunal Constitucional).

Ser Juiz Hoje

Da função judicial pode identificar-se uma tópica de estabilidade e resistência à mudança. Do mesmo modo que se atribui ao juiz um papel de preservação e manutenção do *statu quo*, qualquer que este seja. Em tais apreciações não há nada de errado tendo, pelo contrário, um sério apoio na experiência das magistraturas históricas, que chegou aos nossos dias.

Este modo de ser e operar dos juízes regista hoje em dia uma mudança significativa, de qualidade, com reflexos no clima cultural do “palácio da justiça”, na forma de presença dos juízes na sociedade e, conseqüentemente, na sua imagem pública. Em parte, pelas aludidas inovações de cariz constitucional referidas à função judicial e que ampliaram o campo de interpretação da lei.

E também pela entrada neste âmbito de questões novas, sobretudo de novos conflitos de transcendência frequentemente política os quais, independentemente de alargarem o campo do judiciário²⁶ conferiram conotações inéditas dessa índole e de singular relevo a várias decisões. Para além disto, a composição das magistraturas é, actualmente, muito plural, o que significa a incorporação de sensibilidades político-culturais que, não há muito tempo, estavam ausentes.

Daqui decorre a extensão do espectro da garantia judicial a novos sectores de interesse, que experimentaram formas pouco usuais de afectação jurisdicional, com frequente desassossego dos seus poderosos titulares, um dia não longínquo *legibus solutus*²⁷.

Estas novas situações, por vezes casos-limite pela sua gravidade e transcendência (pense-se no “caso Marey”²⁸) puseram à prova o ordenamento judicial, as estruturas judiciais e também a cultura e o profissionalismo dos juízes.

Evidenciando em determinadas ocasiões uma patente *decalage* entre a natureza e qualidade das demandas e os meios de todo o tipo para as enfrentar em sede judicial, sobretudo se as primeiras forem contempladas numa perspectiva constitucional exigente.

²⁶ A este respeito não pode deixar de se anotar a entrada, no âmbito das jurisdições nacionais, de condutas como as qualificáveis como genocidas produzidas em âmbitos estatais alheios e, para além disto, devidas, em geral, a sujeitos investidos de poder (incluindo o actual) dentro deles. Neste aspecto é paradigmático o papel atribuído à Audiência Nacional pelo artigo 23.4 a) da Lei Orgânica do Poder Judicial, a qual incorpora no ordenamento espanhol, o princípio da jurisprudência universal em matéria de genocídio.

²⁷ De igual modo é sabido que os principais agentes da “economia global” gozam de reconhecida capacidade para subtrair-se à acção das jurisdições nacionais, incluindo a penal, e que organizam à margem de tais instâncias a mediação dos seus conflitos de interesse. Um tratamento rigoroso destas questões em toda a sua complexidade pode consultar em J. E. Faria, *El derecho de la economía globalizada*, trad. de C. Lema, Trotta, Madrid, 2001.

²⁸ Disto se ocupou, na perspectiva estritamente jurisdicional, J. Igartua Salaverría, *El caso Marey. Presunción de inocência y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999.

Como se torna claro através de uma simples leitura da imprensa diária²⁹ neste momento pode adquirir estatuto judicial, qualquer assunto e em qualquer parte; frequentemente com níveis de complexidade elevados³⁰. Frequentemente têm natureza económica e não é pouco usual que o seu adequado tratamento obrigue a reconstruir obscuras vicissitudes financeiras, que se concretizam em operações realizadas com meios telemáticas, em tempo real e num cenário de escala planetária e sem *Estado*, no qual a *lex mercatoria* pode conviver – obviamente em condições privilegiadas de superioridade – com diversas legislações nacionais, normas internacionais e – nada paradoxalmente – importantes vazios de direito. Outras vezes trata-se de assuntos envolvendo acares políticos onde as fortes repercussões da actividade política são inevitáveis. De igual modo, as intenções – nem sempre infrutíferas – de instrumentalização das

²⁹ A incidência dos meios de comunicação social na fenomenologia objecto de tratamento judicial e na própria jurisdição mereceria, por si própria, e pela sua importância actual um tratamento específico que aqui não compete fazer. É evidente que a mesma teve um efeito claramente positivo na indução de mudanças necessárias nesse modelo, muito em particular, entre nós, nos momentos iniciais de transição, tão-pouco se pode deixar de referir que seria impensável um bom funcionamento da administração da justiça à margem de um exercício adequado da informação. No entanto, os media podem onerar de forma pesada as atitudes dos juízes, condicionar o curso de uma causa ou o veredicto de um jurado. Podem também – como no caso do meio televisivo, em particular – penalizar de forma extraordinária o imputado e inclusivamente distorcer o espaço processual. Estas projecções perturbadoras não têm necessariamente a ver com a relevância objectiva dos assuntos, como o demonstra a exploração mediático-mercantil de tantas pequenas e grandes misérias que nutrem actualmente os espaços televisivos. Deste assunto ocupei-me em “Proceso Penal: ¿que clase de publicidad y para qué?”, em *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 51/2004; também em *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al profesor Júlio B. J. Maier*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 165 e ss.

Por certo, na relação das jurisdições com os *media* há também uma forma de utilização destes que não compete ignorar. Que é a que procede, em determinadas ocasiões, dos próprios juízes – em particular os identificados como especial presença e interesse mediáticos – que podem servir-se deles com fins pessoais, mercê de uma inadmissível relação de *do ut des*, a qual consiste, da sua parte, em ceder ou facilitar informação privilegiada a troco de receber ele próprio um privilégio. Com efeito, o Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, órgão que assessora o Conselho da Europa inclui, entre outras recomendações de deontologia judicial (*Avis* emitido em 2002), a recomendação que os juízes devem abster-se de toda a exploração pessoal das suas relações com os meios de comunicação social.

³⁰ A título de exemplo o caso recente – com aparência trivial – da reclamação de um fornecedor de um supermercado da base americana de Rota, que levou o Juízo de Primeira Instância de Rota a adoptar uma medida, por demais razoável e justificada, sobre certos fundos da Marinha dos EUA relacionados com essa actividade comercial, depositados num banco e que o governo desse país – com lamentável concordância do ministério espanhol dos Assuntos exteriores, que advertiu o juiz de que essa potência poderia adaptar “contramedidas” – quis converter em atentado contra a sua soberania.

causas pelas forças políticas de sinal contrário como modelo de láticas de oposição e com objectivo de desgaste.

Dir-se-á que estes não são assuntos de todos os dias. No entanto, o certo é que têm uma incidência estatística cada vez maior e requerem um enorme esforço de atenção e de recursos. Ocorre que apenas um destes casos baste para ocupar toda a capacidade de trabalho do titular e do órgão em que este se integra.

Não se trata apenas disto. Temas sem complexidade técnica maior como por exemplo, os da violência doméstica e outros que fazem parte do quotidiano judicial, despertam com facilidade e actualmente fortes tensões mediáticas, que se projectam com intensidade perturbadora numa função que, pela sua natureza, exige serenidade e sossego.

A verdade é que se tornou bastante menos fácil ser juiz, por motivos de qualidade e também pelo volume do trabalho. Actualmente em Espanha, apesar do volume de trabalho ser medido em módulos quantitativos, é quase impossível aferir a quantidade e a qualidade do trabalho efectuado dado que, uma percentagem significativa dos assuntos assumem uma grande complexidade.

Sem contar que, com tal modalidade de controlo, que associa um prémio económico ao aumento quantitativo do rendimento, induz nos juízes perigosas e recusáveis atitudes produtivistas em profunda contradição com a função jurisdicional.

Não é estranho que, neste contexto, e desde há algum tempo seja de prever uma crise patente do *modelo de juiz* que repercute uma outra crise, a de identidade dos próprios operadores. É, ou deveria ser, bastante óbvio que o tópico juiz com pretensões de “boca da lei” se nunca foi real seria hoje absolutamente impensável. Apesar de tudo, há quem, quiçá por medo de estimular o temido “activismo judicial”³¹, continue a reiterar a proposta desse suposto *tipo ideal* como paradigma de referência. É emblemático a esse respeito o caso de Requejo Pagés que há uns anos apresentava o juiz como sujeito institucional que “deve limitar-se a recolher no conteúdo das suas resoluções o produto que lhe chega desde as primeiras fases do processo”, que por analogia tão contrafáctica, responderia – segundo o próprio autor – com a imagem de um grande depósito de água³². Uma metáfora pouco feliz e mistificadora, sem nada a ver com a realidade, nem sequer no mais naif dos casos, o do “juiz debaixo do carvalho”, ao que incumbiria

³¹ Faz-se uso desta expressão para qualificar pejorativamente algumas atitudes judiciais tidas por excessivas. Mas com respeito a tal expressão há que distinguir as atitudes devidas a um possível afã de protagonismo pessoal, sem dúvida inaceitável, pois o juiz não pode ser nem apresentar-se perante a opinião pública como uma “personagem”, daquelas situações em que a notoriedade seja dada pelas particularidades do caso, ainda que tenha sido conduzido com a discrição e a medida deontologicamente exigível.

³² J. L. Requejo Pagés, *Jurisciccion e independência judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 153-154.

sempre a responsabilidade de reconstruir o suposto facto a partir de um quadro probatório produzido no modelo de contradição com dados *servidos* em absoluto a partir daquela cisterna improvável.

O problema é que o modelo do (anti) juiz, herança acrítica recebida do positivismo ideológico continua sendo, embora de forma implícita, o *oficial* de referência. Põem-no claramente em relevo, entre nós, o mesmo sistema de ingresso na magistratura. Com efeito, baseado na assimilação e reprodução memorística, em termos de estrita literalidade, dum bagagem jurídica inerte e desproblematizada que pela via da *redução* a temas (“contestações” no jargão tradicional), pretende um juiz clonado, com vocação para autómato, o qual, certamente, não é o que reclama uma fenomenologia como a que nutre, hoje, a estatística judicial.

É verdade que, no final, são muitos os juízes que não interiorizam nem correspondem a este cliché, apesar do sistema, que não pode desenvolver-se sem graves consequências na formação e nas atitudes de muitos outros.

Porque é claro que o referido estado de coisas na matéria provoca um patente desfasamento cultural e técnico do juiz – resultado dessa opção formativa, relativamente aos requerimentos derivados das peculiaridades do direito a aplicar e da natureza dos conflitos submetidos à consideração judicial. Desfasamento esse com reflexo num certo *deficit* de *consciência* sobre o verdadeiro modo de ser actual do ofício, que se projecta em duas vertentes. A da legalidade, topicamente concebida nos programas de ingresso segundo um modelo inexistente de um código do século XIX. A vertente dos factos, como questão supostamente a problemática e tratada muito em segundo plano; Quando actualmente há motivos para saber que não o é em absoluto e que, o seu tratamento adequado – que exige rigor indutivo, racionalidade crítica dos processos de dedução e honestidade intelectual na explicação destes e na justificação da decisão – requer uma preparação específica cuidada, lamentavelmente ausente nos processos selectivos.

Luigi Ferrajoli identificou na função judicial uma dimensão a que graficamente se refere como “poder de disposição”³³. É como denota o espaço da decisão que não está suficientemente coberto pela norma e, por consequência, fica liberto *de facto* na autonomia do julgador; o qual, só pode mover-se dentro dele com certa legitimidade mediante o rigoroso exercício de auto-consciência e um esforço comprometido de transparência na motivação.

Se é assim, como sucede efectivamente, e se esse *modus operandi* é conatural ao exercício da função, dessa constatação retira-se a inevitável exigência de uma redefinição profunda do

³³ Cfr. *Derecho y razón*, cit., págs. 38-40.

modelo do juiz nos planos cultural e deontológico. A necessidade desta redefinição toma-se presente no actual despertar de uma viva preocupação pela ética judicial³⁴, patente em meios sociais distintos e nos próprios operadores.

Tal preocupação carece de sentido na presença de um juiz (suposto) exegeta e mero aplicador como o do modelo silogístico, a que aludi. Porque a pré-selecção política, a férrea integração, na posição de total heteronomia, na estrutura hierárquica, pré-determinava e tornava perfeitamente previsíveis as suas decisões com a conseqüente *certeza*, como é óbvio, socialmente muito selectiva.

Contudo, essa preocupação tem bom fundamento em sociedades pluralistas, como a espanhola actual. É nelas que este mesmo pluralismo conota também a magistratura, a qual é chamada a operar – segundo se viu – com um ordenamento complexo, aberto e, em determinadas ocasiões, internamente conflitual, para aplicá-lo a uma realidade de um extremo dinamismo, por vezes muito tensa, e que facilmente transborda das previsões legais.

Porque, com efeito, se o juiz sempre e em todo o caso teria que *pôr* algo da sua própria bagagem, numa situação como a que se aludiu, esta dimensão subjectiva do papel aparece aqui muito mais realçada e merece ser objecto de um interesse maior. Pois o certo é que, dadas as peculiaridades do contexto, o perfil ético e cultural do juiz na perspectiva da decisão, adquire uma certa e inevitável transcendência normativa. É o que lhe confere um relevo singular e faz que a questão vá para além do padrão exclusivo dos profissionais do sector e converta as questões implicadas nesta dimensão do judicial em objecto que merece a atenção pública.

No momento actual pesam sobre a jurisdição litígios de uma entidade – pela quantidade e qualidade – que os toma dificilmente abordáveis em termos socialmente satisfatórios. Esta sobrecarga responde a uma diversidade de factores sendo dois dignos de especial consideração. Um é o facto de que muitos assuntos adquirem estatuto judicial porque previamente não teriam funcionado, como deviam, estâncias públicas de controlo da legalidade as quais teriam que operar preventivamente neste domínio³⁵. Outro tem a ver com os exercícios instrumentais da administração da justiça, em particular a penal. O que em alguns assuntos tem como

³⁴ Ocupei-me deste assunto em “Para una ética positiva del juez”, em *Claves de Razon Prática*, n.º 152/2005, págs. 26 e ss.

³⁵ Não deverá esquecer-se que uma quantidade enorme dos *inputs* do aparato judicial tem a ver com o defeito, por vezes escandaloso, de funcionamento das mais diversas estâncias estatais, o qual permite que assuntos que se poderiam evitar ou, pelo menos, poderiam ter sido atacados preventivamente numa fase inicial, terminem adquirindo proporções enormes para, ao fim de alguns anos, explodir na mesa de um juiz. Alguns paradigmas hipotéticos podem encontrar-se em determinados casos de corrupção cujo desenvolvimento pressupõe uma crise massiva dos controlos parlamentares e político-administrativos. Outros encontram-se em determinadas fraudes e escândalos financeiros que surgiram de imperdoáveis passividades ocorridas em diversos lugares do sistema.

consequência ser o único modo de (não) afrontar a raiz de certos problemas emergentes como, neste momento são a questão da droga e, actualmente, da imigração.

À insatisfação social produzida pelo acumular dos factores referidos assim como outros a que competiria aludir, há que juntar o desconforto gerado em determinados e distintos meios de poder (formal e informal) pela iniludível criminalização dos fenómenos de corrupção, os quais determinam que o universo judicial e o modo como se desenvolve o “ofício de juiz” estejam conotados com polémica e sejam propensos a manipulações ideológicas.

Estas resultam com frequência em tomadas de posição políticas e em propostas de reforma carregadas de conjunturalismo e de risco.

Neste, como noutros assuntos chave da organização da convivência, é necessário um esforço racional para distinguir e separar o trigo do joio. Separar o que pertence à essência do modelo constitucional do que tem a ver com problemas históricos e com interesseiras imperfeições na realização do mesmo.

A ideia de uma jurisdição como poder independente de dizer o direito com imparcialidade, frente a todos, para decidir em casos de conflito não é o sonho estético dos juízes ou juristas ensimesmados. É uma opção subscrita reiteradamente por esmagadoras maiorias em momentos de crescimento democrático. E sempre como reacção a situações de ausência de democracia e de outras garantias fundamentais. Quiçá valeria a pena empreender o desenvolvimento deste paradigma de forma a pô-lo a funcionar sem reservas e sem concessões. Enquanto isto não sucede não se deveriam censurar ao modelo constitucional, como tal, aquelas consequências indesejáveis que apenas têm que ver com a sua deficiente realização.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II – Deontologia Profissional

2. Deveres profissionais

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O dever geral de urbanidade nas relações entre advogados e magistrados



[Francisco Vaz Antunes]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O dever geral de urbanidade nas relações entre advogados e magistrados

Disponível em www.verbojuridico.pt, 2007, pp. 1 a 18

“O advogado serve a justiça mais do que o direito, e o direito mais do que a lei. O seu ministério é tão indispensável como o do juiz, e mais amplo do que o dele. O juiz apenas julga. O advogado informa, aconselha, concilia, serve de mediador entre os cidadãos e entre estes e os tribunais. É, por vocação, um agente da convivência cívica e da paz social. É um criador do direito vivo, porque a diversidade dos sentimentos e interesses com que lida diariamente o faz mergulhar na seiva vivificante das relações humanas. É a voz da razão ao serviço da verdade e da justiça. Ser advogado é lutar contra o arbítrio e as iniquidades, pugnar por uma sociedade mais justa e convivente. Por isso, não há outra profissão mais nobre do que a nossa”

António Arnaut

“A família judiciária é como todas as famílias que têm educação: unidas diante dos estranhos. Mas quando os magistrados entre eles dizem “os advogados”, e quando os advogados respondem “os magistrados”, que sentimentos sinceros os animam? Que propostas fariam se deixassem falar o coração e os seus secretos pensamentos nessas calorosas homilias que se rendem mutuamente em inúmeras circunstâncias solenes e que poderiam limitar-se a este breve diálogo – “Senhores, vós sois a Justiça e nós ajudamos a administrá-la. Senhores, vós sois a Defesa e nós respeitamos os seus direitos”. Eu sei que por vezes teríamos vontade de dizer: “vós deveríeis ser a justiça”; e nós pediríamos o impossível”

Jacques Isorni

A Advocacia é uma actividade¹ de natureza liberal, mas que prossegue um notório e determinante interesse público. Neste sentido, é detentora de uma função de grande relevância social. O seu exercício e regulamentação é da competência da Ordem dos Advogados², pessoa colectiva de direito público³ do tipo associação pública, integrada na administração mediata do Estado, atendendo ao princípio da desconcentração administrativa⁴. O Estatuto da Ordem dos Advogados⁵ é o diploma legislativo que define a sua orgânica e funcionamento.

Apesar de a Ordem dos Advogados corresponder a uma associação de profissionais privados, a sua criação foi resultante de um acto de *ius imperii*, fruto do poder autoritário do Estado. As tarefas que os seus profissionais prosseguem são de natureza eminentemente pública e não são indiferentes ao Estado. Tratando-se de uma “corporação pública”, no sentido atrás exposto, a implicação primeira é a da inscrição obrigatória na Ordem, dos indivíduos que pretendam exercer a Advocacia como profissão⁶.

A Ordem dos Advogados apresenta-se como uma garantia para a comunidade, de que aquelas tarefas de interesse colectivo que correspondem à prática dos actos próprios da advocacia⁷, só podem ser praticadas por pessoas nela inscritas. Os inscritos, por outro lado, encontram-se sob a alçada do poder disciplinar da Ordem, verdadeiro poder de autoridade

¹ Há quem a veja mais como uma arte, do que propriamente uma profissão.

² A Ordem dos Advogados Portugueses foi criada em 1926, pelo dec. lei n.º 11.715 de 12/6. Pouco tempo depois, em 18 de Setembro do mesmo ano, o dec. lei n.º 12.334 remodelou a Ordem. O dec. lei 13.809 de 22/6/1927 integrou o regime jurídico da Ordem no Estatuto Judiciário, nele tendo permanecido, com variadas alterações, até à criação do primeiro Estatuto da Ordem dos Advogados pelo Dec. Lei n.º 84/84 de 16 de Março.

³ O preâmbulo do revogado Estatuto da Ordem dos Advogados (Dec. lei n.º 84/84), referia-o expressamente. Hoje, a Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, que aprovou o novo Estatuto, denomina a Ordem dos Advogados de “*associação pública representativa dos licenciados em Direito* que, em conformidade com os preceitos deste estatuto e demais disposições legais aplicáveis, exercem profissionalmente a advocacia” (art. 1).

⁴ Art. 267.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

⁵ Aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

⁶ Art. 61.º, n.º 1, do EOA.

⁷ O art. 53.º, n.º 1, *in fine*, do anterior EOA, apresentava uma noção exemplificativa de actos próprios da profissão, na qual ressaltava o exercício do mandato judicial e o exercício de funções de consulta jurídica em regime de profissão liberal remunerada. Todavia, sendo a definição da totalidade de “actos próprios da profissão” algo que se apresenta de difícil enunciação, verificava-se que o carácter meramente exemplificativo deixava de fora, por exemplo, os actos de simples procuradoria. A Lei 49/2004, de 24 de Agosto veio procurar resolver este problema, através da definição, em diploma próprio, do sentido e alcance dos actos próprios de advogado e solicitador.

pública, que pode ir até à proibição do exercício da profissão, em último caso, através da expulsão⁸.

Os fins da Ordem são, *lato sensu*, o auxílio efectivo à administração da justiça e o contributo para o desenvolvimento da cultura jurídica, traduzida no aperfeiçoamento da legislação e instituições judiciais e forenses. Por este motivo, constituem deveres dos seus membros para com a comunidade “pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas”⁹.

Do que vai dito, decorre que a Ordem dos Advogados promove a defesa do Estado de Direito, guardião dos direitos e garantias individuais dos cidadãos¹⁰. Todavia, um dos escopos por ela visados é, igualmente, o da protecção da própria classe¹¹, quando algum dos seus membros é alvo de uma arbitrariedade mais ou menos gravosa.

Os Advogados, como colaboradores imprescindíveis na administração da justiça, têm direito a um tratamento compatível com a dignidade da profissão. Sob a epígrafe “Das garantias em geral”, deflui do art. 67.º, n.º 1, do actual EOA (antigo n.º 1 do art. 58.º do E.O.A)¹² que : “*Os magistrados, agentes de autoridade e funcionários públicos devem assegurar aos advogados, aquando do exercício da sua profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições¹³ adequadas para o cabal desempenho do mandato*”. Aqui se consagra um verdadeiro

⁸ Neste particular regulavam os arts. 90.º e segs. do antigo EOA e agora prescrevem os arts. 109.º e segs. do novo Estatuto. As sanções aqui previstas correspondem a verdadeiras sanções administrativas (Prof. Freitas do Amaral, Direito Administrativo, lições, 1983/84, pág. 486).

⁹ Art. 78.º a) do antigo E.O.A e art. 85.º, n.º 1, do novo Estatuto.

¹⁰ “A Ordem dos Advogados é um organismo instituído por lei para preencher uma das frentes em que se cumpre um decisivo interesse público: o da administração da justiça” – Bastonário Dr. Mário Raposo, in R.O.A, 3, pág. 433. Cfr. art. 3.º do antigo E.O.A e o art. 3.º, alínea a), do actual Estatuto.

¹¹ Seja a violação mais afrontosa, seja a simples irregularidade judiciária - arts. 3.º n.º 1 d), 4.º n.º 2, 37.º n.º 1 h), 42.º n.º 1 r) e 57.º, todos do antigo E.O.A. No novo Estatuto rezam, em particular, os arts. 3.º, alínea e), 5.º, n.º 2 e 66.º. Neste sentido, a Ordem pode exercer os direitos de assistente ou conceder o patrocínio em processos de qualquer natureza. Os advogados têm o dever de dar conhecimento à Ordem de todos os factos ou situações que lesem os seus interesses legítimos. Para além da violação de um direito individual, poderá estar a violação do prestígio da Classe.

¹² Este direito que assiste aos advogados, é um verdadeiro contraponto do dever que os advogados deverão observar no trato com quaisquer entidades, públicas ou privadas – dever geral de urbanidade – antigo art. 89.º do E.O.A e art.º 90.º do actual Estatuto que dispõe: “No exercício da profissão o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os colegas, magistrados, árbitros, peritos, testemunhas e demais intervenientes nos processos, e ainda funcionários judiciais, notariais, das conservatórias, outras repartições ou entidades públicas e privadas”.

¹³ Aqui se incluem condições físicas e materiais, adequadas ao desenvolvimento da sua actividade, como sejam o direito de consultar processos, aceder às secretarias, ter uma sala para uso exclusivo em cada tribunal, etc..

dever de urbanidade¹⁴, traduzido no respeito e correcção que aquelas entidades deverão observar no tratamento com os advogados. São elementos importantes deste dever a discricção, zelo, lealdade, lhaneza no trato e pontualidade¹⁵.

Não se trata de conceder qualquer privilégio a uma classe, mas sim, permitir equilibrar o seu estatuto profissional, acautelando o exercício do patrocínio judiciário, para que este se faça da melhor e mais digna forma.

Este dever geral de urbanidade que vem sendo referido, é igualmente exigível ao advogado (cfr. art. 76.º n.º1 do antigo Estatuto e artigo 90.º do novo^{16 17}), significando ele que o advogado deve, no exercício da profissão e fora dela¹⁸, considerar-se um servidor da justiça e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes. O art. 83.º, n.º 2, do actual Estatuto enumera precisamente, entre outros, a lealdade, cortesia e sinceridade, como obrigações profissionais do advogado.

Em conclusão, para tanto basta que o advogado cumpra pontual e escrupulosamente os deveres consignados no seu Estatuto e todos aqueles que a lei, usos, costumes e tradições lhe impõem para com os outros advogados, a magistratura, os clientes e quaisquer entidades públicas e privadas¹⁹.

¹⁴ Também entre colegas deve este dever ser observado – vide o antigo art. 86.º n.º 1 a) e c) do E.O.A e o actual arts 107.º, n.º 1 a).

¹⁵ “Considero inadmissível, revoltante mesmo, que se convoquem pessoas para as repartições públicas para dia e hora certa, sob cominação legal, e se faça aguardar essas pessoas indefinidamente sem a mais leve explicação” – Desembargador Pinheiro da Costa, in “A pontualidade nos Tribunais”, Boletim da Câmara dos Solicitadores, n.º 49, pág. 2.

¹⁶ Os deveres a que o advogado se encontra vinculado, que nesta norma se aglutinam, podem sintetizar-se numa sã consciência moral e profissional, seriedade, probidade (*honeste vivere*), cortesia e decoro. Eles contribuem para a dignificação da advocacia e da própria Ordem. É a idoneidade profissional que se procura atingir. Do art. 90.º do actual Estatuto deflui que: “No exercício da profissão o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os colegas, magistrados, árbitros, peritos, testemunhas, e demais intervenientes nos processos, e ainda funcionários judiciais, notariais, das conservatórias, outras repartições ou entidades públicas ou privadas”.

¹⁷ A deontologia do advogado é o conjunto de regras de comportamento de carácter moral, sobretudo, e baseadas no costume, que regulam o tratamento da profissão. Em regra são disposições de natureza meta-jurídica, mas com eficácia normativa. – Cfr. Estatuto da Ordem dos Advogados anterior, anotado pelo Sr. Dr. Alfredo Gaspar, Jornal do Fundão Editora.

¹⁸ “Qualquer imoralidade privada prejudica a imagem da profissão” – Deontologia Jurídica, Pamplona, 1982, 11 – Dr. Rafael Gómez Péres.

¹⁹ Antigo art. 79.º do EOA e actual 86.º, al. a): “Constituem deveres do advogado para com a Ordem dos Advogados: a) não prejudicar os fins e prestígio da Ordem dos Advogados e da advocacia”.

A independência e isenção, imprescindíveis ao exercício pleno da advocacia²⁰, só podem justificar-se se o seu titular tiver uma conduta vertical. Como referiu o Sr. Bastonário Dr. Carlos Pires *“Onde está um Advogado deve estar um homem de bem”*²¹.

O Código Deontológico do C.C.B.E.²², no seu art. 2.1.1, refere que: *“A multiplicidade de deveres que incumbem ao advogado impõem-lhe uma independência absoluta isenta de toda a pressão (...) Esta independência é tão necessária para a confiança na justiça como a imparcialidade do juiz”*.

No art. 2.2, sob a epígrafe *“Confiança e integridade moral”*, diz-se que as relações de confiança não podem existir se houver dúvida sobre a honorabilidade, probidade, rectitude ou sinceridade do advogado. Para ele, estas virtudes tradicionais são obrigações profissionais. Aqui jaz o importante princípio da confiança e integridade moral no exercício da profissão²³. Já os Romanos, na sua definição de advogado, consideravam que: *“Vir bonnus disceptanti peritus qui non solum sciencia et omni facultate dicendi perfectus sed moribus”*²⁴.

O art. 87.º n.º 1 do anterior E.O.A enunciava o dever de urbanidade, que os advogados deverão observar na sua relação directa com os juízes. A lei dizia: *“O advogado deve, sempre sem*

²⁰ Antigo art. 76.º n.º 2 do EOA e actual art. 84: *“O advogado, no exercício da sua profissão, mantém sempre e em quaisquer circunstâncias, a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros”*. A imparcialidade aqui referida não se pode confundir com aquela que compete aos magistrados judiciais. Para os advogados, a imparcialidade não pode significar a defesa de uma lei injusta ou iníqua. Eles devem prover pelo triunfo das pretensões daqueles que os procuram para a defesa dos seus direitos, desde que essas pretensões ou interesses sejam legítimos, que o mesmo é dizer justos. Nem sempre a justiça se identifica com a lei. O 4.º mandamento do Decálogo de Couture enuncia: *“O teu dever é lutar pelo direito; quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”*. O 7.º mandamento do Decálogo de Gallardo dispõe: *“Põe a moral acima do direito”*.

²¹ R.O.A, 2, 24.

²² Código de Deontologia dos Advogados da União Europeia, adoptado pelos representantes das 18 delegações da União Europeia, na sessão plenária do C.C.B.E., em Lyon, a 28 de Outubro de 1988, e posteriormente alterado durante as sessões plenárias do CCBE em 28 de Novembro de 1998 e 6 de Dezembro de 2002.

²³ O Sr. Dr. Alfredo Gaspar, ob. cit., menciona a classificação dos deveres emergentes das regras da deontologia profissional sob dois prismas, por um lado o da natureza do dever – aqui se incluem os deveres que vêm sendo referidos, como a lealdade, urbanidade, etc.; por outro lado o da pessoa do destinatário – deveres para com os colegas, deveres para com os clientes, deveres para com os magistrados, etc.

²⁴ *“Homem justo, perito na dissertação, que não só deve ser perfeito na ciência e na arte de bem dizer, mas também nos costumes”* – Proémio, Liv. I, Inst. Orat., Liv. II, Cap. 161, Liv. XII, Cap. 4.º.

prejuízo da sua independência, tratar os juízes com o respeito devido à função que exercem²⁵ e abster-se de intervir nas suas decisões, quer directamente, em conversa ou por escrito, quer por interposta pessoa, sendo como tal considerada a própria parte”.

Esta fórmula legal específica, inexistente no actual Estatuto, constitui um imperativo de lealdade com que o advogado deve pleitear, representando também um atributo necessário da boa camaradagem para com os adversários. Do mesmo passo, é uma prova do respeito devido aos juízes, aos quais se deve reconhecer o direito e o dever de se pronunciarem só pelo que dos autos consta e em plena liberdade de actuação, sem qualquer intervenção extrajudicial do advogado de uma das partes, com desconhecimento do seu adversário. Daí a antiga e conhecida fórmula: *“Com os juizes só se deve falar em papel selado”²⁶.*

O actual Estatuto estabelece este dever de lealdade no art. 103.º, que dispõe: *“O advogado deve, em qualquer circunstância, actuar com diligência e lealdade na condução do processo (n.º 1). “É vedado ao advogado, especialmente, enviar ou fazer enviar aos juízes ou árbitros quaisquer memoriais ou, por qualquer forma, recorrer a meios desleais de defesa dos interesses das partes”.*

O respeito devido aos magistrados não pode, contudo, tolher a necessária e indispensável firmeza e combatividade do advogado²⁷. A Constituição da República Portuguesa, refere no art. 208.º que: *“A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.*

O art. 105.º, n.º 1, do Estatuto, diz que: *“O advogado deve exercer o patrocínio dentro dos limites da lei e da urbanidade, (mas) sem prejuízo de defender adequadamente os interesses do seu cliente”* – o negrito é da nossa lavra.

²⁵ “O advogado deve evitar toda a palavra ofensiva, toda a apreciação injuriosa” – Crémieu, *Traité de la Profession d’Avocat*, 2.ª edição, 1964, 918. Cit. Dr. Alfredo Gaspar, ob. cit. Mas respeito não pode significar, de forma alguma, subserviência.

²⁶ Vide R.O.A, 6, 2, págs. 543 e ss.

²⁷ Já se decidiu em Conselho Superior da Ordem dos Advogados que: *“O cabal exercício do mandato impõe ao advogado uma conduta isenta de cobardia ou de aquietante comodismo”* – Ac. Conselho Superior de 17/1/61, R.O.A, 21, 121.

“Está o advogado autorizado ao emprego de expressões mais ou menos enérgicas, veementes, vibrantes, consoante a natureza do assunto e o temperamento emocional de quem as subscreve” – Ac. Conselho Superior de 11/3/65, R.O.A, 25, 262; no mesmo sentido, Ac. Conselho Superior de 13/12/63, R.O.A, 24, 140. A jurisprudência judicial, por sua vez, ditou: *“O advogado não poderia desempenhar com notoriedade e elevação a sua alta missão de defensor do Direito e da Justiça, se a sua linguagem deixasse forçosamente de ser enérgica e veemente para ser só toda de timidez e cheia de respostas humilhantes”* – Ac. STJ de 18/12/17. Vide ainda Ac. STJ de 25/3/26, 1926, 73.

Neste sentido, porque justificativo, transcreve-se o sumário do **Parecer do Conselho Superior da OA de 17/06/2005**, publicado em www.oa.pt:

“1. Não preenchem a factualidade típica da infracção disciplinar de falta de correcção e de urbanidade para com o julgador, ou a de ofensa à sua honra, as afirmações dumas alegações de recurso que consubstanciam o exercício do direito de crítica objectiva da sentença recorrida, devendo considerar-se fora da área de tutela típica a que estão associados tanto aqueles deveres deontológicos como os crimes de difamação e de injúrias.

2. O “ambiente” próprio da administração da justiça pressupõe, por parte do juiz, a assunção da tolerância, humildade e disponibilidade aptas a afastar susceptibilidades exacerbadas face a comportamentos de advogados, aceitando deixar recuar os limites dentro dos quais a sua honra e consideração devem ser tuteladas pelo direito (penal ou disciplinar). Assim deve ser, em nome da liberdade de expressão e actuação no exercício do patrocínio e do mandato forense, a qual só pode ser garantida se for afastado o receio da perseguição sancionatória: sem isso, não há advocacia livre e independente nem administração da justiça adequada ao Estado de Direito Democrático.

3. Têm dignidade constitucional o direito ao patrocínio e ao acompanhamento por advogado (artº 20º/2 CREP), assim como a têm o próprio mandato e o patrocínio forenses (artº 208º), o que torna mais evidente e pressuposta a necessidade irrestrita de condições de actuação em inteira liberdade. Tanto a Constituição como a lei ordinária estipulam que a lei “assegura” aos advogados as imunidades necessárias ao exercício eficaz do mandato; imunidade que é “assegurada” pelo reconhecimento legal e garantia de efectivação do direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de actos conformes ao estatuto da profissão (artº 114º/1 e 3/b) da L 3/99, de 13-01).

4. Nos termos do artº 31º/2/b) CPen, o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída, nomeadamente, por tal facto ser praticado no exercício de um direito. Em terrenos como os da criação artística ou do debate político, há agressões típicas da honra que, não obstante, se tornam irrelevantes em nome da liberdade de expressão. Por maioria de razão e maior valor, o efeito justificativo tem de valer também em casos do domínio do exercício do mandato e do patrocínio forense, atentos os motivos referidos.

5. De facto, não é considerado ilícito o uso das expressões e imputações adequadas à defesa da causa (artºº 154º/3 CPC e 105º/1 EOA/2005) (justificação do facto em razão da defesa da causa).

Assim seria mesmo que fossem inverídicas as imputações ou afirmações em causa, hipótese em que vigora a relevância da prossecução de interesses legítimos a que fazem referência os artº 180º/2 e 181º/2 do CPen: é eficaz a presunção derivada da dignidade

constitucional do patrocínio e do mandato forense reforçada pela presença da actuação de boa-fé.

6. Esta remissão para a boa-fé é conestada pelo nº 20 dos Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados aprovada pela Assembleia da ONU e que diz: “Os advogados gozam de imunidade civil e penal por todas as afirmações pertinentes feitas de boa-fé, por escrito ou em alegações orais ou no âmbito das suas intervenções profissionais perante um tribunal judicial ou outro ou uma autoridade administrativa”. Visa assegurar aos advogados a representação dos seus clientes ou a defesa das suas causas sem qualquer receio de repressão ou perseguição, sendo evidente que a lei portuguesa se conforma com esta disposição e a intenção subjacente; e ela suporta a melhor interpretação das normas deontológicas apreciadas e está conforme com a circunstância de o princípio da boa-fé atravessar todo o nosso ordenamento jurídico de forma estruturante”.

Constitui igualmente dever do advogado para com a comunidade protestar contra as violações dos direitos humanos e combater as arbitrariedades de que tiver conhecimento no exercício da profissão²⁸, pelo que lhe é exigível combatividade e coragem, física e moral. Mas, atendendo ao facto de os litígios não serem dos juízes nem dos advogados, deverão estes últimos, tal como os primeiros, evitar alusões pessoais e deprimentes^{29 30}.

O dever de urbanidade, traduzido na cortesia e educação mínima exigível, tem feito parte da boa tradição do relacionamento dos profissionais do foro, bebendo muito do seu conteúdo nos usos profissionais³¹ e nas regras consuetudinárias³². É um dever do advogado para com a sua

²⁸ Art. 78.º e) do antigo E.O.A e art. 85.º, n.º 1, do novo Estatuto.

²⁹ Os arts. n.ºs 181.º, 184.º e 132.º n.º 2 j) (este último *ex vi* anterior), todos do actual C. Penal, aprovado pelo dec. lei n.º 400/82 de 23/9, e alterado pelo dec. lei n.º 48/95 de 15/3 e pela lei n.º 65/98 de 2/9, tipificam a prática do crime de injúria sob a forma agravada, quando praticado contra magistrado, advogado, etc., no exercício das suas funções ou por causa delas.

³⁰ “O advogado deve, mantendo embora o respeito e cortesia devidos ao tribunal, defender os interesses do seu cliente com pundonor e da forma que considerar mais adequada, dentro dos limites da lei” – Art. 4.3 do C.C.B.E.

³¹ P. ex., o advogado deve comunicar ao tribunal e ao colega a falta previsível ao julgamento. Todavia, em Processo Penal, o regime de faltas é diferente do Processo Civil. Naquele, a falta injustificada pode envolver responsabilidade disciplinar, o que se tem entendido existir, se a falta à diligência coenvolver uma situação desrespeitosa para com o magistrado – cfr. art. 116.º n.º 3 do C.P.P. No 1.º Congresso Extraordinário da Ordem, foi aprovada a seguinte conclusão: “Deve, por via legislativa ser esclarecido sem margem para dúvidas, que o advogado faltoso não será condenado nas custas de adiamento, sem prejuízo de que o Advogado deva, por urbanidade, informar o Magistrado dos motivos que determinam a sua falta”.

³² Algumas regras podem ser fundadamente alvo de críticas, como é o caso de a bancada dos advogados se encontrar num plano inferior à dos magistrados. Tal infraposicionamento pode ser um claro índice de uma visão redutora do papel desempenhado pelo advogado na “máquina judiciária”.

Ordem observá-los³³. Como exemplos, podem referir-se, entre advogados, o não aproveitamento de uma falta técnica de um colega; a obrigatoriedade de devolução de documentos e objectos facultados para exame ou acordo extrajudicial; o uso do traje profissional e a exclusividade de exercício da profissão.

Representa um princípio ético universal, aquele que exige do advogado uma correcção exemplar no relacionamento para com todos (Colegas, Magistrados, Clientes, Funcionários dos Tribunais e de todas as repartições públicas, etc.), sem distinção do destinatário³⁴. Este *modus faciendi* é imprescindível para que se possa cumprir a máxima latina: “*Est corpus Advocatorum seminarium dignitatum*”³⁵.

No exercício da profissão³⁶ o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os outros advogados, magistrados, funcionários das secretarias, peritos, intérpretes, testemunhas e outros intervenientes nos processos”³⁷.

O Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela lei n.º 21/85, de 30 de Julho (com a última alteração operada pela Lei n.º 42/2005, de 29 de Agosto), não contém um corpo explícito de regras deontológicas a que os juízes devam obediência³⁸. A explicação para este facto reside, segundo um certo entendimento, na constatação de que a moral da profissão tem tantas e tão variadas exigências que defini-las num texto legal seria tarefa impossível³⁹, ou até mesmo inconveniente. Pecaria por excesso ou por defeito, ou não lhe daria expressão adequada⁴⁰.

³³ Cfr. art. 3.º n.º 1 C. Civil.

³⁴ “Para se conduzir condignamente, o defensor não tem senão de seguir a sua própria consciência, os conselhos dos seus colegas mais reputados e as regras da educação moral. No bom sentido, a prudência, a discrição, a retidão, o civismo são coisas que não se podem ensinar através de um catálogo de preceitos ou com a casuística” – Tratado de Diritto Processuale Penale, II, Torino, 1968, 533 – Manzini.

³⁵ “O corpo dos advogados é um seminário de dignidade” – Dicionário de Adágios e Provérbios Jurídicos, vol. I, 171 – Sr. Juiz Conselheiro Dr. Simões Correia.

³⁶ E também fora dela. Mas, neste caso: “Os actos da vida privada do advogado só podem provocar a reacção do poder disciplinar da Ordem quando forem escandalosos, impliquem a desconsideração pública, enodoem o carácter de quem os pratique e sejam susceptíveis de lesar o bom nome da Ordem” – Ac. CS de 15/11/62, R.O.A, 23, 182.

³⁷ “Os advogados não podem ser anjos e muito menos deuses, mas podem e devem ser pessoas íntegras, conscientes, aprumadas, com devoção pelas causas que patrocinam para delas cuidarem como se fossem próprias” – Ac. Conselho Superior de 17/10/68, R.O.A, 29, 171.

³⁸ O anterior Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela lei n.º 85/77 de 13 de Dezembro, não continha, igualmente, quaisquer normas reguladoras de regras deontológicas aplicáveis aos magistrados judiciais.

³⁹ “A deontologia do Juízes”, comunicação feita aos Juízes Estagiários de Lisboa pelo Sr. Juiz Conselheiro Dr. Eduardo Arala Chaves.

⁴⁰ “A deontologia da profissão de juiz decorre da própria experiência dessa profissão e da consciência e sensibilidade dos homens que a exercem” – Sr. Juiz Conselheiro Dr. Eduardo Arala Chaves, ob. cit.

Do juiz requer-se honestidade sem mácula, serenidade, imparcialidade total e, sobretudo, bom senso. Este último requisito, começa pelo decoro e pela dignidade assumidas na vida pública e na vida particular. Esta característica é pedra angular do relacionamento que os juízes devem observar com outras entidades, sejam elas advogados, magistrados do Ministério Público, partes, funcionários judiciais, testemunhas, etc.. Frequentemente, os analistas da vida judiciária relegam o saber para o quarto ou quinto lugar, entre as virtudes desejáveis no juiz. Com o natural exagero desta última observação, sempre se dirá que o mérito da honestidade pessoal e profissional, imparcialidade, coragem, compostura e bom senso, constituem premissas louváveis num magistrado judicial.

A observância destes predicados, constituirá o magistrado em exemplo desejável, numa sociedade cuja imperfeição decorre precisamente da necessidade de ele intervir para dirimir um litígio. Por outro lado, o magistrado terá a sua missão facilitada, porque mais facilmente verá aceite a autoridade natural do seu cargo.

Os magistrados do Ministério Público encontram a sua actividade regulada pelo Estatuto do Ministério Público⁴¹. A magistratura do Ministério Público é autónoma, caracterizando-se pela vinculação a critérios de legalidade e objectividade.

Estes magistrados estão exclusivamente sujeitos às directivas, ordens e instruções previstas no seu Estatuto⁴², e estão subordinados hierarquicamente⁴³. Não resulta explicitamente daquele Estatuto, qualquer norma que se refira expressamente ao relacionamento destes magistrados com os outros operadores judiciários, nomeadamente advogados e magistrados judiciais. Sempre se dirá, contudo, que os magistrados do Ministério Público, tal como os juízes, são disciplinarmente responsáveis⁴⁴ pelos factos praticados com violação dos deveres profissionais, e pelos actos ou omissões da sua vida privada, ou que nela se repercutem. Aqueles actos que se consideram incompatíveis com o decoro e a dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções⁴⁵. O que pressupõe, entre outras coisas, uma actuação profissional respeitada, mas também respeitadora dos outros agentes judiciários (advogados, juízes e funcionários judiciais), das partes e testemunhas.

⁴¹ A Lei Orgânica do Ministério Público foi introduzida pela Lei n.º 47/86 de 15/10 e tem sofrido várias alterações, sendo a última a operada pela Lei n.º 42/2005, de 29 de Agosto. Com a alteração efectuada pela Lei n.º 60/98 de 27/8, nomeadamente pelo art.º 2 do diploma preambular, passou a designar-se Estatuto do Ministério Público.

⁴² Art. 2.º do E.M.P.

⁴³ Art. 76.º do E.M.P.

⁴⁴ Art. 162.º do E.M.P.

⁴⁵ Art. 163.º do E.M.P.

Se a infracção implicar a quebra do prestígio exigível ao magistrado, para que possa manter-se no meio em que exerce funções, é-lhe aplicável uma pena de transferência⁴⁶. Se o magistrado revelar falta de honestidade, grave insubordinação ou tiver uma conduta imoral ou desonrosa, pode ser alvo de uma pena de aposentação compulsiva e de demissão⁴⁷. Isto para além, obviamente, da possibilidade de poder responder criminalmente, na eventualidade de uma conduta tipificadora da prática de um ilícito penal.

Os magistrados judiciais são titulares de órgãos de soberania, os tribunais^{48 49}. Dadas as suas funções, é-lhes devida a consideração inerente à dignidade do cargo que desempenham.

Individualmente, a grande maioria, merece apoio e louvor pelo trabalho que desenvolve, já porque, no tempo que corre, são titulares de um elevado número de processos⁵⁰, atendendo ao aumento exponencial da litigiosidade, num ritmo sem paralelo com os demais países da União Europeia, já porque, quase sempre trabalham em condições estruturais deficientes e, não raro, desumanas. Neste último aspecto se incluem as limitações de espaço, que impedem o conforto mínimo exigível à dignidade do cargo, situação que se resume, muitas vezes, na falta de idoneidade do edifício em que o tribunal funciona.

Como refere o Sr. Prof. Boaventura Sousa Santos: “A produtividade dos magistrados e funcionários é naturalmente superior quando dispõem de melhores condições de trabalho, isto é, quando não existe falta de espaço, mobiliário ou equipamento”⁵¹.

Os advogados, colaboradores⁵² efectivos na administração da justiça⁵³, são igualmente merecedores de consideração e tratamento com dignidade, dada a relevante função de interesse público que desempenham. Já Ossorio y Gallardo dizia que “no Tribunal não deve o advogado consentir ser menos do que os magistrados”.

⁴⁶ Art. 182.º do E.M.P.

⁴⁷ Art. 184.º n.º1 b) do E.M.P.

⁴⁸ Art. 202.º da C.R.P.

⁴⁹ O Sr. Dr. António Garcia Pereira entende que: “o juiz nem é o Tribunal, nem é o órgão de soberania; ele é, isso sim, um serventuário desse órgão de soberania” – As Relações da Advocacia com as Magistraturas – Basta de Aviltamento!. Comunicação apresentada ao III Congresso da Ordem dos Advogados Portugueses.

⁵⁰ Os funcionários judiciais também são chamados a um esforço acrescido, trabalhando muitas vezes para além do horário normal do expediente. Neste sentido, o dec. Lei n.º 485/99 de 10/11 veio atribuir ao pessoal oficial de justiça um suplemento para compensação do trabalho de recuperação dos atrasos processuais.

⁵¹ “Os Tribunais nas Sociedades contemporâneas – o caso português” – trabalho solicitado pelo C.E.J – pág 436.

⁵² “Não têm os juízes melhores colaboradores do que os advogados” – Justiça Portuguesa, ano 25, 37. – Sr. Conselheiro Dr. Renato Gonçalves Pereira.

⁵³ Art. 6.º n.º 1 da lei n.º 3/99 de 13 de Janeiro: “Os advogados participam na administração da justiça, competindo-lhes, de forma exclusiva e com as excepções previstas na lei, exercer o patrocínio das partes”.

Em regra, os advogados exercem com seriedade e competência o *munus* de que estão incumbidos, que é a defesa do seu constituinte. Também eles sofrem com as deficiências e imperfeições atrás referidas. O elevado número de processos origina decisões tardias, que muitas vezes, por esse motivo, são injustas, quer porque o cliente já faleceu, sem que tivesse visto fazer-se justiça, quer porque a brevidade era imprescindível à salvaguarda do direito reclamado. Como escreveu o advogado honorário Dr. Mário de Castro: “Injustiça humana: uma coisa que balbucia com a criança e é por vezes a última palavra do moribundo”⁵⁴.

E a verdade é que o acesso aos tribunais é um direito fundamental dos cidadãos, para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos⁵⁵, sendo certo que incumbe àqueles assegurar a defesa destes direitos e interesses⁵⁶.

A árdua tarefa de explicar às pessoas o porquê da imperfeição de um sistema que, por vezes, tolhe os seus direitos, são ossos de ofício do advogado⁵⁷. Por isso já se escreveu que: “A advocacia de dia é escravidão, de noite é pesadelo”⁵⁸. “O advogado é uma espécie de confessor”⁵⁹, no qual o cidadão comum deposita a esperança de ver a sua pretensão ter vencimento. Todavia, frequentemente, a final, tem pleno cabimento a constatação: “Rematada solidão a do Advogado quando, com toda a ingratidão deste mundo, o cliente conclui o já proverbial: “ganhei porque tinha razão; perdi porque o advogado foi incompetente””⁶⁰. É que, como constatou o Sr. Dr. Carlos Candal: “Portugal é, de facto, um país onde a falta de civismo e a ingratidão desde há muito vem caracterizando o grosso da clientela forense (...) pela inclinação de as pessoas quererem esquecer quem as protegeu e foi testemunha dos seus prejuízos e dos seus erros”⁶¹.

Alguns magistrados, justiça seja feita, conseguem ter a percepção dos espinhos a que a advocacia está sujeita. Neste sentido, escreveu o Sr. Corregedor Dr. Armando Simões Pereira: “Depois, a ingratidão dos clientes! Quantas vezes horas e horas de trabalho e de estudo, horas

⁵⁴ “Uma questão académica na Faculdade de Direito de Lisboa”, 8, 1925.

⁵⁵ Art. 20.º da C.R.P.

⁵⁶ Art. 202.º n.º 2 da C.R.P.

⁵⁷ “Só o advogado conhece, verdadeiramente, o longo e tormentoso Rio Meandro da Justiça, porque só ele tem acesso aos escaninhos ocultos onde fervem os dramas, paixões e sentimentos dos seus figurantes. Por vezes, é mesmo o único interveniente da lide a tocar a verdade e a saber que ela lhe pode fugir qual pássaro migrante” – “Ossos do Ofício”, Fora do Texto, Coimbra 1990 – António Arnaut.

⁵⁸ “Advocacia – nobre profissão” – José Gualberto de Oliveira, citado em “Advogados-Elogio e Crítica”, Almedina, 1984.

⁵⁹ “Do sigilo Profissional”, 1939, 11 – Dr. António José Lima.

⁶⁰ “A responsabilidade civil dos advogados” – Dr. Rui Delgado.

⁶¹ “Advocacia, honorários, tabelas, etc.” – Comunicação apresentada ao I Congresso Nacional dos Advogados, separata, 1973, 7 e 9 – R.O.A, 33, 345.

amargas de ansiedade e de luta, são pagas com indiferença, ou até com a calúnia”. Também o Sr. Conselheiro Dr. José Martins da Fonseca reconheceu⁶²: “Que dificuldades tem de ter o Advogado para, de um amontoado de factos desconexos que lhe são apresentados, transformá-los num articulado, para evitar que se justifique a máxima, já muito antiga: “arrazoe quem quiser, articule quem souber””.

Por vezes, os magistrados procuram “despachar” um elevado número de processos no mais curto espaço de tempo, o que, não raro, origina decisões injustas, porque precipitadas⁶³. Nestes casos, o recurso da decisão pode ser a solução, mas nem sempre o recurso é possível...

A marcação de inúmeras diligências judiciais para o mesmo dia, obriga os advogados a esperas injustificáveis, altamente penalizadoras para o serviço normal do seu escritório. As deficiências da organização judiciária, conjugadas com a inadequação da lei processual à realidade hodierna, contribuem para os constantes e recíprocos mal-entendidos existentes entre advogados e magistrados.

A evolução natural da sociedade, nomeadamente as novas tecnologias de informação, a “aldeia global” em que se vem transformando o mundo, não foi acompanhada pela evolução do direito e dos seus processos de aplicação. Os mecanismos jurídico-processuais existentes, construídos no início do séc. XX, poucas alterações sofreram.

Os modernos conflitos que os tribunais são chamados a resolver, o mais das vezes motivados pela feroz competição económica em que mergulhamos, dificultam a concreta aplicação do direito. Uma sentença pressupõe estudo, reflexão, maturação, tendo em vista a obtenção da solução mais justa. A rapidez na resolução de um litígio não pode prejudicar a justeza e correcção da decisão pretendida.

Muitas vezes, os magistrados são chamados a pronunciar-se sobre requerimentos de relevância secundária⁶⁴, em prejuízo da sua função primordial, que é a solução da lide.

Alguns dos processos que correm em tribunal, não têm dignidade nem justificação para serem submetidos à apreciação de um juiz de direito. Resultam de pequenas rivalidades privadas e mesquinhas, os chamados “conflitos de vizinhança”, que poderiam perfeitamente ser

⁶² “Relacionamento entre Magistrados e Advogados”. – Conferência proferida no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados, em 24/4/85.

⁶³ “Os juízes são homens, e por isso sujeitos a todas as fraquezas e fragilidades da argila humana” – No campo da justiça, 67 – Sr. Juiz Conselheiro Dr. Pinto Osório.

⁶⁴ A Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais, lei n.º 3/99 de 13 de Janeiro, criou a figura do Assessor, que se destina a coadjuvar os magistrados judiciais e do Ministério Público, no S.T.J., Relações e nos tribunais de 1.ª instância, quando o volume ou complexidade de serviço o justifique. Vide art. 14.º da L.O.T.J.

resolvidos extrajudicialmente. Uma boa solução é o recurso a Centros de Arbitragem⁶⁵. Neste particular, os advogados têm um papel importante a desempenhar. Devem aconselhar os clientes a resolver os pequenos problemas (grandes para os clientes) de uma forma amigável⁶⁶, ou encaminhá-los para o recurso à arbitragem. Por esta forma, conseguir-se-ia “desentupir” os tribunais de muitas acções perfeitamente evitáveis.

Quando Ennecerus – Lehmann referem que “O Estado não tem por missão satisfazer simples caprichos, nem forçar aqueles actos de carácter puramente religioso, moral ou de cortesia, que, segundo a concepção nacional, estão subtraídos ao direito”⁶⁷, deve acrescentar-se todos aqueles litígios que visivelmente se podem resolver, logo à nascença, com um acordo justo e equitativo para ambas as partes.

A tão apregoada morosidade da justiça, como observa o Sr. Dr. António Osório de Castro⁶⁸, resulta “da sobrecarga de serviço imposto aos tribunais. Sobrecarga devida, em parte, à própria crise moral e económica com que nos defrontamos; a falta de magistrados nas várias instâncias; a carência de funcionários bem preparados, de instalações condignas, de uma gestão judicial moderna, com recurso a meios informáticos utilizados com êxito noutros países mais evoluídos; leis processuais impregnadas de formalismo, de “actos inúteis” (...). Arriscamos acrescentar, a falta de vontade do Estado em investir economicamente na Justiça, o sector mais importante num Estado de Direito Democrático. Basta atentar na parcela do Orçamento Geral do Estado destinada ao Ministério da Justiça, bastante inferior à de outros Ministérios.

No reverso, verifica-se que a justiça é cara. O cidadão que precisa de recorrer ao tribunal para ver efectivados os seus direitos, é onerado com pesadas taxas de justiça e custas processuais. Muitas vezes, o valor do crédito não compensa o accionamento dos mecanismos legais para o recuperar, atendendo ao montante das taxas a pagar, acrescidas dos justos honorários devidos ao mandatário.

Pergunta-se, com razão, isto é justiça? Não. Mas é direito, porque encontra consagração legal.

⁶⁵ A lei n.º 31/86 de 29/8 regula a arbitragem voluntária. No art. 1.º n.º 1, prescreve: “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”

⁶⁶ O advogado não deve estimular o *animus litigandi* do constituinte, deve exercer uma advocacia preventiva. Ele deve ser também um mediador de conflitos, promovendo toda a composição que ache justa e equitativa – art. 83.º n.º 1 f) do E.O.A.

⁶⁷ Parág. 225, II, 2.

⁶⁸ “A Crise da Justiça e as Relações entre Magistrados e Advogados”. Palavras proferidas antes da Conferência no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados, em 24/8/85, pelo Sr. Juiz Conselheiro Dr. José Martins da Fonseca.

Como escreveu o Ilustre Prof. Castro Mendes: “Que uma soma de dinheiro exigida pelo próprio Estado se interponha entre o cidadão e a justiça, representa uma imoralidade”⁶⁹. Tanto mais que a justiça, nas palavras autorizadas do Sr. Conselheiro Pinto Osório: “é a ideia mais pura, mais nobre, mais alta, mais sublime e mais santa, depois da Ideia de Deus”⁷⁰.

Apesar do eventual descontentamento dos clientes, está fora de questão que o advogado deve empregar todos os esforços a fim de evitar que o seu cliente exerça quaisquer represálias contra o adversário e seja menos correcto para com os advogados da parte contrária, juízes ou quaisquer outros intervenientes no processo⁷¹.

Nos últimos anos, novas áreas reclamam a tutela do direito. O ambiente, a saúde, o desporto profissional, a utilização da informática, o mercado de valores mobiliários, entre outros sectores, exigem regulamentação jurídica. A produção legislativa é abundante, excessiva mesmo.

Advogados e magistrados encontram dificuldades, por limitação de tempo, em acompanhar este constante devir. Algumas questões exigem conhecimentos técnicos aprofundados, o recurso à peritagem é constante, surgem dificuldades de entendimento, nem sempre ultrapassáveis, que dificultam o relacionamento entre os profissionais do foro.

O respeito devido à magistratura tem que ser conciliado com o respeito devido à defesa dos direitos^{72 73} das partes, defesa que é um dever essencial dos advogados, que para o cumprirem necessitam de liberdade^{74 75}. E esta liberdade de expressão dos advogados impõe-se em qualquer sociedade em que os direitos do homem são formalmente consagrados. Por isso, bem referiu a Exma. Bastonária da Ordem, Sr.^a Dr.^a Maria de Jesus Serra Lopes: “onde falta o Advogado pode haver direito; dificilmente haverá justiça”⁷⁶. Neste preciso sentido, pode dizer-se que “O advogado não se pode calar”⁷⁷ quando o exigir o pleno exercício do mandato. “A palavra

⁶⁹ “O Direito e a acção judicial”, 1969, 209.

⁷⁰ “No campo da justiça”, X.

⁷¹ Art. 105.º, n.º 2, do E.O.A.

⁷² “IL n’ y pas possibilité de defendre sans attaquer” – decisão da Corte de Cassação de Paris.

⁷³ “Pedir ao tribunal que acate uma sentença transitada e ponha termo a erro cometido na indevida apreensão de bens – que veio a levantar-se 4 anos depois de pedido esse levantamento – não pode constituir, em tais circunstâncias, falta de respeito ou injúria ao magistrado. Donde a inexistência de qualquer falta disciplinar” – Ac. Conselho Superior de 19/5/1989, R.O.A, 49, 676.

⁷⁴ “É como se um dos duelistas pudesse usar da sua espada, livre, porem, do golpe do outro” – Advogado Cartier, defendendo um conhecido advogado e político francês, Viviani, acusado de desrespeito a juiz.

⁷⁵ “Somos instituídos para dizer tudo o que é útil ao bom direito, tudo o que é hostil à opressão, tudo o que é favorável ao fraco e ao oprimido contra o forte, o poderoso e o opressor: tudo e não metade. Assim é o dever do advogado” – Lionville, Paillet ou L’ Avocat.

⁷⁶ Editorial do B.O.A, 2, 90.

⁷⁷ “Elogio da Profissão de Advogado” – Dr. João Neves da Fontoura, in R.O.A, 11, 8.

para o advogado é uma ferramenta”⁷⁸ e “não há Estado democrático se não existir advocacia livre e independente”⁷⁹.

Verificando-se interesses contraditórios, a defesa dos mesmos não se coaduna, obviamente, com uma actividade estática, passiva ou apática por parte dos advogados. Como decidiu o Acórdão do Conselho Superior da Ordem, de 23 de Janeiro de 1976⁸⁰, “A lide forense não se compadece com punhos de renda, é quase sempre uma luta viril e áspera”. Ser advogado, como disse o Sr. Prof. Adelino de Palma Carlos, é: “ter o poder de profligar todos os abusos; de afrontar todas as violências; de denunciar todos os crimes”⁸¹.

A consagração expressa da liberdade plena de expressão dos advogados no exercício da sua função, à semelhança do que sucede, p. ex. no Brasil⁸² ou em França⁸³, não encontra entre nós consagração legislativa⁸⁴. É certo que uma actuação mais acutilante do advogado, poderá abrigar-se no art.º 180.º n.º 2 do actual Código Penal⁸⁵. Aí se refere que, se a imputação de factos que consubstanciam a prática de um crime de difamação se destinar a realizar interesses legítimos, a conduta não é punível.

Anteriormente à entrada em vigor do actual Código Penal, aprovado pelo dec. lei n.º 400/82 de 23 de Setembro, existia uma disposição legal avulsa, o dec. lei n.º 65/84 de 24 de Fevereiro, que atribuía a natureza de crimes públicos a crimes de difamação, injúria e outras ofensas contra órgãos de soberania e respectivos membros^{86 87}. A *ratio* daquele diploma

⁷⁸ “EL abogado – Alma y Figura de la Toga”, 1956, 45 – Martinez Val.

⁷⁹ Dr. António Garcia Pereira, ob. cit.

⁸⁰ R.O.A, 37, 275.

⁸¹ Cit. Dr. A. Garcia Pereira, ob. cit.

⁸² “Nenhum receio de desagradar a juiz, ou de incorrer em impopularidade deterá o advogado no cumprimento dos seus deveres” – N.º II da Secção III, do Código de Ética dos Advogados Brasileiros, adoptado no Brasil em 1934.

⁸³ “L’avocat bénéficie de l’immunité dite de la défense prévu par l’article 41 de la loi du 29 juillet 1981 qui lui donne une totale liberté de parole sous la double réserve prévue par le même texte des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires d’une part et des propôs diffamatoires étrangers à la cause d’autre part” – L’Avocat et Ses Interlocuteurs.

⁸⁴ “Assinale-se que o nosso legislador se tem preocupado em delimitar a conduta do Advogado no patrocínio da causa de que está incumbido (nas intervenções orais e escritas, no tempo destas, etc.), bem como a conduta e relacionamento para com os juízes; mas o mesmo legislador ignora quase em absoluto a desejável reciprocidade destes para com aquele” – Ac. Conselho Superior de 19/5/1989, R.O.A, 49, 676.

⁸⁵ Art. 180.º n.º 2 do C. Penal: “A conduta não é punível quando: a) “A imputação for feita para realizar interesses legítimos”.

⁸⁶ Este dec. lei foi expressamente revogado pela alínea c) do n.º 2 do art. 2.º do decreto preambular do actual C. Penal.

assentava no facto de a legislação penal de então, fazer depender de queixa o procedimento criminal por ofensas contra a honra e a consideração de membros ou órgãos de soberania, o que se considerava não assegurar eficazmente a protecção do respeito devido àquelas entidades. A partir da entrada em vigor do C.

Penal de 1982, passou a atribuir-se a natureza pública⁸⁸ à prática daquele crime, que passou a estar tipificado no próprio C. Penal.

A liberdade de expressão, não pode significar ofensa da honra e consideração da outra parte, testemunhas, ou do próprio juiz. Na Sentença de 24 de Junho de 1991 do Juiz da 2.ª Secção, do 4.º Juízo Correccional da Comarca de Lisboa foi decidido: “Ao enviar-se uma queixa ao Conselho Superior da Magistratura em que se afirma, sem fundamento, que um juiz de direito agiu e decidiu de forma não isenta, está-se inequivocamente a ofender a honra e consideração deste, já que a isenção do julgador é um requisito que em caso algum pode ser posto em dúvida, pois é nuclear no seu desempenho profissional, sem ela não é possível fazer justiça, e é exactamente esta a função do juiz”.

A Jurisprudência da Ordem dos Advogados entende que: “Em caso de participação por injúrias ou difamação, entre advogados ou entre advogados e magistrados, o processo deve ser arquivado se forem dadas explicações e o ofendido as aceitar como suficientes”⁸⁹. De todo o modo, ainda pode “a ilicitude ser excluída em casos em que é visível a não intenção de injuriar, como sucede, por exemplo, quando há apenas o *animus jocandi*”⁹⁰.

No caso da actuação profissional do advogado, dever-se-ia presumir o *animus defendendi*. O Prof. José Alberto dos Reis escreveu que : “Para cumprir a sua alta missão com êxito e denodo, o advogado precisa de ter a palavra e a mão inteiramente livres”⁹¹.

É preciso que o juiz tenha a consciência de que, em julgamento, maxime na fase de alegações, “o discurso é como uma ânfora destapada cujo perfume se evapora” e que “mesmo no processo escrito, há momentos em que toda a prudência se esgota, e a mão que escreve voa como a palavra que fala”⁹².

⁸⁷ Rezava assim o art. 1.º do dec. lei n.º 65/84 : “Quem verbalmente por gestos ou por qualquer outro meio de expressão injuriar ou ultrajar (...) magistrado em reunião ou ajuntamento públicos, na presença da pessoa injuriada ou ultrajada, encontrando-se esta em exercício de funções e desse modo faltando ao respeito devido á função ou pondo em perigo o prestígio da mesma, será punido com pena de prisão até 2 anos e multa de 50 a 100 dias”.

⁸⁸ Art. 188.º n.º 1 a) do C. Penal.

⁸⁹ Ac. Conselho Superior de 22/5/1985, R.O.A, 45, 940.

⁹⁰ Ac. S.T.J de 27/11/91, B.M.J, 411, 291.

⁹¹ Rev. de Leg. e Jurisp., 59, 230 e ss.

⁹² “O respeito à Magistratura e o respeito à liberdade de Defesa”. – Sr. Dr. M. J. Azevedo Marques, antigo Presidente da secção de São Paulo da Ordem dos Advogados, in Jornal do Fôro, ano 34, 1970, 78.

No Manifesto de Bruxelas, aprovado em 30 de Janeiro de 1971, resultou a Proclamação da Union Internacionale des Avocats, na qual se refere: “Está bem que se enunciem princípios, mas defendê-los é uma imperiosa necessidade. Quem pode defender no mundo, a vida, a liberdade, a segurança de cada pessoa? Quem pode proteger o homem contra todas as incriminações? Quem pode sustentar os seus direitos mesmo contra as jurisdições? É o advogado que recebeu a missão de defender”⁹³.

Não existe no actual panorama legislativo português, uma norma como a do art. 647.º n.º 3 do anterior Estatuto Judiciário, no qual a regulamentação jurídica da Ordem dos Advogados se encontrava inserida. Esse normativo dispunha assim: “As palavras proferidos ou escritas pelo Advogado no desempenho do seu ministério, não dão lugar a procedimento criminal, excepto se envolverem ofensa contra a lei, as instituições vigentes ou quaisquer pessoas. Se, porém, a imputação difamatória ou injuriosa dever razoavelmente julgar-se necessária para a justa defesa da causa, será legítimo fazê-la; mas deve o advogado procurar, pelos meios ao seu alcance, averiguar previamente da veracidade da imputação”.

A inserção legal de uma norma com conteúdo idêntico àquele artigo do velho Estatuto Judiciário, ajudaria a resolver o problema dos inúmeros processos-crime e processos disciplinares que pendem sobre advogados, nos tribunais e na Ordem⁹⁴. É que, como observa Maurice Garçon, “A profissão do advogado é uma luta permanente: luta para defender uma pessoa ou um direito, luta para fazer respeitar um princípio, luta para obstar a um arbítrio, luta para desmascarar uma impostura, luta por vezes, para atacar um potentado que abusa do seu poderio”.

O 1.º Congresso Extraordinário dos Advogados Portugueses aprovou a seguinte conclusão: “É indispensável que a Constituição da República se refira expressamente aos Advogados e à Ordem dos Advogados por forma a que da disciplina constitucional do órgão de soberania “Tribunais” conste o travejamento da ordenação jurídica da função da Advocacia, o qual deveria ser conformado no sentido de considerar a Advocacia uma instituição de igual dignidade, face à realização da justiça, relativamente à Magistratura Judicial e do Ministério Público”. É manifestamente insuficiente a caracterização do papel do Advogado na Administração da Justiça, decorrente da lei ordinária.

⁹³ R.O.A, 32, 317.

⁹⁴ Na opinião do Sr. Dr. António Garcia Pereira, ob. cit., “A Ordem e os Advogados têm de lutar para impôr a consagração dessa “impunidade forense” que ponha ponto final à perseguição promovida através da permanente ameaça (e, mesmo, da sua concretização) do processo disciplinar e processo-crime contra aqueles que mais vivamente se erguem na defesa dos interesses que representam ou que mais veementemente denunciam os arbítrios do Poder”.

O Código de Processo Civil, no art. 154.º n.º 3, enuncia que: “Não é considerado ilícito o uso das expressões e imputações indispensáveis à defesa da causa”⁹⁵. Sobre esta matéria, o aresto do S.T.J de 27 de Novembro de 1991 ditou o seguinte: “Alguns diplomas, tendo em conta a especialidade da advocacia e a sua elevada função na administração da justiça, concedem aos advogados o direito de agirem com grande independência e liberdade, admitindo mesmo a agressividade que se mostrar necessária no cumprimento do seu *munus*, tendo como não ofensivas as expressões e imputações que forem necessárias à defesa das causas que lhes estiverem confiadas (art. 154.º n.º 5 do C.P.C).

Porém, o tribunal, ao apreciar em concreto esses comportamentos mais vivos dos advogados, há-de esforçar-se por encontrar o justo equilíbrio entre os dois interesses em conflito: o interesse do respeito pelas instituições, as leis e o tribunal, e o interesse da salvaguarda do direito de defesa em causa”.

Como vem sendo dito, existe um dever legal de correcção que impende sobre os intervenientes no processo. Na última reforma substancial do Processo Civil, o legislador foi especialmente sensível a este facto, introduzindo uma disposição inovadora⁹⁶, o art. 266.º-B, que dispõe no seu n.º 1: “Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correcção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade”, e o n.º 2: “Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessárias ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições”.

Não se pode confundir o ataque pessoal ao prolator de uma decisão, com o ataque à própria decisão. Como referiu o Sr. Dr. Azevedo Marques⁹⁷: “Os magistrados tomam parte na luta judiciária, pois concedem a um e negam a outro, quer no curso do processo, quer na decisão final.

E notadamente nos recursos o ataque do recorrente é directo contra a decisão, mas nem por isso se deduz a intenção de ofender o seu prolator, ataque esse que é um direito de defesa. Será falso raciocínio pretender que o ataque à decisão seja ataque ao seu autor”.

Numa notável sentença, o juiz brasileiro Dr. Rafael Magalhães escreveu: “Nada mais humano do que a revolta de litigante derrotado. Seria uma tirania exigir que o vencido se referisse com meiguice e doçura ao acto judiciário e à pessoa do julgador que lhe desconheceu o

⁹⁵ Na redacção do C.P. Civil anterior às alterações operadas pelos decs. lei n.º 329-A/95 de 12/12 e 180/96 de 25/9, o art. 154.º n.º 5 dizia que: “Não se consideram ofensivas as expressões e imputações necessárias à defesa da causa”.

⁹⁶ O art. 266-B do C.P.Civil foi aditado pelo art. 2 do dec. lei n.º 329-A/95 de 12/12, sendo posteriormente alterado pelo art. 1.º do dec. lei n.º 180/96 de 25/9.

⁹⁷ Ob. cit..

direito. O protesto há-de ser por força em temperatura alta. O juiz é que tem de se revestir da couraça de insensibilidade necessária para não perder a calma e não cometer excessos”⁹⁸.

A correcta interpretação daquele aresto, vai no sentido de não personalizar o ataque à decisão proferida. Entre advogados também “ É, pois técnica e profissionalmente defeituoso personalizar as questões nos advogados que nelas intervêm. Péssimo sistema de advogar será esse!”⁹⁹.

O que vai dito, não pode é escudar-se na concepção de que os incidentes ou recursos suscitados pelos advogados são afrontas ou vexames para o juiz. Esta seria “a definição de um dado perfil de magistrado, responsável pela criação de autênticos novos «yuppies da Justiça», para quem o advogado é o inimigo a abater, que se deve tratar com pulso de ferro, que se deve “domar”, seja com a condenação nas custas de toda a espécie de incidentes, seja com as advertências e as retiradas da palavra, seja com as participações à Ordem”¹⁰⁰. “O juiz perde o seu nome de baptismo quando decide, perde a sua sensibilidade, não passa de uma abstracção. É uma nobre efigie”¹⁰¹.

Em geral, sobretudo os juízes mais velhos, têm uma concepção diferente das coisas, por isso o Sr. juiz conselheiro Dr. António Pinto Bastos afirmou: “Os advogados que se impõem aos olhos dos juízes são os advogados competentes, trabalhadores e correctos”¹⁰².

Com algum pessimismo à mistura, pode dizer-se que nos últimos anos o relacionamento entre as carreiras da Advocacia e da Magistratura tem sido cada vez mais difícil e algo controverso¹⁰³.

Discute-se uma crescente perda de prestígio da Advocacia em relação à Magistratura, originada pelo diferente grau de exigência no acesso às carreiras. Neste sentido, a concessão da Cédula Profissional de Advogado não obedeceria a uma exigência aceitável, que assegurasse os critérios de qualidade e rigor que devem estar presentes num advogado.

Esta posição, que vê a advocacia como um vazadouro das profissões jurídicas, será sempre discutível, uma vez que a Ordem dos Advogados promove um regime de Estágio que tem sido desenvolvido com grande seriedade, empenho e boa vontade de muitos dos seus membros, que

⁹⁸ Citado em Mário Magalhães de Sousa – O Advogado, 1935, 261.

⁹⁹ “As relações entre advogado”, R.O.A, 18, 399 – Dr. João Menéres de Campo.

¹⁰⁰ Dr. António Garcia Pereira, ob. cit.

¹⁰¹ Sr. Dr. Azevedo Marques, ob. cit..

¹⁰² “O Advogado visto pelo Juiz”, boletim da A.P.J.A, ano IV, n.ºs 15-16.

¹⁰³ “Hoje em dia, os advogados são encarados nos Tribunais, como autênticos “mercenários da toga”. Perdeu-se completamente o espírito de classe que unia, antigamente, a “Família Judicial” – “Relação da Advocacia com as Magistraturas” – Dr.ª Maria Paula Figueiredo, Comunicação apresentada ao III Congresso dos Advogados Portugueses.

em prejuízo dos seus próprios afazeres profissionais, anuem em partilhar com os advogados estagiários muito do seu saber e experiência, de vários anos de exercício de Advocacia. Para além disso, o próprio Estatuto da Ordem regulamenta o Estágio Profissional, no Capítulo II do Título II, com grande detalhe.

O problema é que, tal como sucede com os magistrados, não são suficientes os ensinamentos teóricos, mais ou menos profundos, que se adquirem na faculdade, no Centro de Formação da Ordem ou no Centro de Estudos Judiciários¹⁰⁴. Senão que, também aqueles que resultam do conhecimento que só a experiência de largos anos de exercício de Advocacia ou Magistratura, concedem ao seu titular.

Já em 1921, o Sr. Dr. Cunha e Costa referia que: “Profissão como a advocacia, não a há mais bela, mas nenhuma será, na sua ascensão, mais penosa”¹⁰⁵. E a dificuldade aumenta pelo facto de, se é verdade que: “O advogado digno desse nome e das suas tradições, tem, necessariamente, de ser, ao mesmo tempo, um jurista teórico e prático; e o jurista teórico não é, necessariamente, um advogado”¹⁰⁶, é também verdade que essa prática só se adquire com vários anos de profissão¹⁰⁷.

Constatação que também vale para os magistrados.

Maurice Garçon defendia que “a verdadeira reputação forja-se no tribunal”, segundo este entendimento, é justo que aqueles que se propõe exercer a advocacia ou a magistratura, tenham a oportunidade de, pelo menos, poderem demonstrar o seu valor. Desde que não o façam, evidentemente, à custa de erros que prejudiquem os direitos individuais dos cidadãos.

Advogados mais competentes, tal como magistrados mais competentes, sempre os houve e haverá. Mas o importante e exigível, é que ambos tenham o comportamento normal de um profissional honrado. O apego e a observância escrupulosos das regras deontológicas, aliadas a um honesto e profundo estudo dos assuntos que lhes são confiados, são os requisitos que formam um bom profissional em cada uma das áreas, distintas mas complementares¹⁰⁸. Não se

¹⁰⁴ “Durante o nosso Curso de Direito, explicaram-nos imensas coisas, desde o que é o dolo directo e eventual, teorias de Kelsen, (...) e tantíssimo mais. Mas a função social do Juiz e do Advogado, as atribuições das respectivas consciências, as suas múltiplas e heterogéneas obrigações, a coordenação dos seus deveres, tantas vezes antagónicos, tudo isso não nos foi ensinado”. – Conferência proferida no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados, em 24/4/85, pelo Sr. Conselheiro Dr. José Martins da Fonseca.

¹⁰⁵ “O perfeito Advogado e as leis de circunstância da República Portuguesa”, 1921, pág. 10.

¹⁰⁶ “O Conselheiro Martins de Carvalho”, 1958, 48. – Dr. Azeredo Perdigão.

¹⁰⁷ “Prescreve um mínimo de doze ou treze horas de trabalho diário para se chegar a ser, em vinte anos, um advogado razoável”. – André Damien falando de Camus (célebre advogado do séc. XVIII).

¹⁰⁸ “Vocação não é somente inclinação, é algo mais: decisão firme de se consagrar a uma determinação com todos os seus fervores, ainda que a troco dos maiores esforços, sem queixas e sem amarguras...” – Justiça. La novela de um abogado, 39. – Monge Bernal.

podem esquecer aqueles profissionais, que os seus inimigos são os mesmos: “A opressão, a intolerância dos poderosos, a corrupção, a mentira, a hipocrisia, a prepotência, a violência, a cobardia, a arbitrariedade dos poderes constituídos”¹⁰⁹.

É uma realidade que, como referiu o Sr. Bastonário Dr. Artur de Moraes Carvalho: “Quem se dispõe a ser advogado, deve contar antecipadamente com trabalho e estudo para toda a vida; a profissão neste ponto é implacável; e, quem não tiver o gosto do estudo, melhor é desde já se afeiçoe a outra carreira”¹¹⁰.

Estes atributos, são também importantes para a boa imagem que os agentes judiciários devem deixar transparecer para a Opinião Pública. Se a realização do direito não for serena e elevada, fica abalada a fé e a confiança que os cidadãos depositam na justiça humana. Como escreveu o grande advogado Piero Calamandrei¹¹¹, a actividade dos juízes, do Ministério Público e dos advogados obedece ao princípio dos líquidos em vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de um, sem baixar o nível dos outros. Por isso, aquele que maltrata o outro está a ofender-se a si próprio.

A sociedade em geral, e os meios de comunicação social em particular, não têm legitimidade nem se encontram aptos, por falta de conhecimentos técnicos, para criticar de mérito a actuação de advogados e magistrados. Mas se ambas as classes se envolverem em conflitos relacionais, comezinhos e infundados, muitas vezes fruto de equívocos e mal entendidos, então, os mass media, procurando a venda de “notícia barata”, serão tentados a desacreditar as Instituições e os seus titulares. Já no séc. XVIII William Shakespeare escrevia: “The first thing we do, let’s kill all the lawyers”¹¹². Ou então, como narrou Sá Coimbra: “Sempre que ia a Tribunal, o advogado Pissarro não deixava de entrar nos gabinetes de certos juízes. Tinha um rosto bonacheirão, animado por uns olhos grandes, castanhos, e uma boca farta e ruminante”¹¹³. Mais sério e incisivo Montaigne referiu: “Les avocats et les juges de notre temps trouvent à toutes causes assez de biais pour les accomoder où bon leur semble”¹¹⁴.

O comportamento que alguns advogados e magistrados, infelizmente, vêm apresentando no exercício da profissão que livremente escolheram, apresenta-se bastante censurável e pouco dignificante para ambas as classes e, em geral, para a visão da justiça aos olhos dos seus destinatários, que são todos os cidadãos sem excepção. Calamandrei referiu também que¹¹⁵:

¹⁰⁹ Sr. Conselheiro Dr. José Martins da Fonseca, ob. cit..

¹¹⁰ Comunicação aos estagiários em 1949. – ROA, 9, 3-4, 508.

¹¹¹ “Eles, os Juízes, vistos por nós, os advogados”, Clássica Editora, 8.ª Edição. – Tradução de Ary dos Santos.

¹¹² In, “Henrique VI”.

¹¹³ “A chancela” – Citado pelo Dr. Alberto Sousa Lamy.

¹¹⁴ In, “Advocats D’Europe”, Essais, Livre II, Chap. XII – Cit. Dr. Alberto Sousa Lamy.

¹¹⁵ Ob. cit., pág. 24.

“Para encontrar a justiça é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, só se manifesta àqueles que nela crêem”.

O juiz que, na tentativa de conciliação que precede o julgamento, força até à exaustão um acordo, para o efeito pressionando os advogados e ou as próprias partes, e na expectativa de evitar a produção da prova e conseqüente prolação da sentença, presta um mau serviço à justiça e ao direito. Porque a lei apenas lhe impõe o dever de tentar, e não forçar um acordo não querido pelas partes.

A magistrada do Ministério Público que provoca a suspensão de um julgamento, em processo crime e com réus presos, porque tem que ir buscar o filho ao infantário, presta um mau serviço à justiça e ao direito. Porque para aqueles homens ciosos de justiça o tempo é precioso, e a sua liberdade pode estar dependente de uma sentença que se espera célere.

O advogado que “entra num tribunal trazendo na sua pasta – em vez de boas e honradas razões – manigâncias secretas, solicitações ocultas, suspeitas sobre a corruptibilidade dos juízes e esperanças na sua parcialidade (...)”¹¹⁶, como referiu o Sr. Dr. Luís de Oliveira Guimarães¹¹⁷, pode, na verdade, acreditar na justiça, mas está a representá-la de olhos vendados, para que não a vejam chorar. Do mesmo passo, desconhece o seu Estatuto Profissional, que prescreve que o advogado não deve tentar influir de forma maliciosa ou censurável na resolução de pleitos judiciais ou outras questões pendentes em órgãos do Estado¹¹⁸. Desrespeita, igualmente, um dos deveres do advogado para com a comunidade, que consiste em não advogar contra lei expressa¹¹⁹, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou a descoberta da verdade”¹²⁰.

¹¹⁶ Piero Calamandrei, ob. cit..

¹¹⁷ “A arte de julgar”.

¹¹⁸ Esta proibição, extensiva a todos os expedientes desleais ou simplesmente maliciosos, justifica a posição assumida pelo legislador ao referir, como já acima se disse, que é especialmente vedado aos advogados enviar ou fazer enviar aos juízes quaisquer memoriais ou recorrer a processos desleais de defesa dos interesses das partes. Vide ainda art. 4.2 do C.C.B.E.

¹¹⁹ Note-se que, como já deixamos dito, se a lei for injusta ou iníqua, é obrigação do advogado investir contra ela. Por outro lado, é bom de ver que interpretação legal, diversa da dada pelo tribunal, não é advogar contra a lei.

¹²⁰ Art. 85.º, n.º 2, al. a), do E.O.A.. Quanto à possibilidade de condenação como litigante de má fé, vide arts.456.º e ss., maxime art. 459.º, todos do C.P.Civil. Este último normativo, da autoria do Prof. J. Alberto dos Reis, permite cumular a pena disciplinar à pena de multa.

Parafraseando o Sr. Conselheiro Dr. António Fernandez Rodrigues¹²¹ (Magistrado do Supremo Tribunal de Justiça de Espanha) podem resumir-se nas seguintes, as qualidades que devem presidir a magistrados e advogados: “bondade, prudência, inteireza, desinteresse, impassibilidade, desapaixonamento, diligência, clemência, convivência social, alto sentido profissional, independência e responsabilidade”.

Com a alteração do regime de acesso à Magistratura, nomeadamente com a criação do Centro de Estudos Judiciários (C.E.J), começaram a formar-se juizes muito novos. Os anteriores magistrados judiciais, que começavam por ser delegados do Ministério Público, e só posteriormente acediam à Magistratura Judicial, hoje na sua grande maioria juizes dos tribunais superiores, deram lugar a jovens magistrados, que povoam os tribunais de 1.ª instância, sobretudo os chamados tribunais de ingresso. Frequentemente, surgem desentendimentos entre esta nova classe de magistrados, e os advogados com larga prática do foro. Muitas vezes, a verdura dos anos, a falta de experiência prática, e a prepotência originada pelo fascínio do poder, é terreno fértil para o surgimento de conflitos mais ou menos graves.

Sufragamos inteiramente a opinião do Sr. Dr. João Correia, ao afirmar¹²²: “ Tanto o advogado como o juiz têm de ter uma consciência muito precisa do seu estatuto no tribunal. O juiz não é mais do que o advogado (...). O juiz não está acima das partes. Não existe nenhuma relação hierárquica entre magistrados e advogados. A visão hierárquica que uma pequena faixa da judicatura portuguesa tem sobre a advocacia é patológica (...). O problema é que os juizes nunca tiveram a experiência de ser parte num processo. Exercer outras profissões forenses devia ser condição *sine qua non* para ser juiz”.

Por outro lado, alguns advogados em início de carreira, carentes da mesma experiência, desesperam alguns juizes menos pacientes, que se esquecem que também eles um dia foram jovens e inexperientes. Desta forma surgindo variados desencontros e mal-entendidos.

De tudo resulta que: “A história de todas as ciências está abundantemente semeada de incertezas, de perturbações, de falsas interpretações, de juizes demasiadamente apressados”¹²³.

O advogado que, na penosa eminência de ter de promover qualquer diligência judicial contra magistrado, por comportamento que se lhe afigure ofensivo, comunicar por escrito ao visado aquela sua intenção, assim respeitando o seu Estatuto¹²⁴ Profissional, honra-se a si

¹²¹ “Juizes e Advogados e a antiga literatura espanhola” (Discurso), Scientia Iuridica, tomo XXXIII, n.ºs191/192, 331.

¹²² Entrevista à Revista Visão, Abril de 1997.

¹²³ “A mentira nos tribunais- Ensaio”, 2.ª edição, 11. – Luigi Battistelli.

¹²⁴ “O advogado, antes de promover quaisquer diligências judiciais contra outros advogados ou magistrados, comunicar-lhes-á por escrito a sua intenção, com as explicações que entenda necessárias, salvo tratando-se de diligências ou actos de natureza secreta ou urgente” – art. 91.º do E.O.A.. Também se deve incluir aqui, para

próprio. Desta forma, o magistrado, recordando que: “As nossas togas e as nossas becas são feitas com o mesmo tecido”¹²⁵, poderá reconsiderar humildemente o erro cometido, desta feita se evitando mais um conflito prejudicial para toda a família judicial.

Na verdade: “sem sensatez a vida nos tribunais será um cemitério, e com ela pode ser uma primavera”¹²⁶.

Póvoa de Varzim, 20 de Março de 2007

além da promoção de diligências, a contestação das mesmas e quaisquer diligências extrajudiciais. A *ratio* do comando, destina-se a evitar o vexame público e o efeito surpresa, sobretudo nas procedimentos cautelares. Representa a *ultima ratio*, no sentido de “matar a questão” por acordo. Cfr. art. 5.9.3 do C.C.B.E.

¹²⁵ “Direitos dos Advogados, sua independência e relações com a Magistratura”, 53. – Sr. Bastonário Dr. Ângelo D’Almeida Ribeiro.

¹²⁶ Boletim da A.P.J.A, ano I, n.ºs 3 e 4.

Bibliografia Principal

- António Arnaut, “Iniciação à Advocacia”, Coimbra Editora, 3.ª edição, 1996.
- António Arnaut, “Ossos do Ofício”, Fora do Texto, Coimbra, 1990.
- Piero Calamandrei, “Eles, os Juizes, vistos por nós, os Advogados”. Tradução de Ary dos Santos, Clássica Editora, 8.ª edição, 1984.
- Estatuto da Ordem dos Advogados, anotado pelo Dr. Alfredo Gaspar, Jornal do Fundão Editora.
- “Relação de Advocacia com as Magistraturas”, seis teses apresentadas ao III Congresso dos Advogados Portugueses.
- José Maria Martinez Val, “Abogacia y Abogados. Tipologia Profissional, Lógica y Oratoria Forense e Deontologia Forense”, 3.ª edición.
- Augusto Lopes Cardoso, “Organização e Estatuto Social dos Juizes e dos Advogados”. Comunicação apresentada ao IX Congresso Mundial de Direito Judiciário realizado em Coimbra e Lisboa de 25 a 31/8/91.
- “L’Avocat et ses Interlocuteurs”, 3.º - Les rapports avec les magistrats.
- António Osório de Castro, “A crise da Justiça e as relações entre Magistrados e Advogados”. Palavras proferidas no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados em 24/8/85.
- José Martins da Fonseca, “Relacionamento entre Magistrados e Advogados”. Conferência proferida no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados em 24/4/85.
- M.J. de Azevedo Marques, “O respeito à Magistratura e o respeito à liberdade de defesa”, Jornal do Fôro, ano 34, 1970, n.ºs 170 a 173.
- Antonio Fernandez Rodriguez, “Juizes e Advogados e a antiga literatura espanhola”, Scientia Iuridica, tomo XXXIII, n.ºs 191/192, Setembro/Dezembro de 1984.
- Eduardo Arala Chaves, “A deontologia dos Juizes”. Comunicação feita aos juizes estagiários de Lisboa.
- Boaventura Sousa Santos, “Os Tribunais nas Sociedades contemporâneas – o caso português”. Trabalho solicitado pelo C.E.J.
- “O Advogado visto pelo Juiz”. Boletim da A.P.J.A, ano IV.
- José Menéres de Campo, “As relações entre Advogados”. R.O.A, n.º 18.
- José Maria Martinez Val, “EL Abogado – Alma y Figura de la Toga”, 1956.

- José Martins da Fonseca, “A crise da Justiça e as relações entre Magistrados e Advogados”. Conferência no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados, em 24/8/88.
- Pinto Osório, “No Campo da Justiça”.
- Castro Mendes, “O Direito e a acção judicial”, 1969.
- Código de deontologia dos Advogados da União Europeia. Adoptado em Sessão Plenária do C.C.B.E em Lyon, a 28/11/98.
- “Das Relações do Advogado com os Juizes”, R.O.A, n.º 6, 1 e 2.
- “Advogados e Juizes”, R.O.A, n.º 3, págs. 396 e ss.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Relações entre as partes, os juízes e os advogados no processo civil português



[Carlos Manuel Ferreira da Silva]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Relações entre as partes, os juízes e os advogados no Processo Civil Português

Publicado no “XII Congreso Mundial de Derecho Procesal - Relaciones entre las Partes, los Jueces y los Abogados”, organizado pela Professora Dra. Maria Macarita Elizondo Gasperín e publicado no México em 2003, pelo Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho - División Editorial.

SUMARIO: I. Razão de ordem. II. O princípio da cooperação. III. Dever de recíproca correcção. IV. Dever de boa-fé processual. V. Relações entre cliente e advogado. VI. Relações entre advogados. VII. Relações dos advogados com os juízes. VIII. As novas funções do juiz. IX. Representação das partes sobre os tribunais, os advogados e os juízes.

I. Razão de Ordem

Não é fácil sistematizar as relações entre partes, advogados e juiz na medida em que a mesmas se subdividem em várias espécies que se sobrepõem: relações entre as partes, entre as partes e os advogados entre as partes e o juiz, entre os advogados, entre os advogados e o juiz e, finalmente, relações entre todos conjuntamente.

Aproveitando a existência no Código de Processo Civil Português (C.P.C.)¹ de algumas disposições sobre as relações entre todos os intervenientes processuais, optou-se por outra metodologia. Começaremos por estudar esses preceitos que estabelecem o princípio da cooperação e o dever de recíproca correcção.

Seguidamente, abordaremos o dever de boa-fé processual e o respectivo sancionamento através da litigância de má-fé, referindo ainda a hipótese de uso anormal do processo.

¹ Doravante, C. P. C. Trata-se de diploma aprovado pelo Decreto-Lei n. 44129, de 28 de Dezembro de 1961 mas objecto de várias alterações, das quais as consubstanciadas no Decreto-lei n. 329-A/95, de 12/12 e no Decreto-Lei n. 180/96, de 25/9, entrados em vigor em 1/1/97, alteraram e aditaram mais de três centenas de artigos e imbuíram o Código de uma nova filosofia.

Passaremos, depois a centrar-nos na figura do advogado e estudaremos as relações entre cliente e advogado, as relações entre advogados e as relações destes com os juízes, aproveitando a sistematização de todas elas no Estatuto da Ordem dos Advogados².

A fim de dar um melhor enquadramento ao princípio da cooperação a que aludimos, abordaremos, em seguida, as novas funções do juiz resultantes da Reforma do C.P.C. de 1995/96, as quais são também pertinentes às relações com as partes e os advogados.

Finalmente, terminaremos com algumas considerações de ordem sociológica relativas à representação das partes sobre os tribunais, os advogados e os juízes.

II. O princípio da cooperação

O Código Processo Civil Português preocupa-se expressamente com as relações entre os juízes, os advogados e as partes, estabelecendo regras a que todos devem obediência.

Assim, nos termos do n.º 1 do respectivo artigo 266:

Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

Trata-se de disposição inovadora introduzida pela profunda reforma entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1997 e tem como pano de fundo quer um reforço substancial dos poderes do juiz em sede de regularização da instância e de averiguação da verdade material quer a tentativa de alterar o paradigma do processo que se afasta do modelo de jogo duro arbitrado pelo juiz para se transformar numa comunidade de trabalho, na sequência do defendido pela doutrina alemã³.

As novidades concretas do preceito são, pela primeira vez, a imposição de um dever de conduta do juiz em relação aos outros intervenientes no processo e um reforço da intervenção pessoal das partes.

Concretizando a intervenção pessoal das partes – a qual antes podia sempre ser substituída pela intervenção de advogado com poderes para o efeito (com a excepção óbvia do depoimento de parte, como meio de prova) – os n.ºs. 2 e 3 do artigo 266 que vimos analisando prescrevem que:

2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou

² Doravante, E. O. A. Decreto-Lei n. 84/84, de 16/3, com diversas alterações.

³ Lebre de Freitas, José, em *Introdução ao Processo Civil* (à luz do Código revisto), Coimbra Editora, p. 153, referindo Rosenberg, e Teixeira de Sousa, Miguel, em *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, p. 63, referindo Wassermann.

de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos.

Repare-se na criação de uma maior interação entre juízes, partes e advogados uma vez que a comparência das partes e advogados não está sequer confinada a determinados momentos processuais típicos – como a tentativa de conciliação e a audiência – antes pode ser determinada em qualquer altura do processo.

Entre as manifestações do princípio da cooperação, sobretudo na vertente cooperação entre juízes e advogados destaca-se o artigo 155 do C.P.C. relativo à marcação e adiamento de audiências que pelo seu interesse transcreveremos quase na íntegra:

1. A fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências a que devam comparecer os mandatários judiciais, deve o juiz providenciar pela marcação do dia e hora da sua realização mediante prévio acordo com aqueles, podendo encarregar a secretaria de realizar, por forma expedita, os contactos prévios necessários.

2. Quando a marcação não possa ser feita nos termos do número anterior, devem os mandatários impedidos em consequência de outro serviço judicial já marcado comunicar o facto ao tribunal, no prazo de cinco dias, após contacto com os restantes mandatários interessados.

3...

4. Logo que se verifique que a diligência, por motivo imprevisto, não pode realizar-se no dia e hora designados, deve o tribunal dar imediato conhecimento do facto aos intervenientes processuais, providenciando por que as pessoas convocadas sejam prontamente notificadas do adiamento.

5. Os mandatários judiciais devem comunicar prontamente ao tribunal quaisquer circunstâncias impeditivas da sua presença e que determinem o adiamento de diligência marcada.

Visa-se com este preceito, para além do mais, combater um dos defeitos graves no funcionamento dos tribunais que se vinha constatando e que era o adiamento constante das audiências, evitando que mandatários, partes e testemunhas comparecessem, com os prejuízos inerentes, a sucessivas audiências no mesmo processo que vão sendo sucessivamente adiadas. Do mesmo passo, o novo preceito redundará em benefício do juiz que deixa de perder tempo com meros adiamentos.

Cumpre, ainda, acentuar-se que estamos perante uma manifestação da igual dignidade de todos os intervenientes no processo e do respeito que mutuamente se devem.

III. Dever de recíproca correcção

A observância do princípio de cooperação é considerada tão seriamente que não quis omitir-se no C.P.C. um preceito que diz respeito a simples regras de convivência social.

Assim, o n.º 1 do artigo 266-B do C.P.C. prevê expressamente que: “todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correcção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por especial dever de urbanidade”. E o n.º 2 do mesmo preceito concretiza que:

Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessárias ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições⁴.

E vai-se ao ponto de prever expressamente uma situação concreta que manchava de algum modo a actuação dos tribunais e que era o atraso frequente no início das diligências judiciais. Na verdade, este atraso podia inclusivamente ser visto como uma manifestação de prepotência do juiz que podia arbitrariamente fazer esperar mandatários, partes e testemunhas pelo tempo que quisesse.

Agora os n.ºs. 3 e 4 do artigo 266-B do C.P.C. prevêem o seguinte:

3. Se ocorrerem justificados obstáculos ao início das diligências, deve o juiz comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início.

4. A falta da comunicação referida no número anterior implica a dispensa automática dos intervenientes processuais comprovadamente presentes, constando obrigatoriamente da acta tal ocorrência.

Assim, mais uma vez, se reconhece a igual dignidade de todos os intervenientes no processo⁵.

⁴ Em todo o caso, o Conselho Superior da Ordem dos Advogados, em decisão de 23-1-76, argumentou que: “O trabalho de barra não é compatível com “boas palavras”. Pois que é muitas vezes uma luta viril e dura. Em consequência, as expressões contundentes dirigidas pelo advogado à parte contrária, sem ter a intenção de ofender, não constituem facto contrário aos deveres disciplinares”.

E o mesmo Conselho Superior, já em 11-12-58, tinha decidido que “no caso de a descrição da personalidade moral da parte contrária ser considerada necessária para uma boa defesa dos interesses que lhe estão confiados, toda a expressão menos feliz ou elegante do advogado, desde que conforme à sua personalidade, não implica perseguição disciplinar”.

⁵ O que acontece sem prejuízo do papel director do juiz no que diz respeito aos actos processuais.

É assim que o artigo 154 do C.P.C. prescreve que:

“1. A manutenção da ordem nos actos processuais compete ao magistrado que a eles presida, o qual tomará as providencias necessárias contra quem perturbar a sua realização, nomeadamente advertindo com urbanidade

IV. Dever de boa-fé processual

O princípio da cooperação não é uma regra platónica, antes a sua inobservância pode ser sancionada.

É que este princípio, no que às partes concerne, assenta no dever de boa-fé processual.

Assim, o artigo 266-A do C.P.C. prevê que: “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”.

A omissão do dever de boa-fé implica a condenação como litigante de má-fé, a qual pode traduzir-se numa multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir (artigo 456, n. 1 do C.P.C.).

Quanto ao conteúdo da indemnização, dispõe o n.º 1 do artigo 457 do C.P.C. que ela pode consistir:

- a) No reembolso das despesas a que a má-fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários ou técnicos.
- b) No reembolso dessas despesas e na satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência directa ou indirecta da má-fé.

Nos termos do n.º 2 deste artigo 456:

Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave:

- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar.
- b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa.
- c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação.

o infractor, ou retirando-lhe mesmo a palavra, quando ele se afaste do respeito devido ao tribunal ou às instituições vigentes, especificando e fazendo consignar em acta os actos que determinaram a providência, sem prejuízo do procedimento criminal ou disciplinar que no caso couber.

2. Se o infractor não acatar a decisão, pode o presidente fazê-lo sair do local em que o acto se realiza.

3. ...

4. Sempre que seja retirada a palavra a advogado ou advogado-estagiário, é dado conhecimento circunstanciado do facto á Ordem dos advogados, para efeitos disciplinares; das faltas cometidas pelos Magistrados do Ministério Público é dado conhecimento ao respectivo superior hierárquico.

5. Sendo as faltas cometidas pelas partes ou outras pessoas, pode o presidente aplicar-lhes as sanções previstas nos n.ºs. 1 e 2 e condená-los em multa, conforme a gravidade da infracção.

6. ...

7. Para a manutenção da ordem nos actos processuais, pode o tribunal requisitar, sempre que necessário, o auxílio da força pública, a qual fica submetida, para o efeito, ao poder de direcção do juiz que presidir ao acto”.

- d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

Com base nesta enumeração a doutrina tem distinguido entre má-fé material e má-fé instrumental, abrangendo a má-fé material as hipóteses das duas primeiras alíneas e a instrumental as das duas alíneas sobrantas.

Na prática, constata-se pela jurisprudência publicada que as condenações quase se reduzem à má-fé material, sobretudo à negação de factos pessoais que depois se vem a considerar verdadeiros⁶.

Repare-se que a litigância de má-fé sanciona condutas processuais e não tem ligação com a sorte da acção: assim, a parte vencedora do processo poderá, não obstante, ser condenada como litigante de má-fé se tiver incorrido em qualquer dos comportamentos enumerados.

Entretanto, dado o melindre de uma condenação deste tipo e para evitar que a mesma se traduza num abuso do juiz, prevê-se que a decisão que condene por litigância de má-fé é sempre susceptível de recurso, independente do valor da causa e da sucumbência (dois dos critérios base para admissão de recursos). Assim, até uma condenação simbólica (p. ex. uma multa de um Euro) é recorrível uma vez que a boa-fé é um valor moral que todos devem querer salvaguardar.

Interessante é, a propósito, o disposto no artigo 458 do C.P.C. segundo o qual “quando a parte for um incapaz, uma pessoa colectiva ou sociedade, a responsabilidade das custas, da multa e da indemnização recai sobre o seu representante que esteja de má-fé em causa”. Com o que se demonstra que o que está em causa é, não um simples mecanismo processual de sancionamento da parte, mas um juízo sobre a conduta de alguém, a título de culpa ou dolo, pelo que apenas pode recair sobre uma pessoa individual.

E porque grande parte das condutas das partes é assumida pelo seu advogado – sobretudo nas peças escritas – também o sancionamento deste está previsto nos seguintes termos:

Quando se reconheça que o mandatário da parte teve responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má-fé na causa, dar-se-á conhecimento do facto à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores, para que estas possam aplicar as sanções respectivas⁷

⁶ “Litiga de má-fé a parte que alegou que na ocasião do acidente circulava em determinado sentido, tendo vindo a provar-se que circulava em sentido oposto”, Acórdão da Relação de Coimbra de 8-2-1994.

“Litiga de má-fé o autor de acção de despejo que nega ter recusado o recebimento de rendas quando vem aprovar-se ter existido essa recusa”, Acórdão da Relação de Coimbra de 9-2-1993.

“Litiga de má-fé o réu em acção de investigação da paternidade que nega ter mantido com a mãe do menor relações sexuais que vieram a provar-se”, Acórdão da Relação de Lisboa de 14-2-1989.

⁷ De natureza disciplinar, por violação dos deveres do artigo 78 do E.O.A., como se verá adiante.

e condenar o mandatário na quota-parte das custas, multa e indemnização que lhes parecer justa.

O fundamento para que a sanção seja aplicada pela Ordem dos Advogados e não pelo juiz encontra-se mais uma vez na necessidade de evitar condutas arbitrárias deste contra advogados ou a tentativa de os constranger a certo tipo de actuações.

Finalmente, a lei prevê mesmo a hipótese de ambas as partes pretenderem utilizar o processo para atingir um fim ilegítimo. Se o juiz de tal se aperceber deve obstar a que tal fim seja atingido. É o que dispõe o artigo 665 do C.P.C. que se passa a transcrever:

Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes.

V. Relações entre cliente e advogado⁸

O Estatuto da Ordem dos Advogados contem uma longa lista de preceitos pertinentes á deontologia profissional (de que se pode considerar um verdadeiro código) e aos direitos, deveres e garantias dos advogados.

Merece particular relevo a enumeração feita pelo artigo 78 do Estatuto sobre a epígrafe “deveres do advogado para a comunidade” e que dispõe assim:

Constituem deveres do advogado para com a comunidade:

- a) Pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e aperfeiçoamento das instituições jurídicas.
- b) Não advogar contra lei expressa, não usar de meios ou expedientes ilegais, promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para aplicação da lei ou a descoberta da verdade.
- c) Recusar o patrocínio a questões que considere injustas.

⁸ Um maior desenvolvimento da posição dos advogados no sistema jurídico português pode encontrar-se no estudo de Carlos Manuel Ferreira da Silva “Professional ethics ad procedural fairness” incluído no livro com o mesmo título coordenado pelo Prof. Gerard Walter, Paul Haupt Bern ad Stuttgart em que se publicam o relatório geral e os nacionais sobre o tema apresentados no IX Congresso da Associação Internacional de Direito Processual.

Concretamente no que se concerne às relações entre Advogado e cliente, Luís Vasconcelos Abreu em “O Estatuto da Ordem dos Advogados e a relação entre mandante e mandatário judicial., publicado na Revista da Ordem dos advogados, Lisboa, ano 62, t. I, 2002.

- d) Colaborar no acesso ao direito e aceitar nomeações oficiosas nas condições na lei e pela Ordem dos Advogados.
- e) Protestar contra as violações dos direitos humanos e combater as arbitrariedades que tiver conhecimento no exercício da profissão.
- f) Não solicitar nem angariar clientes, por si nem por interposta pessoa.
- g) Não aceitar mandato ou prestação de serviços profissionais que, em qualquer não resulte de escolha directa e livre pelo mandante ou interessado.

Esta lista de deveres configura o advogado como um servidor da justiça e do direito (artigo 76 do Estatuto) e não como um mero instrumento do cliente.

Assim, o advogado deve recusar o patrocínio de questões injustas e não pode afastar-se de um comportamento processual de boa-fé.

Não está, pois, obrigado a uma obediência cega ao cliente e daí que o artigo 55 do Estatuto, a propósito dos advogados que trabalham ao abrigo de um contrato de trabalho – e não como profissionais liberais – se preocupe em dizer que o “contrato de trabalho celebrado pelo advogado não pode afectar a sua plena isenção e independência técnica perante a entidade patronal”.

Do mesmo modo, existe uma extensa lista de incompatibilidades para o exercício da profissão, em concretização da regra geral do artigo 68 do Estatuto nos termos da qual “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer actividade ou função que diminua a independência e a dignidade da profissão”.

Os deveres do advogado para com o cliente são objecto do artigo 83 do E.O.A. que vimos analisando e deles destacamos o da alínea f) que é o de aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa.

A este propósito não se detectam particulares problemas no sistema, sendo que é tradicional os advogados privilegiarem a solução do litígio por acordo pensando mais nos interesses do cliente que nos seus honorários.

Relevante para a relação entre todos os intervenientes processuais é a prescrição do n.º 2 do mesmo artigo 83 segundo o qual:

O advogado deve empregar todos os esforços a fim de evitar que o seu cliente exerça quaisquer represálias contra o adversário e seja menos correcto para com os advogados da parte contrária, juízes ou quaisquer outros intervenientes no processo.

Assim, o advogado deve não só ele próprio ter um comportamento correcto em relação aos colegas, à outra parte e aos juízes como zelar para que o seu cliente proceda do mesmo modo.

VI. Relações entre advogados

Sobre este tema quase bastará transcrever, como vamos fazer, o artigo 86 do EOA, nos termos do qual:

Constituem deveres dos advogados nas suas relações recíprocas:

- a) Proceder com a maior correcção e urbanidade, abstendo-se de qualquer ataque pessoal ou alusão deprimente.
- b) Não se pronunciar publicamente sobre questão que saiba confiada a outro advogado, salvo na presença deste ou com o seu prévio acordo.
- c) Actuar com a maior lealdade, não procurando obter vantagens ilegítimas ou indevidas para os seus constituintes ou clientes.
- d) Não contactar ou manter relações, mesmo por escrito, com parte contrária representada por advogado, salvo se previamente autorizado por este.
- e) Não invocar publicamente, em especial perante tribunais, quaisquer negociações transaccionais malogradas, quer verbais, quer escritas, em que tenha intervindo advogado.
- f) Não assinar pareceres, peças processuais ou outros escritos profissionais que não tenha feito ou em que não tenha colaborado.
- g) O advogado a quem se pretenda cometer assunto anteriormente confiado a advogado fará tudo quanto de si dependa para que este seja pago dos honorários e mais quantias em dívida, devendo expor verbalmente ou por escrito ao colega as razões da aceitação do mandato e dar-lhe conta dos esforços que tenha empregado para o efeito.

Merecerão destaque as proibições de contactar directamente a parte contrária quando esta esteja representada por advogado e a de invocar, especialmente perante tribunais, quaisquer negociações transaccionais malogradas como meio para que estas decorram livremente, sem que as posições nela assumidas possam influir na decisão em causa.

VII. Relações dos advogados com os juízes

Para além do dever geral de urbanidade que já analisámos, o advogado deve, para além de zelar pela sua própria independência e, portanto, não ser subserviente perante o juiz, abster-se de influenciar este indevidamente, à margem dos mecanismos da lei de processo.

Assim é que o n.º 1 do artigo 87 do EOA prescreve que o advogado deve abster-se de

intervir nas decisões dos juízes, quer directamente, em conversa ou por escrito, quer por interposta pessoa, sendo como tal considerada a própria parte. O n.º 2 do artigo 87 precisa, mesmo, ser especialmente vedado aos advogados enviar ou fazer enviar aos juízes quaisquer memoriais ou recorrer a processos desleais de defesa dos interesses das partes.

Relevante, ainda, nas relações entre advogados e juízes (e outros advogados) por pertinente à consideração que deve existir entre profissionais de foro é o artigo 88 do EOA que prescreve:

O advogado, antes de promover quaisquer diligências judiciais contra outros advogados ou magistrados, comunicar-lhes-á por escrito a sua intenção, com as explicações que entenda necessárias, salvo tratando-se de diligências ou actos de natureza secreta ou urgente.

Sem prejuízo de que ao juiz cabe a direcção do processo, ao advogado estão garantidos amplos poderes de intervenção e manifestação livre das suas convicções no processo⁹, de modo que não se pode estabelecer uma relação de subordinação entre eles. Neste sentido, a própria Constituição da República preocupou-se, numa das suas ultimas revisões, em no Título que se ocupa dos tribunais e que habitualmente apenas tratava destes, dos juízes e do Ministério Público, criar um artigo, o 208, que sob a epígrafe “patrocínio forense”, dispõe:

A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial á administração da justiça.

VIII. As novas funções do juiz¹⁰

No processo civil português o papel do juiz nunca foi inteiramente passivo, vigorando, ao lado do princípio do dispositivo, o princípio do inquisitório nos termos do qual o juiz gozava de alguma iniciativa em matéria probatória, embora fosse pouco usada na prática.

Com a revisão operada em 95/96 não só lhe foram outorgados maiores poderes em matéria de prova como lhe foram conferidos novos poderes em matéria de regularização da instância. Assim é que, nos termos do artigo 265 do C.P.C:

⁹ É preciso sublinhar que os deveres de urbanidade e respeito para com os juízes não querem dizer servilismo ou passividade. Por decisão de 17-1-1961, o Conselho Superior da Ordem dos Advogados declarou que “o cabal exercício do mandato impõe ao advogado uma conduta isenta de cobardia ou de aquietante comodismo” e, por decisão de 13-12-1963, julgou-se adequado que o advogado utilize “expressões mais ou menos enérgicas, veementes, vibrantes, consoante a natureza do assunto e o temperamento emocional de quem as subscreve” (já citado Professional Ethics and Procedural Fairness, p. 484).

¹⁰ Mais detalhes sobre a situação actual do juiz podem ver-se no estudo “Tendências recente no posicionamento do juiz” da autoria de Reis Figueira, Álvaro e Ferreira da Silva, Carlos Manuel, publicado em El juez y la Magistratura, Rubinzal-Culzoni, sob os auspícios do Instituto Ibero Americano de Direito Processual.

1. Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório.

2. O juiz providenciará, mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los.

3. Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

Concretizando esta disposição de carácter genérico, o n.º 2 do artigo 508 do C.P.C. prescreve que:

O juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa.

E nos termos do n.º 3 do mesmo artigo:

Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.

É à luz deste substancial alargamento dos poderes do juiz que se tem que entender o estabelecimento do princípio de cooperação e a transformação do processo num espaço de diálogo.

Obviamente, o papel do advogado sofre alguma subalternização pois a sua actuação deixa de ser decisiva na sorte da acção, tornando-se possível que um advogado inábil, mas que se vê as suas inabilidades supridas directa ou indirectamente, através de um convite do juiz para corrigir peças deficientes, obtenha ganho de causa contra um advogado sabedor que, se não fosse a intervenção do juiz, tiraria proveito do seu maior saber e experiência de modo a ganhar uma acção contra a verdade material ou o que seria o seu desfecho equitativo.

Alguns vem neste alargamento dos poderes do juiz uma perda de imparcialidade uma vez que a sua intervenção sempre redundará em benefício objectivo de uma das partes¹¹.

¹¹ Teixeira de Sousa, Miguel, op. cit., nota 3, p. 66, sustenta que o juiz tem agora deveres de carácter assistencial.

Haverá, porém, que considerar que, embora no processo civil se dirimam interesses privados, a solução a dar pelo tribunal, que é um órgão de soberania, não é qualquer uma mas sim aquela que é imposta pela verdade material e pelo direito. Por outro lado, é também do interesse público que a decisão de um processo não seja meramente formal, recusando-se o conhecimento do fundo da questão em função de irregularidades da instância que podiam ser sanadas.

Este conjunto de objectivos de ordem pública não podem estar inteiramente confiado aos advogados, cuja função e finalidades de actuação são outras, não podendo deixar de entender-se que o juiz também é responsável porque esses objectivos sejam atingidos.

E a intervenção do juiz com esse propósito não quebra a sua imparcialidade antes lhe evita que desempenhe um papel meramente formal de tal modo que possa ser obrigado a tomar uma decisão que sabe ser injusta.

Em todo o caso, é verdade que deste modo o juiz deixa de ser um mero árbitro para passar a ser também co-instrutor do processo, mas um instrutor independente e não são um ajudante de qualquer das partes por motivos estranhos à solução justa do litígio¹².

Relevando, ainda, no campo das relações com as partes e seus advogados, cabe referir que ao juiz cumpre dar às partes um tratamento de estrita igualdade. É o que dispõe o artigo 3-A do C.P.C:

¹² Não somos contra o aumento dos poderes do juiz mas entendemos que os mesmos não podem contribuir para desresponsabilizar as partes. Por isso escrevemos já em “O dever de cooperação das partes para a descoberta da verdade no processo civil português”, no livro em memória do Dr. Hernan Devis Echandía, publicado pelo Instituto Colombico de Derecho Procesal: “Por nós, não nos parece que o processo deva ser encarado como uma “comunidade de trabalho”. As posições das partes são num processo naturalmente antagónicas e este não pode operar senão através da prescrição rigorosa de deveres e, sobretudo, da prescrição de consequências adequadas para o seu não acatamento.

Dirão, talvez, os defensores do principio da cooperação que este se analisa através da imposição de diversos deveres. O principio da cooperação não falha, porém, na constituição de deveres mas sim na sua contrapartida, na responsabilização inerente ao seu não acatamento.

Repare-se que, ao menos sem os necessários cuidados, ao atribuir-se ao juiz uma função interventiva na descoberta da verdade e até na própria conformação do litígio, se estão, simultaneamente, a diminuir as consequências para as partes, p. ex, de uma sua conduta negligente: se o juiz é responsável pela investigação da verdade, então, automaticamente, a sanção da conduta negligente ou relapsa das partes a propósito dilui-se ou torna-se meramente eventual, podendo vir a ganhar-se uma causa sem nada se ter feito para isso”.

E, na sequência do que se defende, sustentámos, mais adiante, p. ex., que a recusa de depoimento de parte deve ter como sanção serem considerados provados os factos que se pretendiam averiguar e não, como a lei portuguesa hoje estabelece, que o tribunal apreciar à livremente o valor da recusa para efeitos probatórios.

O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

Face ao aumento de poderes do juiz torna-se imperativo que lhe sejam prescritos rigorosos deveres deontológicos – em paralelo com o que acontece com os advogados – os quais poderiam ser integradas no Estatuto dos Magistrados Judiciais, lei onde hoje se encontra mais uma enumeração de regalias, algumas delas puros privilégios, do que regras de base ética¹³.

IX. Representação das partes sobre os tribunais, os advogados e os juízes

Desde há muitos anos que o sistema judicial português vem sendo afectado por um grave problema de morosidade – na verdade muito mais grave do que as estatísticas revelam pois nestas misturam-se os verdadeiros processos com uma enorme massa de outros que são meros processos aparentes (p. ex. acções intentadas contra devedores que se sabe à partida não irem pagar e que não tomam posição no processo) e que terminam rapidamente – que se vem agravando e que fez que os tribunais e os profissionais que nele intervém, juízes e advogados, sejam atingidos por um juízo fortemente negativo¹⁴.

O problema da morosidade dá mesmo lugar a acusações mútuas entre advogados e juízes, sustentado em geral os advogados que os juízes (muitos/alguns) não trabalham o suficiente e os juízes que a morosidade se deve aos advogados que abusam dos meios processuais, sobretudo interpondo todos os recursos possíveis.

E, de tal modo esse problema é grave e omnipresente que, por vezes, esconde outros e impede a procura de solução para eles: p. ex., um recente inquérito feito a empresas aponta como um defeito dos tribunais a imprevisibilidade das decisões, o que já remete para uma questão de qualidade.

Entretanto, no âmbito da obra “Os tribunais nas Sociedades Contemporâneas, o caso português”, da autoria do Boaventura de Sousa Santos e outros, embora já datado de 1996, foi feito um inquérito do qual podem ser retiradas algumas conclusões.

¹³ Neste sentido, Carlos Manuel Ferreira da Silva em “Processo e ética”, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, t. III, Lisboa, 1999 (em língua espanhola, na Revista de la Facultad de Derecho, n. 57, UCAB, Caracas).

¹⁴ Na jurisdição crime, que não é objecto deste trabalho, além da morosidade, constitui sério problema de credibilidade a convicção geral (que é, mesmo, expressa, em algumas ocasiões, pelo governo e pelos magistrados) de que o sistema é incapaz de punir os poderosos sejam políticos sejam detentores de grande poder económico.

Nesse inquérito, a apreciação das partes em relação à solução da causa e a actuação dos advogados e do juiz, traduz-se no seguinte quadro:

Avaliação da satisfação			
	Muito satisfeito	+/- satisfeito	Nada satisfeito
- Solução	- 23.6%	- 52.4%	- 24.0%
- Advogado	- 38.3%	- 47.8%	- 13.9%
- Juiz	- 32.5%	- 53.3%	- 14.2%

Em relação à avaliação do juiz, o estudo acentua que são muitos os casos em que o inquirido tem dificuldades em fazer uma avaliação. Tal acontece em função da “grande distância” a que se encontra (dizem alguns inquiridos: “não tive contacto com o juiz”, nem sequer me ouviu) à incompreensão do seu papel (“ele não disse nada”; “não faço ideia de qual foi a actuação do juiz”) e à assimilação do juiz à lei, recusando-se-lhe uma actuação decisiva (“não me manifesto porque o juiz obedece somente à lei”, atendeu à lei”, “não fez bem nem mal mas sim a sua obrigação”).

Em todo o caso, é interessante verificar que a apreciação do juiz e do advogado nos extremos (muito satisfeito e nada satisfeito) é mais positiva que a que é dada à solução do caso.

Dos inquiridos 57% manifestam a opinião de que os tribunais assustam as pessoas.

Em relação ao advogado, 70.9% sustentam que “os advogados olham mais ao dinheiro que podem ganhar do que aos interesses dos clientes”.

Assim, tendo sempre presente que, em geral, as partes ou acham que tem razão ou querem ganhar a causa a qualquer preço, o que sempre se reflecte negativamente nos juízos feitos quanto à decisão e à actuação do juiz e dos advogados e que estes não se livram da acusação de apenas se interessarem pelos honorários, o que mais releva do estudo é o relativo afastamento entre as partes e o tribunal/juiz. Assim, se as relações entre advogados e juízes são necessárias e intensas, já a relação das partes, sobretudo com o juiz, é distante de tal modo que geralmente as partes se sentirão como meros destinatários de uma decisão em cuja génese não participaram directamente nem compreendem.

Em todo o caso, grande parte dos problemas de relacionamento entre as partes e o tribunal são hoje mais imputáveis á Organização Judiciária (número de Juízes, qualidade das instalações, distribuição geográfica dos tribunais...) que a regras do Código de Processo Civil¹⁵.

¹⁵ Neste sentido, Carlos Manuel Ferreira da Silva, “Processo e ética”, cit., nota 13.

Do dever de reserva dos juízes – breves considerações



[José Moreira das Neves

Rui Silva Reis]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Do dever de reserva dos juízes – breves considerações

Publicado na Revista Julgar, n.º 7, 2009, pp. 73 a 96

O dever de reserva é um corolário dos vários princípios éticos, deontológicos e estatutários que advêm da função do juiz e que, por sua vez, têm raízes constitucionais. Tão relevante como manter uma conduta irrepreensível é que ela também assim se apresente aos olhos da comunidade.

Pois que podendo até ser independentes e imparciais, se os juízes não assumirem, ao lado de uma elevada competência técnica, elevados padrões éticos de conduta, isso poderá prejudicar não apenas a imagem de independência e de imparcialidade da judicatura, como comprometer seriamente a confiança da comunidade na integridade judicial.

1. Tema da actualidade

O dever de reserva dos juízes é um tema da actualidade, que acompanha o debate que em geral se vem fazendo sobre as coisas da justiça, não apenas entre os profissionais do direito, académicos ou outros especialistas, mas no espaço público, entendido este como integrando os múltiplos modos de visibilidade pública da opinião, com potencial influência nas decisões institucionais¹.

Praticamente toda a gente tem opinião sobre o assunto, assistindo-se por vezes ao esgrimir de argumentos totalmente arremidos dos valores que o impõem em todas as sociedades democráticas regidas pelo direito, o que, pelo menos a espaços, torna o debate pouco menos que caótico.

O cerne da questão passa por saber se os juízes devem ou não poder, ou em que medida, pronunciar-se publicamente, em artigos de opinião, através de declarações ou de comentários sobre assuntos que são, foram ou poderão vir a ser objecto de processos judiciais. Mas a temática é, claro, mais vasta, pois abarcará não apenas a vida profissional do juiz (*stricto sensu*) e as relações que a esse nível estabeleça com os intervenientes (incluindo a comunicação social), mas também a sua vida privada e de relação, na medida em que esta possa directa ou

¹ Jurgen Habermas, 1996, *Between facts and norms*, Cambridge, MIT Press.

indirectamente interferir naquela, ainda que apenas nas representações de terceiros. Naturalmente que tal dever de reserva, sendo de carácter eminentemente funcional, escorado embora na ética e na deontologia, em Portugal encontra também arrimo normativo no redil estatutário destes magistrados (artigo 12.º da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho – Estatuto dos Magistrados Judiciais²), o que torna o seu dispositivo incontornável, se bem que não esgote o tema.

Recentemente, em sequência de alguma polémica ao redor de alguns (poucos) casos concretos, o Conselho Superior da Magistratura tornou pública uma sua deliberação, na qual procurou densificar este dever estatutário, alinhavando algumas considerações³. O recorte assim efectuado pelo órgão de disciplina da magistratura judicial portuguesa não pode, também ele, deixar de constituir uma referência no debate deste assunto. Não o será menos, quer se queira ou não⁴, o texto que os próprios juízes elaboraram e denominaram “Compromisso Ético dos

² Sob a epígrafe “Dever de Reserva”, dispõe que:

“1. Os magistrados judiciais não podem fazer declarações ou comentários sobre processos, salvo, quando autorizados pelo Conselho Superior da Magistratura, para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo.

2. Não são abrangidas pelo dever de reserva as informações que, em matéria não coberta pelo segredo de justiça ou pelo sigilo profissional, visem a realização de direitos ou interesses legítimos, nomeadamente o do acesso à informação”.

³ “(...) II) Os valores protegidos e o fundamento do dever de reserva, para além das áreas de reserva ou segredo acauteladas pela Lei, são a protecção da imparcialidade, da independência, da dignidade institucional dos tribunais, bem como da confiança dos cidadãos na justiça, e do respeito pelos direitos fundamentais, em conjugação com a liberdade de expressão; III – Salvaguardados os segredos de justiça, profissional e de Estado bem como a reserva de vida privada, os juízes podem dar todas as informações sobre as decisões e seus fundamentos; IV – O dever de reserva abrange, na sua essência, as declarações ou comentários (positivos ou negativos), feitos por juízes, que envolvam apreciações valorativas sobre processos que têm a seu cargo; V – Todos os juízes, mesmo que não sejam os titulares dos processos, podem ser agentes da violação do dever de reserva; VI – O dever de reserva tem como objecto todos os processos pendentes e aqueles que embora já decididos de forma definitiva, versem sobre factos ou situações de irrecusável actualidade; VII – Não estão abrangidos no dever de reserva nem a apreciação de decisões decorrente do exercício de funções docentes ou de investigação de natureza jurídica, nem os comentários de natureza científica, estes depois do trânsito da decisão comentada; VIII – O Direito de Resposta está abrangido pelo n.º 1 do artigo 12.º do EMJ desde que exceda o âmbito do n.º 2 da mesma norma”.

⁴ Há efectivamente quem não queira mesmo: cfr. Rui Rangel, “Pobre Ética”, *Correio da Manhã*, 26/1112007: [http://www.correioamanha.pt/noticia.aspx?chan nel 1 D=00000093-0000-0000-0000-000000000093&contentID=BOA412E3-2FCA-468D-A4C0-01DOF8BBC962](http://www.correioamanha.pt/noticia.aspx?chan%20nel%201%20D=00000093-0000-0000-0000-000000000093&contentID=BOA412E3-2FCA-468D-A4C0-01DOF8BBC962); e Carlos Melo Marinho, Fórum Permanente Justiça Independente: www.justicaindependente.net.

Juízes Portugueses”⁵, onde se reconheceu o dever de reserva como um dos princípios éticos que estrutura a profissão⁶.

2. A constituição e a legitimação da decisão judicial com referência ao dever de reserva

O dever de reserva é um corolário dos vários princípios éticos, deontológicos e estatutários que advêm da função do juiz, e que, por sua vez, têm raízes constitucionais.

O juiz é o titular de um órgão de soberania, a quem compete a administração da justiça em nome do povo (artigo 202.º, n.º 1, da Constituição).

O “exercício” da justiça, como é consabido, tem por suposto a magna garantia da independência (artigo 203.º da Constituição). Isso mesmo é hoje, de resto, universalmente reconhecido. De acordo com o artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, à luz da qual o nosso texto constitucional deve ser lido⁷, “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. Na mesma senda, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prescreve, no seu artigo 6.º, que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a

⁵ Integrado nas Conclusões do Oitavo Congresso dos Juízes Portugueses (Póvoa de Varzim – dias 20 a 22 de Novembro de 2008). Pode consultar-se no sítio da ASJP:

<http://www.asjp.pvimages/stories/documentos/compromisso.pdf>.

⁶ “ 1. Os juízes devem abster-se de declarações ou comentários que envolvam uma apreciação valorativa sobre processos judiciais ou de inquérito pendentes e bem assim sobre assuntos que razoavelmente seja de esperar que se tornem objecto de um processo.

2. Nas suas relações com a comunicação social, os juízes devem assegurar, dentro dos quadros legais aplicáveis, o direito à informação, de acordo com princípios de igualdade no acesso à fonte e de transparência dos procedimentos.

3. Sem prejuízo das competências atribuídas ao órgão independente de gestão dos juízes em matéria de comunicação, estes devem, sempre que o entendam adequado, assumir a responsabilidade de prestar directamente os esclarecimentos que se imponham, por si ou por alguém na sua dependência, em comunicação oral ou escrita”.

⁷ Refere Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, 2006, pág. 120: que a previsão ínsita no n.º 2 do artigo 16.º da CRP serve para vincar a ideia de que “os direitos conferidos pela Lei Fundamental não estão à mercê do Estado-poder e que, pelo menos, os direitos liberdades e garantias pessoais não são direitos criados, mas sim direitos reconhecidos pelo Estado, por terem o seu fundamento na consciência jurídica dos homens e dos povos”, remetendo-se aí para uma concepção jusnaturalista e universalista dos direitos do Homem.

determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela ...”.

Essa independência implica que, no exercício das funções que lhe são constitucionalmente atribuídas, o juiz esteja apenas sujeito à lei. Na verdade, na tradição do constitucionalismo liberal que remonta aos finais do século XVIII, a exclusiva submissão dos juízes à lei surge como garante do equilíbrio da tripartição e separação dos poderes que está imanente na nossa Constituição material (e formal, pois que tal resulta minimamente vertido no respectivo texto). Traduz, tal submissão, a velha ideia de Montesquieu, já então proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de que o poder deve ser controlado pelo poder (*“pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”*).

Surge, pois, o poder judicial como o primeiro travão à arbitrariedade dos demais poderes e, com especial incidência, do poder executivo. Daí que se analise o valor matricial do núcleo da independência dos juízes na defesa intransigente de que a sua decisão seja alheia a qualquer outro factor que não o juridicamente adequado a conduzir à legalidade e à justiça do caso concreto.

Os juízes devem decidir com liberdade, devem estar imunes a factores de interferência indevidos, quer se analise esta *interposição* por via de outros agentes do poder político ou social (querendo-se, com isto, significar, quer o afastamento da possibilidade de ao juiz lhe serem dadas ordens, instruções ou directivas relativas à decisão da causa concreta, quer à possibilidade de se deixar influenciar pelos meios de comunicação ou/e grupos económicos que não raramente lhes estão associados), quer se atente à categorização de tal ingerência por referência à natureza desses factores (afectivos, intelectuais, económicos, ideológicos, etc.)⁸. Tais salvaguardas aplicam-se em igual medida à independência interna, isto é, à independência face ao próprio sistema em que o juiz se integra, devendo, entre o mais, os mecanismos de recrutamento, de avaliação do mérito, de promoção e os relativos à responsabilidade e ao procedimento disciplinar, serem não apenas adequados à especificidade da função mas também inteiramente transparentes⁹.

De resto, como penhor dessa proclamada independência constitucional, que tem por escopo garantir a integridade e a imparcialidade de quem tem de administrar a justiça, o artigo 216.º da Constituição estabelece um conjunto de garantias (de inamovibilidade e de irresponsabilidade) e de restrições (ou incompatibilidades, que podem ser amplificadas por via legal) tendentes a assegurar um sistema judicial democrático, independente e transparente.

⁸ Reis Figueira, “Estatuto do Juiz/Garantias do Cidadão, Da independência à Responsabilidade (itinerários de direito comparado)”, *Col. Jurisp.*, ano XVI, tomo 2, pág. 42.

⁹ Neste exacto sentido Armando Gomes Leandro, “Ética e Deontologia Judiciária — Breves Considerações”; na revista *Justiça e Democracia*, n.º 4, de Maio/Setembro de 2006, pág. 18.

Diz-se democrático, porquanto adquire a sua legitimidade na dita submissão exclusiva à lei. Com efeito, o juiz administra a justiça em nome do povo, o qual, através da representatividade do órgão a que é cometido o poder legislativo, traça o limite inultrapassável do exercício da função judicial (que é a própria lei). E é daqui que advém a soberania dos tribunais, enquanto órgãos de “administração da justiça”, dos quais os juízes são exclusivos titulares.

Por outra banda, e entroncando na questão da própria soberania, temos que o perspectivar da independência em sentido estrito – tendo por base a dita submissão à lei e transbordando noutros aspectos como, por exemplo, a reserva de competência da Assembleia da República para legislar sobre as matérias de organização judiciária e do estatuto dos juízes; a composição eclética e o carácter electivo do Conselho Superior da Magistratura; e as formas de participação popular na administração da justiça – é o sustentáculo e reforço dessa autoridade do judicial.

Finalmente, e com especial actualidade, temos o valor da transparência, enquanto possibilidade do escrutínio do povo. Não é despiciendo lembrar que a “autoridade” do tribunal, para além da visão institucional enquadrada no (cada vez mais) arcaico “serviço público de justiça”, que remete ao juiz um papel de “funcionário do Estado” (tal como se fosse um instrumento que papagueia o texto e esparsamente os valores da lei), tem hoje inerente um relevo eminentemente político que advém de um aumento da margem de autonomia no desempenho da sua função. Esta amplificação dos seus poderes é, maioritariamente, fruto de circunstâncias alheias ao poder judicial e advém, inclusivamente, de situações por este indesejadas¹⁰. Entre esses factores de alargamento do papel do juiz contam-se, por um lado, aqueles que estão intimamente relacionados com a função de “suplência” do legislativo: ou porque nos deparamos perante um fenómeno de inflação legislativa, em que o juiz é posto perante um exponencial número de combinações normativas, que nem sempre se harmonizam matematicamente; ou porque, no lado inverso, o legislador se esqueceu, não previu ou não quis regular a disciplina legal de determinado aspecto da vida; ou porque a regulação que existe é manifestamente arcaica e desajustada à nova realidade social; ou porque o legislador entende dever ser determinado conceito legal preenchido pelo critério do julgador (por apelo, por

¹⁰ Cremos que ninguém hoje duvida do “tradicional e voluntário afastamento da justiça em relação à política, em sentido estrito” e que alguns viram como tendo tido a virtualidade de evitar o desgaste do Judicial relativamente aos outros poderes do Estado (Reis Figueira, *ob. cit.*, pág. 48). Conclui o ilustre Juiz Conselheiro que, foi nessa submissão intransigente à Lei e no afastamento da vontade de se imiscuir no poder político que a Magistratura Judicial conseguiu fazer singrar o seu prestígio, donde que “as críticas dirigidas (ao sistema judicial) têm mais a ver com aspectos técnicos do funcionamento dos tribunais em termos de eficiência e celeridade, do que propriamente com o papel e o estatuto do juiz”.

exemplo, a conceitos indeterminados); ou ainda porque se assiste à emergência de um direito internacional e comunitário com aplicação directa no ordenamento jurídico português (cfr. o actual artigo 8.º da Constituição).

Por outro lado, é de notar que no domínio do processo (penal e civil, hoje, indistintamente), o próprio legislador vem aumentando o poder inquisitório e conformador do juiz¹¹. Isto, para além de, ainda na condução do processo, o papel do julgador ter uma vertente conciliatória (que assume especial relevo nas áreas laborais e da família; mas que se prevê poderem vir a invadir a breve trecho, quiçá, o domínio processual penal), abrindo-se assim um campo diverso de intervenção social.

Este novo paradigma funcional, que abre ao juiz margens de criatividade na interpretação das normas e integração de lacunas, que lhe exige a aplicação de novos instrumentos de intervenção e tutela diferenciada, que o chama a controlar a constitucionalidade da norma que lhe é dada aplicar, veio transformar o equilíbrio clássico da separação dos poderes. Esse desequilíbrio, por sua vez, teve como consequência o re-enfoque do estatuto do juiz: este já não é mais o rigoroso, acrítico e impessoal executor da vontade do legislador (nas palavras de Montesquieu, “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”¹²), mas é-lhe reconhecida uma função criativa na aplicação do direito, com espaços de efectiva liberdade (*discretion*, no sentido dworkiano do termo¹³) – um verdadeiro “arquitecto social”¹⁴ ou “arauto da razão pública”¹⁵.

De forma a re-equilibrar este jogo de poderes em que se situa, num vértice o poder judicial, e nos outros, o poder legislativo e o executivo (pelo menos)¹⁶, o sistema, em

¹¹ Neste sentido, Luís Correia de Mendonça, “Vírus Autoritário e Processo Civil”, *Julgar*, n.º 1, 2007, pág. 67 e segs.

¹² *De l'Esprit des Lois — Oeuvres Complètes*, 2 vols., Roger Caillois (ed.), Bibliothèque de la Pléiade, 1949-1951 (publicado pela primeira vez em 1748).

¹³ Ronald Dworkin, “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, n.º 21, American Philosophical Association, Eastern Division, sixtieth annual meeting (10 de Out. 1963), págs. 624-638.

¹⁴ “A mitologia de que o juiz apenas “declara” o direito é hoje vista como uma ficção por quase todos os juizes e advogados” Cfr. M. D. Kirby, “Judicial Independence in Australia reaches a moment of truth”, *The University of New South Wales Law Journal*, vol. 13, n.º 2, 1990, cit. por Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial — Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pág. 172.

¹⁵ John Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993.

¹⁶ Sem olvidar o surgimento de outros “contra-poderes” que parecem projectar-se nesse jogo nodular de consensos sociais repressivos (Michel Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 1993). Referimo-nos, claro está, aos poderes de controlo da opinião pública pela comunicação social, de controlo da economia por entidades económicas, de natureza privada ou não, mas com dimensão transnacional, de controlo da ciência pelos “centros de saber” (Universidades, Institutos, etc.) com reconhecida autoridade, *inter alia*.

*autopoiesis*¹⁷, reorganiza-se com novos contrapesos de controlo do poder judicial. Na verdade, o aprimorar e reforçar da responsabilidade dos juízes (quer se trate de responsabilidade [ainda que indirectamente] política, quer civil, quer disciplinar, quer penal), acaba por ser a contra-face do aumento do poder funcional do juiz.

A propósito, não é despidendo trazer-se aqui à colação a não encerrada discussão sobre a liberdade do juiz, com eminentes reflexos sobre o instrumental dever de reserva. Sem que, pelo menos no nosso sistema político-constitucional, se possa analisar a actividade do juiz com contornos legiferantes¹⁸, vemos com dificuldade que o sistema legal (dito este enquanto o conjunto de leis constitucionais e ordinárias) seja de tal forma acabado, que se possa falar na possibilidade de uma obediência absoluta (leia-se, subsunção inquestionável, unívoca) à lei. Retomando, neste aspecto, os conceitos operativos propostos por Dworkin, afigura-se inegável que existe, pelo menos, uma forma de liberdade *fraca* (*weak discretion*) na actuação do juiz (quando este, por exemplo, decide se num determinado processo civil deve, ou não, fazer convocar as partes para uma tentativa de conciliação). Por outro lado, ao juiz está vedado o uso de uma liberdade de tal maneira *forte* (*strong discretion*) que a mesma se cogite como não sujeita a quaisquer limites definidos, designadamente pela lei, sob pena de a sua actuação não se encontrar legitimada.

Mesmo nos casos em que se confere ao julgador um espaço de (aparente) *criatividade* (esta entendida no sentido que vimos: de impossibilidade de aplicação mecânica da lei), é exigido ao juiz, quando se depara com um eventual conflito normativo ou tenha de integrar uma lacuna, que se contenha na ponderação dos *princípios de direito*¹⁹.

¹⁷ Niklas Luhmann, *Sistemas Sociais: Aplicando os ensinamentos da teoria dos sistemas ao que vimos de analisar*, podemos considerar a alteração do estatuto funcional do juiz (sem curarmos em pormenor das causas que lhe estiveram subjacentes, mas que necessariamente ultrapassam o domínio do sistema judicial) como uma forma de irritação do sub-sistema de justiça que o re-configurou e o re-situou perante os demais (sub-) sistemas.

¹⁸ Na senda do positivismo anglo-saxónico, onde, por exemplo, Hart defende que nos casos em que a aplicação das normas não é mecânica, por existirem interpretações ambíguas ou por as mesmas normas deixarem ao aplicador a densificação dos conceitos que encerram, os juízes estão a legislar, por não existir aí uma obrigação de se chegar a um resultado necessário (Murphy, Jeffrie G. and Jules L. Coleman, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, 1990, pág. 41).

A propósito da impossibilidade constitucional do juiz se arvorar em legislador, deve recordar-se a (ainda hoje controversa) declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 2.º do Código Civil, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96 de 28 de Maio, publicado no *D.R.*, I Série-A, n.º 165, a 18-07-1996, na parte em que “... atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral [assentos], por violação do artigo 115 n.º 5 da constituição”.

¹⁹ Para o que Dworkin convoca os princípios morais e de direito natural imanentes à comunidade.

Diga-se, de resto, que Figueiredo Dias²⁰, na consideração desta obediência absoluta do juiz à lei, já advertia (nos mesmos termos que Dworkin) que “a lei não precisa de conter aquilo que, na subjectividade do aplicador, constituiria a regulamentação mais adequada ou sequer o direito justo. De outra maneira o juiz estará a actuar sob a forma mais repreensível da *dependência* – dependência das suas concepções pessoais, que pretende, de forma democraticamente ilegítima, sobrepor à concepção do poder legislativo; e a esquecer que, retirando deste modo à lei inclusivamente a sua função de *ordenação*, está a pôr em causa, de forma irremediável, o direito do cidadão a um juiz independente”²¹.

Se num plano puramente teórico esta concepção da função do juiz surge como definitiva, congruentemente fechada e acabada, já no plano empírico (ou daquilo que a doutrina anglo-saxónica usa chamar de “realismo legal”) se vê com dificuldade a aproximação desse ser ao dever-ser. Efectivamente, a visão do juiz funcionalmente ligado à preservação e manutenção do *status quo*, profundamente asséptico relativamente aos sistemas políticos (autoritários ou totalitários, democráticos ou ditatoriais) em que é chamado a administrar a justiça, parece já definitivamente arredada, até pelos próprios valores das constituições materiais dos Estados de Direito democráticos²².

Sem se cair num “activismo judicial” que desemboque no (risco de um) “governo dos juízes”, está hoje já identificado o mencionado espaço de *liberdade fraca* ou de “poder de disposição”²³, não suficientemente coberto pela norma, no qual o julgador goza de uma efectiva autonomia e no qual “só pode mover-se com certa legitimidade mediante o rigoroso exercício de auto-consciência e um esforço comprometido de transparência na motivação”.

²⁰ Jorge Figueiredo Dias, “A “pretensão” a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre o cidadão e a justiça”, *Sub Judice*, n.º 14, 1999, págs. 27 a 31.

²¹ *Loc. cit.*, pág. 29. Segundo o eminente professor, porque a aplicação da lei é “funcionalmente determinada, racionalmente imposta e teleologicamente fundada” jamais poderá existir um qualquer conflito entre a lei e a convicção do juiz (i.e., a sua mundividência jurídica, política, social, económica e cultural), na medida em que àquela deve obediência. Quando muito, existirá um conflito entre a lei a aplicar e a consciência moral do julgador, na medida em que o “decidir pela lei e contra a sua consciência significaria a destruição pura e simples da própria personalidade” e que deverá possibilitar ao juiz arredar-se da participação nesse processo, seja por via da invocação de uma objecção de consciência (ainda não regulamentada legalmente para o caso em apreço), seja através da aplicação analógica dos mecanismos previstos para os impedimentos, suspeição e recusa do juiz.

²² Não obtuso é observar que, como já demonstrou a história, o comportamento acríptico da judicatura serviu, nesses diversos sistemas, para os legitimar enquanto poder e, nessa sequência, ferir os últimos redutos da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Jorge F. Malem Seña, “Podem as “más pessoas” ser bons juízes?”, *Julgar*, n.º 2, pág. 49, nota 39.

²³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit. *apud* Perfecto Andrés Ibañes, “A profissão do juiz hoje”, *Julgar*, n.º 1, 2007, pág. 44.

Neste espaço de liberdade, em que o juiz transporta para a decisão (conscientemente ou não) a sua visão do mundo, assiste-se a uma transcendência normativa do acto de julgar, que não raras vezes suscita a atenção pública. Nestes casos, o direito aplicado pelo julgador, ainda que vinculado à lei, acaba por transcendê-la²⁴.

Por outro lado, e sem que também aí se possa cair em qualquer tentação de arbitrariedade ou voluntarismo, é por demais evidente que o dito “poder de disposição” do juiz tem ampla margem na decisão de facto. Aqui, efectivamente, se exige o tal esforço de transparência na motivação, sopesado pela honestidade intelectual que se espera do julgador, com um grande rigor indutivo e uma análise dedutiva crítica e racional. Na verdade, é no momento da apreciação da prova que ao juiz mais se exige a apreensão do humano e, nessa medida, lembrando-se que também é um homem, se lhe pede que recorra à sua experiência. É justamente desta dialéctica do juiz enquanto homem, do julgador permanentemente julgado pela comunidade de que faz parte, que emergem os tais valores éticos e os tais deveres deontológicos, onde se insere o dever de reserva. E, por isso, se é verdade que os juízes, enquanto cidadãos, gozam dos demais direitos e estão sujeitos a todos os deveres dos seus concidadãos, porque portadores da mesma dignidade, vêem, contudo, limitados alguns desses seus direitos e liberdades, quando os mesmos ponham ou possam pôr em causa os direitos fundamentais daqueles que recorrem à justiça. Com efeito, sendo a justiça uma instituição fulcral para qualquer sociedade democrática, é essencial que a comunidade (política e a opinião pública) possa escrutinar a actividade dos tribunais e dos seus (exclusivos) titulares (os juízes), no desempenho das responsabilidades que lhes estão confiadas. Só deste modo se pode fundar e promover a imprescindível confiança da comunidade (do povo) nos seus juízes²⁵. Por outro lado, mister é referir que esta confiança é bidireccional, tendo num dos pólos o juiz e noutra a comunidade.

Na verdade, pese embora a obediência à lei seja a razão legitimadora do acto de julgar, o certo é que a degradação da imagem do juiz é factor de erosão que, no limite, pode acabar por deslegitimar a sua actuação e, por arrastamento, de todo o sistema de justiça. De resto, como de

²⁴ Armando Gomes Leandro, *loc. cit.*, pág. 18.

²⁵ Ao protegerem essa confiança de ataques destrutivos que são, normal e essencialmente infundados, essas garantias são reclamadas na exacta medida em que aqueles que têm por missão a administração da justiça se vêem coarctados no exercício de uma defesa ou resposta do mesmo jaez. Neste sentido, é de crucial importância os *obiter dicta* do acórdão do Tribunal

Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de Abril de 1995, no caso Prager e Oberschlick vs. Austria. Neste caso tratava-se especificamente da questão da necessidade de se proteger a decisão do juiz, da liberdade de expressão (da imprensa escrita), fazendo-a recuar. Argumenta-se com o facto de, por o juiz estar sujeito a um específico dever de reserva que não lhe permite ir para a «praça pública» comentar os seus processos, haver a necessidade de se sopesar do fundamento e proporcionalidade do “ataque” à actuação judicial para que a mesma se possa julgar (ou não) legítima e lícita.

forma lapidar explicita Jorge F. Malem Senã²⁶, “convém recordar que as normas jurídicas em geral e as sentenças em particular, cumprem também uma função simbólica de carácter ideológico-moral em apoio aos fins que sustentam ou promovem, não dizendo apenas respeito ao condenado, mas também à sociedade”. É também para obviar a esta degradação da confiança na integridade judicial, que assume particular relevância o dever de reserva dos juízes.

3. Referências Internacionais

O dever de reserva dos juízes é transversalmente reconhecido em diferentes latitudes, quer nos países da tradição cultural do *civil law*, quer nos do *common law*, arrimado na ética e na deontologia profissionais, sendo em geral alinhavado em *Códigos Éticos* e *Deontológicos* produzidos pelos próprios juízes, inscrevendo-se nalguns casos nos próprios estatutos profissionais. De igual maneira, com mais ou menos pormenor, directa ou indirectamente, inúmeros textos internacionais relativos ao exercício do poder judicial, produzidos por organizações internacionais de carácter geral ou relacionadas com a justiça, ao nível universal ou regional, se lhe referem. É o que ocorre com os chamados Princípios de Bangalore²⁷, onde a propósito se consigna que: “o juiz não deverá fazer qualquer comentário relativamente a processo a seu cargo ou que possa vir a estar sob a sua direcção, que possa razoavelmente ser interpretado como antecipatório do seu juízo, nem deverá, de qualquer forma, comprometer a justiça do caso. Também deverá abster-se de fazer qualquer comentário, publicamente ou não, que possa afectar o julgamento justo de qualquer caso”. O Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial²⁸, decorrente da Declaração de Copán-San Salvador, de 2004, produzido pelos Presidentes de Cortes e Supremos Tribunais de Justiça e de Conselhos da Judicatura pertencentes aos países que integram a Ibero-América, expressa um compromisso institucional com a excelência e se apresenta como um instrumento para fortalecer a legitimação do Poder Judicial, referindo que: “os juízes têm obrigação de ter uma atitude de absoluta reserva e segredo profissional no que se refere às causas em trâmite, assim como, acerca dos factos ou dados conhecidos no exercício da sua função ou por ocasião da referida Função” (artigo 62.º); “O

²⁶ *Loc. cit.*, pág. 48.

²⁷ Projecto de Código de Conduta Judicial de Bangalore, de 2001; Os Princípios da Conduta Judicial de Bangalore, de 2002; e Os Comentários aos Princípios de Bangalore, de Março de 2007, pelo Judicial Integrity Group. Cfr.: http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf.

²⁸ Relativamente ao qual também se apresentaram vozes cépticas e desconfiadas: <http://informatica.jt.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/ENAMAT/ACADEMICO/SUPORTE%20AO%20ENSINO/BIBLIOGRAFIA%20B%20C%81SICA/C%20C%93DIGO%20IBEROAMERICANO%20DE%20C%89TICA%20JUDICIAL/C%20C%93DIGO%20IBERO%20COM%20LOGO%20ENAMAT.PDF>.

dever de reserva e segredo profissional que pesa sobre o juiz estende-se não só aos meios de informação institucionalizados, mas também ao âmbito estritamente privado” (artigo 66.º); “O dever de reserva e segredo profissional corresponde tanto ao procedimento das causas quanto às decisões adoptadas” (artigo 67.º) Mais contidamente o Estatuto Universal do Juiz²⁹, aprovado em Novembro 1999, pelo Conselho Central da União Internacional de Magistrados, em Taipei (Taiwan), refere no seu artigo 5.º, apenas que: “o juiz deve ser e mostrar-se imparcial no exercício da sua actividade jurisdicional; deve desempenhar os seus deveres com moderação e dignidade, com respeito pela sua função e das pessoas envolvidas”. Por seu turno o Código de Conduta dos Juízes estadunidenses³⁰ afirma que: “os juízes devem assumir uma atitude proactiva no estabelecimento, manutenção e reforço de elevados padrões de conduta, observando-os cada um deles, para preservação da integridade e independência do poder judicial”. De modo mais abrangente os Princípios de Burgh House³¹, de 2004, respeitantes à Independência da Magistratura Internacional, preconizam que as liberdades de expressão e de associação dos juízes devem ser exercidas de modo compatível com a função judicial e em nenhuma circunstância podem afectar ou comprometer a imparcialidade ou independência dos juízes (artigo 7.º, n.º 1), devendo estes ser parcimoniosos em comentários extrajudiciais a decisões próprias ou de outros juízes (artigo 7.º, n.º 3); não devendo comprometer-se com qualquer outra actividade extrajudicial incompatível com a função, nomeadamente não devem exercer qualquer cargo político (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2); e na sua vida pública ou privada devem evitar contactos com advogados, agentes judiciários ou outras pessoas ligadas a processos pendentes (artigo 12.º, n.º 1), susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade ou a imagem de imparcialidade. Mais precisa e expressiva é a fórmula encontrada pelo Conselho Canadano da Magistratura, no texto que produziu relativo aos princípios deontológicos da magistratura judicial³², onde a propósito da independência refere que: “os juízes respeitam as normas de conduta judicial e promovem a aplicação das mesmas para reforço da confiança pública, pedra angular da sua própria independência”; frisando depois, nos comentários a esse princípio geral, que a independência judicial não é um direito dos juízes, mas fundamento da imparcialidade judicial, e esta um direito constitucional dos cidadãos. Mais se alude, a propósito da integridade judicial, que “os juízes se esforçam por manter uma conduta irrepreensível aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial e bem informada”. E que “além de observarem elevados padrões de

²⁹ http://195.22.10.123/wp-content/estatuto_universal.pdf.

³⁰ Code of Conduct for United States Judges: www.uscourts.gov/guide/vol2/ch1.html.

³¹ http://www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/burgh_final_21204.pdf, da responsabilidade da International Law Association Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals.

³² www.cjc-ccm.gc.ca.

conduta pessoal, promovem esses padrões junto dos seus colegas, apoiando-os nesse empreendimento”.

A temática da ética judicial, onde o dever de reserva tem sempre lugar, é tratado em muitos outros textos, anteriores ou contemporâneos dos citados, de cariz universal ou regional, inspiradores, inspirados, desenvolvidos ou simples referência daqueles³³.

³³ The Code of Judicial Conduct adopted by the House of Delegates of the American Bar Association, August 1972; The European Charter on the Statute for Judges, Council of Europe, July 1998; — The Idaho Code of Judicial Conduct 1976; Draft Principles on the Independence of the Judiciary (“Siracusa Principles”), prepared by a committee of experts convened by the International Association of Penal Law, the International Commission of Jurists, and the Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1981; Minimum Standards of Judicial Independence adopted by the International Bar Association, 1982; Code of Conduct for Judicial Officers of Tanzania, adopted by the Judges and Magistrates Conference, 1984; United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, endorsed by the UN General Assembly, 1985; Princípios Fundamentais Relativos à Independência da Magistratura, adoptados no 7.º Congresso da ONU para a Prevenção da Criminalidade e Tratamento dos Delinquentes, confirmado pela Assembleia-Geral da ONU, em Novembro e Dezembro 1985 (Resoluções 40/32 e 40/146); Recomendação R (94) 12 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes; Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes (CCJE), de 1985. Draft Universal Declaration on the Independence of Justice (“Singhvi Declaration”) prepared by Mr L.V. Singhvi, UN Special Rapporteur on the Study on the Independence of the Judiciary, 1989; The Texas Code of Judicial Conduct; Code of Conduct for Judges, Magistrates and Other Judicial Officers of Uganda, adopted by the Judges of the Supreme Court and the High Court, July 1989; Elementos de um Estatuto Europeu da Magistratura – dos Magistrados Europeus para a Democracia e as Liberdades (MEDEL), de 1993; Código Ético dos Magistrados (Itália), 1994; The Code of Judicial Conduct of the Philippines, September 1989; Ethical Principles for Judges, drafted with the cooperation of the Canadian Judges Conference and endorsed by the Canadian Judicial Council, 1998; The Judges Code of Ethics of Malaysia, prescribed by the Yang di-Pertuan Agong on the recommendation of the Chief Justice, the President of the Court of Appeal and the Chief Judges of the High Courts, in the exercise of powers conferred by Article 125(3A) of the Federal Constitution of Malaysia, 1994; The Code of Conduct of the Judicial Conference of the United States; The Canons of Judicial Conduct for the Commonwealth of Virginia, adopted and promulgated by the Supreme Court of Virginia, 1998; The Code of Judicial Conduct adopted by the Supreme Court of the State of Washington, USA, October 1995; Declaration of Principles of Judicial Independence issued by the Chief Justices of the Australian States and Territories, April 1997; The Judicial (Code of Conduct) Act, enacted by the Parliament of Zambia, December 1999; The Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the Lawasia Region, adopted by the 6th Conference of Chief Justices, August 1997; The Latimer House Guidelines for the Commonwealth on good practice governing relations between the Executive, Parliament and the Judiciary in the promotion of good governance, the rule of law and human rights to ensure the effective implementation of the Harare Principles, 1998; Directrizes de Latimer House para a Commonwealth, de 1998; Restatement of Values of Judicial Life adopted by the Chief Justices Conference of India, 1999; The Iowa Code of Judicial Conduct; Code of Conduct for Judicial Officers of Kenya, July 1999; The Code of Conduct for Magistrates in Namíbia; Rules Governing Judicial Conduct, New York State, USA; Code of Conduct for Judicial Officers of the Federal Republic of Nigéria; Code of Conduct to be Observed by Judges of the Supreme Court and of the High Courts of Pakistan; The Canons of Judicial Ethics of the Philippines, proposed by the Philippines Bar Association, approved by the

4. Densificação do Conceito

O dever de reserva vem a ser, simultaneamente, decorrência e instrumento do dever de imparcialidade do juiz, uma vez que se, por um lado, constitui uma espécie de tutela avançada das condições objectivas daquela, por outro, é dela promotor. Para além disso, integra-se num outro dever de espectro mais amplo, decorrente de normas esparsas (de que são aliás também sujeitos outros actores forenses), que exige aos juízes que sejam actores proactivos, não apenas do estabelecimento, como também da manutenção e reforço da confiança da comunidade no sistema judicial e, de forma mais geral, do sistema democrático. Ora, aquela confiança só é mensurável se a judicatura for credora de um prestígio condizente com a sua condição, de titular de um poder independente dos demais poderes do Estado, e da garantia da sua imparcialidade, esta só alcançada através de elevados padrões de conduta, relativos quer à sua vida profissional, quer, em boa parte, respeitantes à sua vida privada, na medida em que esta possa afectar aquela. Na verdade, é indubitável, e por isso decorre das referências internacionais citadas, que o dever de reserva dos juízes se lhes impõe não apenas nos procedimentos relativos ao julgamento dos casos que lhes estão distribuídos, como ainda nas relações que, por causa deles, têm de ter com a comunicação social³⁴ e, desta forma, interferindo ainda na sua vida privada de relação e na

Judges of First Instance of Manila, and adopted for the guidance of and observance by the judges under the administrative supervision of the Supreme Court, including municipal judges and city judges; Yandina Statement: Principles of Independence of the Judiciary in Solomon Islands, November 2000; Guidelines for Judges of South Africa, issued by the Chief Justice, the President of the Constitutional Court, and the Presidents of High Courts, the Labour Appeal Court, and the Land Claims Court, March 2000; The Policy Framework for Preventing and Eliminating Corruption and Ensuring the Impartiality of the Judicial System, adopted by the expert group convened by the Centre for the Independence of Judges and Lawyers, February 2000; Code of Conduct for the Judges of the Supreme Court of Bangladesh, prescribed by the Supreme Judicial Council in the exercise of power under Article 96(4)(a) of the Constitution of the People's Republic of Bangladesh, May 2000; Comentário n.º 1 (2002) do grupo de trabalho do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus (CCJE-GT) sobre o projecto de Bangalore relativo ao Código de Deontologia da Magistratura; Parecer n.º 1 (2001) sobre a independência e a inamovibilidade dos juízes (CCJE); Parecer n.º 3 (2002) sobre princípios e regras que regulam os imperativos profissionais aplicáveis aos juízes, em particular a deontologia, as incompatibilidades e a imparcialidade (CCJE); Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (Pleno del Congreso de los Diputados — España), de 16 Abril 2002; Código de Conduta dos Juízes Estadunidenses, da American Bar Association, de 2004; Código de Ética Judicial, do Tribunal Penal Internacional, de 2005; Guia para a Conduta Judicial (Inglaterra e País de Gales), revisto em 2006; Propostas de actualização da Recomendação R (94) 12 por um grupo de especialistas do Conselho da Europa em independência, eficiência e papel dos juízes, de 2007; Declaração Ética de Wels, da Associação dos Juízes Austríacos, 2007; Código de Conduta do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (2007).

³⁴ Há quem diga que actualmente os meios de comunicação de massas disputam à justiça o local de visibilidade da democracia (Antoine Garapon, *Bem Julgar — Ensaio Sobre o Ritual Judiciário*, Instituto Piaget, 1999, pág.

de participação cívica. No actual mundo tecnológico e global o juiz é, cada vez mais, “actor social e actor político de primeira grandeza”³⁵. Por isso não é, nem deve ser, um cidadão asséptico, uma espécie de sacerdote que não sai da sacristia, nem deve ter uma vida monacal, alheada das mudanças que fazem avançar o mundo. Pelo contrário, só estando bem integrado na comunidade, atento à realidade que o rodeia e tendo participação cívica activa, poderá bem desempenhar o seu múnus. O que sumamente se lhe exige, para ser legítimo credor da confiança pública, é uma reputação isenta de mácula e tributária de um irrepreensível conceito público. Ocorre, por isso, que a sua condição institucional se interpõe ante o exercício de alguns direitos fundamentais, restringindo-os, embora apenas na medida necessária ao não comprometimento daquele valor supremo, estruturante do sistema democrático, que é a já referida confiança da comunidade no sistema e nas instituições da justiça³⁶. Será, pois, o quadro constitucional que deverá traçar a linha a partir da qual os direitos fundamentais de cidadania, como o da liberdade de expressão (artigo 37.º, n.º 1), da liberdade de consciência e religião (artigo 41.º), da liberdade de associação (artigo 46.º, n.º 1), de participação na vida pública (artigo 48.º, n.º 1), etc., têm de ser concertados, senão mesmo restringidos, em razão de outros valores constitucionalmente protegidos, como sejam os da independência e da imparcialidade judicial e o da confiança da comunidade nas instituições estruturantes da democracia (artigos 20.º, 202.º, 203.º, 215.º, 216.º, 217.º, 218.º e 268.º, n.ºs 4 e 5). Tal concerto haverá de alcançar-se através da regra da concordância prática, para harmonização dos direitos em conflito e protecção do núcleo essencial de cada um deles³⁷.

274). Parece que entre estas duas realidades há mais pontos em comum do que pode à partida parecer. Indiscutível parece ser que no actual estágio, a falta de experiência dos actores judiciais e dos profissionais da comunicação social quanto ao relacionamento recíproco é um motor de tensões, que urge amenizar, justamente através da compreensão mútua das áreas de intervenção de cada um. Mas não se pode olvidar, como por vezes transparece na prática judiciária, em restrições impostas à margem da lei, que o exercício do direito à informação por banda dos jornalistas tem tutela constitucional (sendo também objecto de vários instrumentos de direito internacional e imensa já a jurisprudência quer de tribunais internacionais quer dos tribunais constitucionais – ou congéneres – de todos países da nossa tradição cultural) e desenvolvimento claro na lei ordinária (nomeadamente na Lei de Imprensa – Lei n.º 2/99, de 3 de Janeiro), onde se contam, entre outros, o direito à informação e a liberdade de acesso à fontes e aos locais públicos (artigos 37.º e 38.º da Constituição).

³⁵ Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial — Fundamentos e Fragmentos*, cit., pág. 174.

³⁶ Não uma confiança cega, alheia de uma racionalidade que assente num conhecimento efectivo sobre a realidade da administração da justiça, mas uma confiança informada (ou tão informada quanto possível) decorrente de um escrutínio democrático sobre as instituições e os juizes.

³⁷ Chamamos à colação o resumo feito pelo Tribunal Constitucional a propósito da concordância prática: “nos casos de contacto confrontador ou de conflito entre direitos consagrados constitucionalmente, torna-se necessário efectuar uma optimização ponderada e susceptível, de todo o modo, de controle, dos bens jurídico-

Na ponderação casuística, deste jogo de direitos e deveres, muitas vezes, o critério operativo mediador dos valores em referência tem de ter na devida conta as representações sociais, pois que tal como à mulher de César, aos juízes não lhes basta serem sérios, têm também de parecer sérios. Daí que tão relevante como manter uma conduta irrepreensível é que ela também assim se apresente aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé³⁸. Se assim for, a turbulência normal que filtra as representações sociais encontrará o padrão de confiança que os equilíbrios institucionais exigem.

Vamos agora alinhar alguns exemplos de condutas deontologicamente exigíveis, irrepreensíveis e algumas que deverão ser evitadas. Convirá precisar, por uma questão de rigor conceptual, que ética, deontologia e estatuto disciplinar não são conceitos necessariamente coincidentes³⁹, sendo, portanto, possível, que uma conduta eticamente reprovável não seja, ainda assim, geradora de responsabilidade disciplinar. Também por uma questão metodológica, à semelhança do que faz também a Secção Disciplinar do Conselho Superior da Magistratura italiano quanto às questões deontológicas, distinguiremos as situações relativas ao exercício de

constitucionais, e isto desde que as características desses direitos não apontem para a existência de relações de generalidade e especialidade entre eles, para a existência de um menor grau de limitação de uns face a outros, ou para a existência de elementos que, na respectiva estrutura, coloquem uns direitos em posição de detenção de mais ou maior extensão fáctica, ao nível de pressupostos, relativamente a outros. Ponto é, desta sorte, que se efectue uma casuística ponderação de molde a obter-se a solução a conferir, harmonizando-se, pois, os direitos em confronto para se ser levado, se tal se mostre necessário, à “prevalência (ou razão de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro” – Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 177/92. Neste sentido pode ver-se, também, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª edição, 1991, pág. 654 e segs.

³⁸ Foi este também, no essencial, o critério assumido no Compromisso Ético dos Juízes Portugueses, *loc. cit.*

³⁹ A ética é o pensamento filosófico acerca do comportamento moral do homem, dos problemas morais e dos juízos morais. A filosofia define a ética como o estudo da conduta ideal, esta decorrente de um conceito mais amplo, o de homem ideal. A ética tem por escopo o referenciar das qualidades das acções humanas, definindo-as como boas ou más, tendo como norte a razão da felicidade – o soberano bem. Em resumo, a Ética é a ciência que estuda os valores e virtudes do homem, estabelecendo um conjunto de regras de conduta e de postura a serem observadas, para que o convívio em sociedade se dê de forma ordenada e justa. Já a deontologia consiste no estudo das regras e princípios que regem a conduta de uma situação profissional, os deveres de uma determinada profissão, normalmente coligidos num (equivocadamente designado) Código de Ética. Como adverte J. Moret-Bailly (Vers un code de deontologie pour les magistrats? *Apud* João Monteiro, “A deontologia dos magistrados no espaço europeu”, *Revista do CEJ*, n.º 6, pág. 215), a deontologia não é uma mera disciplina ou catálogo de infracções disciplinares, sendo que, por outro lado, os comportamentos disciplinarmente sancionáveis não se limitam a violações de regras deontológicas.

Por seu turno, a autonomia da deontologia em relação à disciplina confere-lhe a natureza de um precioso instrumento de reflexão e de autocontrolo dos magistrados ao serviço da ética judiciária (Raffaele Sabato, *Le code éthique: entre déontologie et discipline, L'éthique du juge*, págs. 93-100, *apud* João Monteiro, “A deontologia dos magistrados no espaço europeu”, *cit.*, pág. 215).

funções no tribunal, daquelas outras que ocorrem fora do estrito exercício de funções, aqui se compreendendo a vida privada de relação e de participação cívica dos juízes.

Isto sem prejuízo de a especificidade de uma determinada questão poder ser abordada fora do contexto desta repartição.

4.1. No exercício de funções

Na condução dos processos a seu cargo ou nas audiências a que preside ou em que participa, o juiz deve assumir uma atitude de total equidistância em relação quer às pretensões das partes quer em relação a elas mesmas.

Daí que pareça medianamente claro, aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé, que o juiz não deva, por nenhuma forma, dar a conhecer, às partes ou a terceiros, antes do momento próprio, o sentido da sua decisão sobre o caso. E para tanto deverá evitar quaisquer observações, expressões ou mesmo gestos que possam afectar a imagem da sua imparcialidade. Afigura-se igualmente claro que o juiz não deva produzir declarações, comentários ou fazer intervenções sobre assuntos discutidos em processos pendentes, em iminência de se tornarem pendentes, ou mesmo já arquivados. O pronunciamento nestas circunstâncias, ainda que apenas assentido ou meramente consentido face a comentário de terceiro, poderá induzir nos interessados ou em terceiros expectativas que só no âmbito do processo e segundo as formalidades próprias podem ser, ou não, efectivadas, sendo evidente a susceptibilidade de tal comprometer a imagem de neutralidade, própria da condição judicante.

Muitas vezes as circunstâncias que podem fragilizar a imagem de imparcialidade do juiz num qualquer processo concreto (ou mesmo a representação sobre toda a justiça), não decorrem do desempenho neste ou naquele processo, a propósito desta ou daquela diligência, mas são importadas da sua vida de relação, ainda que esta se desenvolva na penumbra dos gabinetes ou na solenidade das salas de audiência. Vejamos: não subsistem dúvidas que nos nossos dias o comportamento sexual dos juízes é matéria, em princípio, absolutamente irrelevante com referência à sua condição, excepto se isso de algum modo influenciar o desempenho judicial ou comprometer a imagem de imparcialidade da justiça. Daqui decorre que, em princípio, será irrelevante que um juiz mantenha uma relação do tipo amoroso (adúltera ou não) com um agente do Ministério Público ou com um membro da advocacia⁴⁰.

⁴⁰ Não se cura aqui dos casos de casamento ou união de facto, os quais, pela sua incontrovertida relevância (pelo menos no que respeita às relações desse tipo entre magistrados), estão expressamente previstos na lei: no artigo 7.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais e no artigo 83.º do Estatuto do Ministério Público, como impedimentos (respectivamente na Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, com última actualização pela Lei n.º 26/2008, de 27 de Junho, e Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro).

Porém, se o juiz trabalhar directa e diariamente com aquela pessoa, parecerá aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé, que pelo menos a imagem de imparcialidade daquele juiz pode ficar comprometida e por isso esse comportamento deverá ser evitado. O mesmo se diga na hipótese de o juiz se servir habitualmente das instalações do tribunal para neles manter encontros amorosos com profissionais da arte ou conquistas de ocasião.

De igual modo, a orientação sexual do juiz ou mesmo a expressão não estritamente ortodoxa da sua sexualidade será, em princípio irrelevante, como o será por regra o seu modo de vestir (embora, neste caso, pudesse a lei impor um certo trajar, por não estar em causa um direito de personalidade inegociável⁴¹), o que não significa que em determinadas circunstâncias, por exagero de militância ou outros excessos⁴², não possam, aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé, comprometer a confiança na imparcialidade do juiz e, nessa medida, ser eticamente reprovável. Em linha com este registo, Giacomo Oberto⁴³ dá notícia de casos desta natureza, apreciados pela Secção Disciplinar do Conselho Superior da Magistratura de Itália, referindo, por exemplo, a (julgada) irrelevância de um juiz manter uma relação extra-matrimonial com duas prostitutas, por isso não comprometer o normal exercício das suas funções; mas já (ter sido julgado) relevante, por comprometer o prestígio do poder judicial, o conhecimento público do facto de o juiz ter sido autor de insultos e ofensas corporais à sua mulher.

4.2. Declarações, comentários e informações

As decisões judiciais legitimam-se no essencial, como visto, na obediência à lei, sendo que, por isso, é no processo judicial que o julgador pode e deve esclarecer (*rectius*: fundamentar) a

⁴¹ Neste sentido Jorge F. Malem Seña, *loc. cit.*, pág. 53. O que não se confunde com o traje simbólico de uso obrigatório no exercício de funções no tribunal (artigo 18.º Estatuto dos Juízes).

⁴² Jorge F. Malem Seña, no texto citado, pág. 41, dá como exemplo o caso da juíza de meia-idade, divorciada, que decide frequentar nas noites de fim-de-semana um salão de baile, onde dança até de madrugada junto de pessoas mais jovens, ritmos de expressão sexual (como a lambada). A exibição generosa da juíza, em local público, onde é conhecida a sua condição e que por isso ali goza de crédito, que exhibe, pagando copos aos seus jovens acompanhantes, indo depois o proprietário ao tribunal cobrar as dívidas que ela paga sem problemas.

Ou a falta de recato do juiz, já de idade madura, que procura constantemente jovens para se relacionar sexualmente, sem olhar ao lugar onde se encontra. Outro exemplo, desta feita por referência a lei expressa, pode inferir-se da desconsideração da proibição legal de jogo em casinos a que estão sujeitos os juízes portugueses (cfr. artigo 34.º, n.º 1, al. a), da Lei do Jogo – DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro).

⁴³ Giacomo Oberto, juiz do Tribunal Civil de Turim:

<http://www.abgm.adalet.gov.tr/report%20oberto%20ankara%202004%20on%20judicial%20ethics.pdf>

sua decisão. É no teor da fundamentação que a comunidade deve procurar a razão de ser do decidido. Contudo, cremos que a decisão (com a sua fundamentação) não pode nem deve ficar enclausurada no tribunal, não sendo por essa via que se amplia a sua legitimidade ou a do sistema de justiça⁴⁴. Antes, tendo por referência o próprio dever constitucional de informação, sempre que as circunstâncias o justifiquem, deve a decisão judicial ser divulgada e explicada (numa linha de ligação do discurso técnico-científico ao discurso do senso comum)⁴⁵. Isto, claro está, sem que nalgum momento o julgador se sobreponha à sentença e se torne, ele próprio, o protagonista da justiça⁴⁶. Aliás, na passagem para o público dessas informações e esclarecimentos há regras expressas nos vários diplomas legais que devem ser observadas. Assim, por exemplo, é indisputado que nas matérias cobertas pelo segredo de justiça ou pelo sigilo profissional, o juiz não pode prestar ou mandar prestar esclarecimentos, informações e, muito menos, fazer comentários, sob pena de incorrer até na prática de um crime (artigo 371.º do Código Penal). Ressalva-se desta regra o caso expressamente previsto no artigo 86.º, n.º 13, do Código de Processo Penal, na medida em que o segredo de justiça não impede a prestação de esclarecimentos públicos pela autoridade judiciária, quando necessários ao restabelecimento da verdade e não prejudiquem a investigação, se o forem a pedido de pessoas publicamente postas em causa, ou para garantir a segurança de pessoas e bens ou a tranquilidade pública. Nestes casos, excepcionais, existe o dever, e não a mera faculdade, de o juiz (nos casos que lhe respeitem) esclarecer a opinião pública, em defesa da honra de pessoas eventualmente relacionadas com o caso e que nada têm a ver com a investigação, ou até para assegurar a paz social, contando sempre que esse esclarecimento não sufoque a investigação em curso. Por isso se entende que nestes casos, em que se está perante o cumprimento de um directo comando normativo, o juiz não tem de pedir qualquer autorização ao Conselho Superior da Magistratura⁴⁷.

Esta situação extravasa do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 1, do E.M.J., antes tendo cabimento claro no n.º 2 do referido preceito legal, onde se cuida do dever de prestar as informações que visem a realização de direitos ou interesses legítimos, bem assim como garantir

⁴⁴ Longe vão os tempos em que se considerava não dever o juiz fundamentar a decisão, de forma a não possibilitar a crítica da mesma por parte dos litigantes e, assim, procurar evitar a suspeição sobre a justiça das decisões judiciais (Jorge F. Maelem Peña, *loc. cit.*, pág. 33).

⁴⁵ “A justiça não deve só ser pública, deve também ser publicada”. Antoine Garapon, *Bem Julgar – Ensaio Sobre o Ritual Judiciário*, cit., 1999, pág. 312.

⁴⁶ Como adverte Perfecto Andrés Ibañez, *loc. cit.*, pág. 43, nota 31, tal afã de protagonismo é, “sem dúvida inaceitável, pois o juiz não pode ser nem apresentar-se perante a opinião pública como uma “personagem”, daquelas situações em que a notoriedade seja dada pelas particularidades do caso, ainda que tenha sido conduzido com a discrição e a medida deontologicamente exigível”.

⁴⁷ Em sentido contrário ver Manuel Ramos Soares, <http://dizpositivo.blogspot.com/2006/dever-dereserva-dos-juzes-pistas.html>.

o acesso à informação (como contraposição do direito do cidadão de acesso à mesma, que aí especialmente se enfatiza).

Na verdade, a proibição ínsita no n.º 1 do artigo 12.º do E.M.J. respeita aos casos de defesa da honra ou para realização de outro interesse legítimo *do juiz*. Só neste caso, em que se evidencia o juiz como titular dessa liberdade ou direito de expressão, coube normativamente restringir o mesmo, por necessidade de se assegurar a vigência nuclear de outros direitos e princípios constitucionais inerentes à sua função de administração da justiça.

E, em virtude disso, entendeu o legislador que, quando estiver em causa o direito do juiz se expressar, por forma a defender a sua honra ou para a realização de um outro qualquer seu interesse legítimo, deva ser sempre (e só nesses casos) obtida a autorização do Conselho Superior da Magistratura, por ser esta a entidade competente para sopesar esse interesse (do juiz) com os demais em presença (para que o juiz não o seja em causa própria).

No mais, quer-nos parecer que a densificação do dever de reserva do juiz, nesta vertente, não suscita especiais dificuldades. Isto é, afigura-se-nos medianamente claro que o juiz não deve tecer comentários (públicos ou privados) sobre os seus processos, sobre as decisões por si proferidas e sobre as decisões proferidas pelos seus colegas. A mácula que estas condutas lançam sobre a imagem da judicatura é óbvia. E aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé, não deixará de comprometer a confiança na integridade judicial⁴⁸.

Também nos parece ser deontologicamente impróprio, por atropelo ao dever de reserva, a utilização do processo (mormente da sentença) para tecer considerações de natureza política, ideológica, religiosa ou outra totalmente à margem do seu objecto⁴⁹ (especialmente, quando tais comentários surjam como formas de resposta ou de retorsão). Tal conduta poderá até, pelo menos nos apontados casos de resposta ou retorsão, ser passível de censura disciplinar, por violação da proibição constante do artigo 12.º, n.º 1, do E.M.J., pois que as excepções ali previstas ao dever de reserva concernentes à defesa do direito à honra ou à realização de outros interesses legítimos, já se apresentam suficientemente amplas para garantir o núcleo essencial da liberdade de expressão do juiz.

⁴⁸ Não é, pois, por acaso que numa significativa parte dos códigos éticos e deontológicos judiciais estrangeiros citados a tal expressamente se referem, sendo este também o caminho trilhado pelo Compromisso Ético dos Juízes Portugueses, *loc. cit.*, pág. 13.

⁴⁹ Importa ressaltar que não são, evidentemente, à margem do objecto do processo as apreciações ou comentários destinados a escrutinar a prova apresentada ou produzida.

4.3. Participação cívica em geral

Fora do âmbito estatutário (mormente da disciplina do artigo 12.º do E.M.J.) e sem desconsideração pelas regras da deontologia judiciária conta-se o direito de o juiz (aliás, em geral ressalvado em praticamente todos os códigos de ética judicial no mundo) participar, das formas mais variadas, por escrito ou oralmente, no debate das questões da profissão, do sistema jurídico e judiciário e das matérias da justiça. Essa ressalva perspectiva-se, inclusivamente, como um dever funcional de contributo para a melhoria do sistema jurídico e progresso do Direito. Mas como em todos os outros espaços de liberdade, há perigos para os quais o juiz se deve acautelar. Como elucidativamente adverte Pedro Vaz Pato⁵⁰, também aqui há-de o juiz ter especial cuidado de forma a não gerar no público a convicção de que tem ideias pré-concebidas em relação a casos com que possa vir a ser confrontado no tribunal, devendo especialmente considerar qual a sua área concreta de trabalho e de que forma a sua participação vinculará a sua imagem⁵¹. Ou seja, mesmo nestas intervenções, é mister que a sua intervenção se faça segundo critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade⁵² e que saiba separar as águas da estrita discussão técnica, daquela que visa o impulso da actividade legislativa ou política, sob pena de sair minada a confiança de toda a comunidade na vinculação das decisões por ele proferidas à vontade do legislador⁵³.

No seguimento do referido, é sobremaneira importante trazer à colação o “tom e o modo”⁵⁴ que o juiz empresta à sua intervenção. Pois que, num debate de cariz técnico ou científico, é-lhe por natureza exigível que se expresse com elevação, objectividade, rigor, serenidade, contenção, independência de espírito, abertura ao diálogo e distância de qualquer paixão ideológica e de qualquer espírito sectário⁵⁵. Tais características de linguagem, argumentação e conduta devem, de resto, pautar o discurso do juiz, quer quando participa em debates de cariz técnico e científico, quer quando, despido da beca, e na qualidade de comum

⁵⁰ “A intervenção Cívica dos Magistrados — Sentido e Limites”, *Revista do CEJ*, n.º 6, pág. 243 e segs.

⁵¹ Como refere Pedro Vaz Pato, um juiz afecto à jurisdição laboral deverá abster-se de participar em questões relativas à política laboral e, designadamente, sob o manto do debate técnico ou científico, promover ou impulsionar alterações legislativas (*loc. cit.*, pág. 249-251).

⁵² É também neste sentido que vai o Compromisso Ético dos Juizes Portugueses. *Loc. cit.*, pág. 22.

⁵³ Em termos simplistas, só para ilustração do que se acha dito, uma coisa é defender-se que a norma deve ser interpretada da maneira x, atendendo a determinado princípio jurídico-constitucional ou jurídico-legal; e coisa diversa é dizer-se que a interpretação da norma deve ser feita da maneira y, tendo em atenção determinado princípio político que não tem qualquer arrimo na lei.

⁵⁴ Mais uma vez, teve-se em consideração a expressiva abordagem de Pedro Vaz Pato, *loc. cit.*, pág. 246 e segs.

⁵⁵ Pedro Vaz Pato, *loc. cit.*, pág. 247.

cidadão, decide participar de uma qualquer discussão ajurídica e completamente arredia do seu campo profissional⁵⁶.

Nessa senda, não deverá o juiz, quando no debate com outros (mesmo que na internet), ainda que profissionais do direito, exigir ou sequer esperar que o tratem com o respeito que lhe seria devido se estivesse a presidir a um debate judicial⁵⁷. Para além de haver a obrigação de o magistrado definir logo, *ab initio*, que participa na discussão enquanto cidadão, jamais deve fazer uso do seu estatuto para daí retirar uma qualquer autoridade que (sobretudo nas questões arreadas do Direito) efectivamente não tem.

No campo da participação cívica a Constituição também garante aos juízes a liberdade de serem membros, desenvolverem actividades e mesmo pertencerem aos órgãos de associações de diversa índole, como, desde logo, as de natureza profissional, de carácter cultural, desportivo, lúdico, político, etc. (artigos 46.º, n.º 1, e 48.º, n.º 1, da Constituição). Como já se referiu a actividade social dos juízes é tão vantajosa para a sociedade como para a magistratura.

Um juiz atento às coisas do mundo e bem integrado na comunidade estará mais bem apetrechado para proferir decisões equilibradas e assim alcançar melhor justiça. Mas também nesta área a participação não poderá deixar de ser cautelosa. Não se curará aqui de escarpelizar o que é evidente.

E evidente é que juiz não deve integrar-se em associações anti-democráticas e outras cujo objecto seja contrário à lei. Mas já importará referir a situação do juiz da jurisdição civil ou da administrativa, membro e activista de uma associação ambientalista, cujo resultado reflexo dessa actividade, com grande probabilidade, mais tarde ou mais cedo, lhe irá parar à secretária.

Ou o do juiz da jurisdição criminal que toma assento directivo numa associação de protecção de vítimas de crimes⁵⁸. O envolvimento do juiz com organizações de carácter humanitário ou mesmo do jaez acabado de referir, em geral não suscita necessidade de cautelas. Tudo dependerá porventura do grau de comprometimento e da mediana probabilidade de o juiz se vir a confrontar com a necessidade de ser escusado ou recusado⁵⁹.

⁵⁶ A propósito ver Jorge F. Malem Seña (*loc. cit.*, pág. 41), que citando Piero Calamandrei, exemplifica a impossibilidade de um cidadão confiar num juiz que no dia anterior se encontrava num estádio de futebol entre os adeptos a gesticular e dirigir epítetos ao árbitro!

⁵⁷ Pedro Vaz Pato, *loc. cit.*, pág. 249.

⁵⁸ A simples pertença não deverá, em princípio, colocar em perigo a imparcialidade; todavia sempre poderá vir a ser fundamento de escusa ou recusa. Neste sentido, cfr. Jorge F. Malem Seña, *loc. cit.*, pág. 44.

⁵⁹ Segundo os Princípios de Bangalore (artigo 2.º, § 3.º) o juiz deverá evitar, tanto quanto lhe for razoavelmente exigível, colocar-se em situação de ser recusado, justamente em razão da imagem de imparcialidade e de integridade que tem o dever de preservar.

Igualmente claro se nos afigura que os juízes em geral não devam participar ou emprestar o seu prestígio a organizações em que seja razoavelmente de prever que ficarão sujeitos a apreciações públicas vexatórias. É o que acontece, nomeadamente, nos órgãos federativos de algumas modalidades desportivas profissionais, como é o caso do futebol⁶⁰.

No mesmo registo, de um ponto de vista ético, ninguém objectará que os juízes não devem usar dos seus direitos estatutários especiais para solicitar ou simplesmente aceitar vantagens na sua vida privada, a que de outro modo não poderiam legítima e razoavelmente aspirar⁶¹.

Mais difícil será avaliar a situação do juiz casado ou unido de facto com um consorte que milita ou desempenha funções de responsabilidade numa associação de grande visibilidade social (que tanto pode ser um clube de futebol⁶² como um partido político). Naturalmente que os concubinos se acompanharão em eventos sociais, alguns dos quais conotados com essa associação. O júízo ético passará sempre pela razoabilidade, aferida aos olhos de uma pessoa imparcial, bem informada e de boa-fé. A situação poderá com equilíbrio sustentar-se, mas também, em caso extremo, vir a configurar uma incompatibilidade ética.

E que dizer do juiz que integra uma organização que exige aos seus aderentes a prestação de promessas de fidelidade incompatíveis com o estatuto do cargo (da profissão), ou que, pelo seu secretismo, não assegure a plena transparência sobre a participação dos seus membros? O Compromisso Ético dos Juízes Portugueses, de forma aliás precursora, tomou posição expressa sobre a questão. Tratou-a justamente a propósito da imparcialidade, afirmando categoricamente que os juízes portugueses rejeitam ter participação nesse tipo de organizações. Esta parece, efectivamente, ser a única solução compatível não apenas com os valores éticos da profissão, como também com os deveres deontológicos e estatutários, uma vez que a imparcialidade do juiz é uma garantia fundamental dos cidadãos. Donde, nos quer parecer que, um juiz que se coloque numa situação dessas, claramente incompatível com a salvaguarda daquele seu dever e garantia de cada um dos cidadãos destinatários da justiça, terá de deixar a profissão.

Em contraponto, deverá anotar-se, que os magistrados do Ministério Público, tomando posição sobre esta questão no seu recente Congresso⁶³, entenderam que a imparcialidade de cada um deles e, por consequência, do órgão que integram (o Ministério Público), fica assegurada com a instituição de uma “declaração de interesses”! Nem pelo facto de os agentes

⁶⁰ Neste mesmo sentido vai o Compromisso Ético dos Juízes Portugueses, *loc. cit.*, pág. 13.

⁶¹ Também assim no Compromisso Ético dos Juízes Portugueses, *loc. cit.*, pág. 13.

⁶² O “ambiente” que rodeia o futebol no nosso país (e não só) é em geral reconhecido como sendo constituído por gases que comprometem uma respiração saudável, sendo por isso de evitar por quem preze (e a quem se exige) um estilo de vida higiénico.

⁶³ VII Congresso (extraordinário), que decorreu no Estoril, nos dias 12 e 13 de Dezembro de 2008.

do Ministério Público não terem um estatuto de independência, como é apanágio dos juízes, os desonera do dever de imparcialidade, que é também exigível a toda a administração pública⁶⁴, que naturalmente integram. Com efeito, embora dotado de autonomia, o Ministério Público é um órgão administrativo, ao qual estão cometidas específicas e elevadas funções, as quais, também pela sua natureza, sempre seriam incompatíveis com o comprometimento da imparcialidade deste órgão do Estado. E no mais sobram, por serem mais que muitas, as dúvidas e as interrogações que suscita a eficácia (ou falta dela) de tal “declaração”⁶⁵.

4.4. Actividade política

Relativamente ao desenvolvimento de actividade política, o Estatuto dos Juízes Portugueses veda a prática de actividades político-partidárias (artigo 11.º, n.º 1) e, quando em efectividade de funções, o desempenho de cargos políticos, excepto os de Presidente da República e de membro do Governo ou do Conselho de Estado (artigo 11.º, n.º 2). Estas normas de restrição estão em linha com o que em geral se estabelece noutros ordenamentos que nos são próximos. No Canadá, por exemplo, o documento relativo à deontologia, produzido pelo Conselho da Magistratura⁶⁶, refere que, após a nomeação, os juízes se deverão abster de qualquer ligação à política e aos partidos, não devendo a eles aderir, ou sequer participar em actividades por eles promovidas.

O mesmo, no essencial, refere o código de conduta judicial dos EUA. No mesmo registo se encontra o código de conduta judicial australiano e também o sul-africano, nos quais se pretende que os juízes evitem qualquer associação aos partidos e suas actividades, ressalvando todo, porém, a participação nas que se relacionam com o sistema jurídico e de administração da justiça.

No Japão os juízes não podem participar em qualquer actividade política. E no contexto europeu, os juízes franceses têm o dever legal de não participar em quaisquer actividades de carácter político-partidário. Na República Checa os juízes estão legalmente impedidos de fazer greve, de ter qualquer participação político partidária, incluindo a de ser membro de um partido (por ironia, no regime anterior só um membro do partido podia ser juiz!). Na Estónia, na Lituânia,

⁶⁴ Cfr. artigos 219.º, n.º 3, e 266.º, n.º 2, da Constituição.

⁶⁵ Nos códigos de conduta referenciados, apenas em um (Código de Conduta do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – artigo 4.º) está prevista uma “declaração quanto aos interesses financeiros”, e apenas como uma espécie de compromisso de honra, tabelar, que os juízes daquele tribunal têm de fazer quando tomam posse.

Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/LexUri-Serv/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:223:0001:0002:EN:PDF>.

⁶⁶ www.cjc-ccm.gc.ca.

na Eslovénia e na Roménia os juízes não podem ter qualquer actividade política. Na Eslováquia não podem exercer cargos políticos. No Reino Unido os juízes não podem exercer qualquer actividade de natureza política.

Já na Alemanha os juízes podem ser membros de um partido e ser eleitos deputados, caso em que terão de suspender funções profissionais⁶⁷.

Na grande maioria dos casos a regra é, pois, a de impedir que os juízes participem em actividades de carácter político-partidário e, nalguns, proibição mesmo de serem membros de um partido. Subjaz a estas normas uma preocupação de distanciamento relativamente às querelas próprias da política partidária, por se entender que isso pode ser pernicioso, não apenas no domínio das relações com o poder político, mas também porque nas representações sociais tal pode comprometer a imagem de independência e de imparcialidade que se cola “à pele” dos juízes.

Parece razoável considerar que a aura das aludidas normas de restrição se não circunscreverá ao âmbito partidário *stricto sensu*, mas deverá abranger qualquer comprometimento, feito de qualquer modo, relativamente a qualquer causa de cariz político, desde que assim ela se apresente aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé. De igual modo e pela mesma razão, o exercício de cargos de nomeação política por banda dos juízes é em muitos países restringida em moldes bem mais apertados que em Portugal. O que se compreende, pois que o desempenho temporário de uma função para a qual se foi nomeado por alguém que tem uma evidente conotação político-partidária, pautando-se ainda para mais esse exercício por uma relação de infra-ordenação do juiz em relação ao nomeante, não pode deixar de, aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé, comprometer a imagem de independência *et pour cause* da imparcialidade do juiz nomeado. A isso não obsta a circunstância de no entretanto o juiz ter suspenso temporariamente as suas funções judiciais (por a acumulação ser incompatível). Mas nem por razão de o Estatuto dos Magistrados Judiciais não restringir esta prática (aliás, recorrente) tanto quanto porventura deveria, torna esses casos menos questionáveis de um ponto de vista ético.

4.5. Actividades conexas com a consciência moral

A liberdade de consciência, de religião e de culto, constitucionalmente garantida (artigo 41.º), implica, entre o mais, o respeito pelas opções assumidas ou determinadas pelos

⁶⁷ Dados constantes do Anexo ao Parecer n.º 3 do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, do Conselho da Europa CCJE (2002). *Op. cit.*, n.º 3, denominado “syntheses des réponses au questionnaire sur la conduite, l’éthique et la responsabilité des juges” (Novembro 2002).

imperativos de consciência de cada um, nomeadamente os decorrentes da fé, e podem assumir uma imensa variedade de modalidades de intervenção cívica. Contudo, parece indubitável que no concreto desempenho de funções o juiz não poderá sobrepor as suas convicções morais ou religiosas (quaisquer que sejam) à lei, sob pena de deslegitimar a sua actuação. De tal forma que, a recusa de aplicação de uma determinada norma, que tenha por exclusivo fundamento as convicções morais ou religiosas do magistrado, deverá antes dar lugar à declaração de objecção de consciência (artigo 41.º, n. 6, da Constituição), aplicando-se directamente a norma constitucional⁶⁸.

Noutra vertente, sendo o Estado português não confessional, isso não significa que os seus juízes não possam professar uma religião ou integrar uma qualquer confissão religiosa, desde que se não dediquem a actividades proibidas pela lei. Ainda assim, a condição de juiz impõe que, mesmo nas actividades deste jaez, ele assuma “um tom e um modo”⁶⁹, de uma certa moderação, serenidade e auto-controlo, que em geral não é exigível aos demais cidadãos. Afigurar-se-á, por exemplo, impróprio, aos olhos de uma pessoa razoável, imparcial, bem informada e de boa-fé, que o juiz transporte para esse nicho da sua vida privada as referências simbólicas da função, como seja, porventura, o uso do traje profissional (a beca)⁷⁰ numa cerimónia religiosa (por exemplo numa procissão), que é por natureza um acto (pessoal e colectivo) de comunhão e manifestação de uma fé. Não está, evidentemente, em causa (como se ressaltou) a liberdade do cidadão que é juiz em participar em manifestações de carácter religioso (públicas ou privadas); o que se reputa ilegítimo é a conotação do seu estatuto com uma determinada confissão.

5. O “tempo” da ética

O domínio da ética judicial é, neste nosso tempo de incerteza e de extrema complexidade, um elemento fundamental à assunção das responsabilidades⁷¹.

Na parte que nesse contexto lhe cabe, o dever de reserva, quer na sua amplitude ético-deontológica, quer na sua dimensão estatutária (necessariamente mais restrita), impõe ao juiz não apenas uma conduta irrepreensível no desempenho das suas responsabilidades profissionais, como ainda algumas restrições ao pleno exercício de alguns direitos fundamentais. Tais restrições derivam da circunstância de as condutas correspondentes poderem diminuir,

⁶⁸ Neste exacto sentido Figueiredo Dias, *loc. cit.*, págs. 29/30.

⁶⁹ Pedro Vaz Pato, *loc. cit.*, pág. 246.

⁷⁰ Quanto ao uso da beca dispõe o n.º 1 do artigo 18.º do Estatuto dos Juízes que: “no exercício das suas funções dentro dos tribunais e, quando o entendam, nas solenidades em que devam participar, os magistrados judiciais usam beca”.

⁷¹ Conforme superiormente refere Armando Gomes Leandro, *loc. cit.*, pág. 16.

nomeadamente nas representações sociais, a confiança e o respeito da comunidade pelas instituições da justiça, que são essenciais à manutenção de uma democracia saudável.

Aos juízes não lhes basta, pois, que sejam independentes, imparciais e competentes, mas também que assim pareçam aos olhos da comunidade.

A imagem que dão de si próprios e a aparência da justiça são deveras importantes para gerar a confiança que numa sociedade democrática os cidadãos devem ter nas instituições da justiça. Tanto quanto, podendo até ser independentes e imparciais, se não assumirem, ao lado de uma elevada competência técnica (também ela legitimadora da função)⁷², um rigoroso compromisso ético, com elevados padrões de comportamento, isso poderá prejudicar não apenas a imagem de independência e de imparcialidade que é conatural à judicatura, como comprometer seriamente a confiança da comunidade. Importará, por isso, ter bem presentes as palavras de Agustina Bessa-Luís, que com elevado sentido de oportunidade o senhor Presidente da República entendeu por bem dirigir ao 8.º Congresso dos Juízes Portugueses: “a crítica é menos eficaz que o exemplo”.

⁷² Vem-nos à memória o gracejo de Piero Calamandrei, segundo o qual: “no juiz a inteligência não conta. Basta que seja normal (...) O que principalmente conta é a superioridade moral que deve ser tamanha, a ponto de poder perdoar ao advogado ser mais inteligente que ele”. Piero Calamandrei, *Eles os Juízes Vistos por Nós os Advogados*, Clássica Editora, pág. 62.

III – O Magistrado e a Sociedade

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ser Juiz Hoje



[João Lobo Antunes]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ser Juiz Hoje

Publicado em Ser Juiz Hoje, Associação Juízes pela Cidadania, Almedina, Lisboa, 2008, pp. 31 e sgs.

Quando me convidaram para participar na sessão de hoje, aceitei muito honrado, a despeito de saber que iria arriscar uma viagem sem bússola a um país de fronteiras cerradas que me é quase estranho. Estive na vossa presença uma vez, também como agora de pé, mas na condição de réu. Fui julgado com severidade por um excesso mínimo de velocidade numa artéria sem trânsito, a despeito de ter explicado que fora chamado de urgência (o que era verdade) porque, foi-me dito pelo juiz, eu era uma figura pública. Intervim por diversas vezes, quer nos Estados Unidos, quer em Portugal, como testemunha ou perito em matérias da minha especialidade, e a experiência comparada de dois sistemas jurídicos tão diferentes foi para mim fascinante.

Como é evidente não venho aqui hoje em nenhuma dessas condições, embora seja comum ouvir-se – e as metáforas clínicas abundam na linguagem quotidiana – que a justiça está doente, diagnóstico aliás extensivo a outras áreas que se aceitam serem missão do estado e cuidado dos seus governantes.

Estou aqui, com profundo sentido de respeito pela vossa profissão e peço a vossa benevolência – ou deverei pedir clemência? – para o que vos irei dizer, mas partilho convosco as preocupações de qualquer cidadão interessado e moralmente sadio, pelo bom funcionamento dos sistemas que sustentam a vida orgânica de um país. No caso da justiça ou da saúde a sua falha tem repercussão instantânea e palpável. Noutras, como a educação ou a economia, as consequências não são imediatamente visíveis, mas a prazo mais dilatado igualmente devastadores. Esta condição de cidadão interessado tem-me levado a intervir na vida pública de várias formas, cumprindo o mandato moral da educação que recebi, e o interesse reflexivo pela fisiologia íntima da sociedade de que sou membro. Neste aspecto, os sistemas legais são categorias ontológicas muito particulares, que sendo embora criações do homem, moldadas por práticas sociais e convicções e interesses partilhados, adquirem uma independência própria e uma complexidade tremenda que lhes conferem uma autonomia única e, em certa medida, indomável.

Não recusei por isso esta oportunidade de reflexão, sobretudo porque encontro naquilo que fazeis e o ofício que pratico semelhanças, talvez para vós surpreendentes, e os males que nos afligem, não são, sob vários aspectos, muito distintos daqueles que vos perturbam. Permitam-me que aponte, de passagem, que juízes e cirurgiões no seu exercício profissional envergam uma indumentária própria que dá à tarefa que desempenham uma transcendente sacralidade, ou pelo menos, eu assim considero.

Transcendente, porque a profissão nos eleva da condição de simples artífices na aplicação da lei ou do conhecimento científico e técnico; sagrada, porque encerra valores perenes: o respeito pela busca da verdade e a aplicação da justiça, no vosso caso, e no meu, o alívio do sofrimento na humanidade ferida que nos procura.

Se reconhecemos que algo não vai bem na justiça, como, tenho-o repetido por diversas vezes, também sucede na medicina (embora muitos responsáveis cegamente não o queiram admitir), é minha convicção que a cura tem de vir sobretudo de dentro da profissão, dos seus mecanismos endógenos de reparação, como sucede em qualquer ser vivo. Esta auto-reforma é, para qualquer profissão e em particular para as de mais longa tradição, sustentadas ao longo de séculos pelo entendimento corporativo da sua força, um desafio formidável. É comum ouvir-se, e tenho contestado vigorosamente este argumento, que as universidades se não auto-reformam, mas isto não passa de um álibi de preguiçosa resignação. Esperar que a reforma vos seja imposta por outros poderes, políticos ou económicos, ou pela força difusa de uma sociedade cada vez mais atenta, informada e metediza, é arriscar que sejam mordidos os vossos valores fundadores que, acima de tudo, garantem a liberdade do seu exercício. E isto é de facto o equilíbrio precário da modernidade: por um lado a vossa identidade profissional terá de ser assegurada por uma película suficientemente tenaz que a mantenha indissoluta, por outro, suficientemente porosa, para receber em osmose sem preconceito, as influências de outros saberes, de outras mundivisões, de outras ideologias, de outros modos de considerar o fenómeno social, que são a característica mais vincada e mais virtuosa da sociedade aberta em que vivemos. E, no entanto, talvez mais que qualquer outra profissão, estais hoje reféns daquilo que Max Weber chamava “the iron cage of bureaucratization”.

Vale a pena reflectir um pouco sobre a questão da identidade profissional. Basicamente esta é construída por um corpo de conhecimentos, pelo hábito de uma prática que é um mecanismo indispensável de socialização e por um sistema de valores deontológicos e éticos que lhes dão o seu esqueleto moral.

A identidade é reconhecida por nós, dentro da profissão, mas é notada também por quem nos olha de fora. E este olhar é tanto mais exigente quanto mais nos arrogamos uma superioridade moral naquilo que fazemos. No caso dos médicos é a proclamação do altruísmo

que se deve sobrepor ao interesse próprio, económico, académico ou de simples conforto e reconhecimento social. No vosso, o interesse primário é à procura da verdade e a aplicação justa da lei. Quanto aos vossos interesses secundários, não são muito diferentes dos nossos.

A atitude defensiva de nos refugiarmos nas trincheiras da nossa suficiência, indiferentes à percepção que os outros têm daquilo que fazemos, acaba por ser fatal, até porque a eficácia do que praticamos depende em grande parte da conjugação harmónica dos modos como somos percebidos dentro e fora das nossas profissões. Esta coincidência é um elemento fundamental na “auctoritas” indispensável ao exercício da magistratura.

Permitem que vos recorde que uma profissão é essencialmente um contrato social que obriga à protecção de pessoas e valores vulneráveis por gente especialmente educada e preparada para tal. No meu caso, a gente são os doentes e os valores a saúde, no vosso, aqueles que a vós recorrem e os valores da justiça. No vosso caso meios e objectivos confundem-se – procura-se justiça fazendo justiça, e o inquérito à verdade segue uma metodologia em tudo semelhante à que se aplica em ciência, embora existam algumas distinções fundamentais, e a ciência entre ainda com cerimónia na sala de audiências. A sociedade confere-vos autonomia na vossa regulação profissional mas exige, tal como a nós, que regulem o treino e a disciplina. No vosso caso, a natureza dos valores que protegem é tal que as sociedades garantem, desde há longos séculos, uma total independência. Esta blindagem que a sociedade vos outorgou não pode ser tomada como um outro mecanismo de protecção de privilégios corporativos, mas como garantia de um compromisso moral, que parece por vezes adormecido.

Assiste-se hoje, em curiosa sincronia, a uma crise das corporações profissionais da mais longa tradição – médicos, juízes, professores –, em parte porque os poderes políticos e a sociedade em geral estão cada vez mais desconfortáveis com a amplitude do poder de que disfrutam. No vosso caso, desculpem-me a franqueza, eu pressinto que desconfiam, por exemplo, da forma como são disciplinados os que prevaricam, o que devo dizer, é também suspeita legítima em relação aos médicos. No Conselho Superior Médico Legal de que faço parte, tenho insistido que apenas o reconhecimento da culpa quando ela ocorre, nos dá a liberdade de defender convictamente os que estão isentos dela.

Desconfiam talvez que quando argumentam com a necessidade de períodos de férias, únicas no concerto das profissões, pretendem simplesmente manter privilégios insustentáveis. Desconfiam, quem sabe, que não há de facto uma vontade profunda de avaliar competências, mas sim o tentar preservar um igualitarismo que não sustenta a igualdade de todos à partida, mas sim à chegada. Desconfiam ainda, suponho, que nem sempre se reconhece que a competência, a tal ponte entre o conhecimento e a acção, deve ser uma exigência endógena avaliável com outro rigor e outros critérios, que a simples precedência dos anos.

Li há algum tempo um comentário ao ensino do Direito nas escolas norte-americanas referindo que o que lá é ensinado serve sobretudo para consolidar a noção que o “pensamento jurídico pode justificar tudo”, e ainda que as Faculdades de Direito criam indivíduos que são “smart without a purpose”, encadeados por um virtuosíssimo intelectual que se assume como um fim em si mesmo. Tenho lutado porque a medicina se não transforme numa ciência sem alma. Não tenho dúvida que mesmo gente com alguma sofisticação intelectual tem dificuldade em perceber o fundamento de certas sentenças com o caso célebre recente de uma família de adoção, em que ao leigo escapa a essência moral da decisão. Não conheço as soluções, mas não será importante reflectir sobre a necessidade de uma pedagogia esclarecida do sentido das vossas decisões? Há hoje, no colorido babel das várias esferas da actividade social, o sentimento crescente da necessidade de instruir e explicar numa linguagem acessível a ciência, a filosofia, a economia ou a arte. Só o direito parece refugiar-se no hermetismo de um discurso irremediavelmente opaco.

A análise comparativa das profissões revela, creio eu, ser a vossa das mais conservadoras. Ser conservador não é em si mesmo um defeito, e no vosso caso é, sob certos aspectos, uma condição necessária. Alguém notou que se conhecemos um assunto em profundidade nos tornamos em relação a ele, inevitavelmente conservadores. O entendimento que tenho do vosso conservadorismo, é que ele decorre da necessidade de se estabelecer uma base epistemológica e processual, que tenha a solidez suficiente para garantir o fundamento robusto das vossas decisões. Eu próprio reconheço que o tempo me tem tornado mais conservador, no sentido de olhar para a natureza cada vez mais como uma aliada e não como uma inimiga. O vosso conservadorismo decorre também da tradição de uma aprendizagem e de uma prática que eram caracterizadas por um recato quase místico e um prestígio social que por várias razões (de culpa própria e alheia) se foi erodindo, erosão particularmente acelerada, neste tempo de encurtamento da cortesia de que falava Nemésio, tempo agreste para a ecologia tranquila em que se habituaram a viver. A sociedade que vos protegia, porque reconhecia a importância dos valores porque zelavam, e garantia a autonomia que era indispensável para os preservar, está hoje profundamente impaciente e algo desapontada convosco, como está connosco, Não vale a pena iludi-lo.

Não é muito diferente, o que hoje se exige das nossas duas profissões. São afinal coisas muito simples, que a linguagem seca da gestão define como acessibilidade, qualidade, equidade e eficiência, tudo isto temperado, acrescento eu, com aquilo que dá o indispensável travo humano a actividades que tocam tão profundamente a nossa natureza. Ao falar da humanidade do médico eu explico que consiste simplesmente na proximidade do outro, proximidade entendida não só no mero sentido físico, presencial, mas a que está expressa numa das mais belas

definições da arte de tratar que conheço: uma confiança que procura livremente uma consciência. É claro que em relação a um magistrado se deve manter uma reverencial distância, mas quanto ao resto, ao encontro da confiança com a consciência, não deverá ser muito diferente.

No vosso caso, acessibilidade e equidade estão indissociavelmente ligadas. Há tempos reflectia sobre o que me tinham ensinado os maus professores que tive, e cheguei à conclusão que uma das coisas fora o sentido da injustiça e, sobretudo, a força quase biológica (e as pulsões biológicas são as mais fortes!) de revolta contra a injustiça. Este é o sofrimento que vos cabe cuidar! A simbologia de uma justiça de olhos vendados significa exactamente garantia de equidade. Hoje, os mais cínicos tomarão os olhos vendados como metáfora de uma indiferença que evita o olhar de frente uma outra realidade. Outros dirão até que a venda é afinal de rede larga, para que possam distinguir privilégios não só de acesso à justiça mas na forma como é aplicada.

Quando se vos exige qualidade exige-se porventura em primeiro lugar, rigor na procura da verdade. Há, já o apontei noutro local, uma evidente crise de verdade na sociedade portuguesa, e a vida pública está sob suspeita de estar sistematicamente inquinada por interesses ocultos de favor ou privilégio. O bem-estar de um povo, a serenidade para cuidar das coisas importantes, não suportam, como escrevi, esta comichão da dúvida. Combinam-se na cultura contemporânea em paradoxal antagonismo, por um lado, a devoção à verdade, por outro, a suspeita, o temor de ser enganado. A sociedade parece ter delegado esta procura da verdade a duas profissões cujo “métier” é esse mesmo: os agentes da justiça e os agentes dos “média” que proclamam independência e isenção. A análise da relação destas duas profissões daria pano para muitas mangas, mas não deixarei de observar que em algumas circunstâncias mereciam o comentário Shakesperiano – “strange bedfellows”.

A qualidade e eficácia na justiça estão compreensivelmente ligados à celeridade, e esta prontidão na resolução dos problemas é outro traço virtuoso da modernidade, que tem devotado a fatia maior da sua investigação tecnológica à conquista do tempo e à criação de instrumentos de operacionalidade prática. A inatenção pelo valor do tempo das pessoas, muitas vezes protegida por artimanhas processuais que, embora legítimas, parecem ao leigo desrespeitar o sentido mais profundo da vossa missão, já não são aceites com a submissão cabisbaixa de quem não tinha sequer a arma da indignação. O que era antigamente ciciado é hoje enunciado de forma estridente, e não vale a pena ignorá-lo. Do meu lado, por exemplo, não é hoje mais suportada a ocultação do erro médico, que só pode ser combatido se claramente identificado.

Já ninguém tolera a indiscrição do segredo, a trágica confusão que a condição de arguido

por vezes gera, a tolerância do aniquilar da dignidade que nos torna unicamente livres, porque, é bom não esquecer-lo, a verdade é condição essencial de liberdade – “conhecereis a verdade e a verdade libertar-vos-á” lê-se no Evangelho de S. João. É uma característica da natureza humana confiarmos nos outros, e a confiança é a substância que dá consistência as sociedades, e é um derivado imediato da verdade. A complexidade crescente, a incerteza e o risco nas sociedades pós-industriais tornam a confiança um instrumento indispensável de estabilidade social. Os juízes são certamente os últimos guardiões da verdade e da confiança. Como já notei, se perdermos o sentido da verdade arriscamo-nos a perder tudo o resto.

É propósito desta associação, se bem o entendi, acordar uma nova aspiração de cidadania. Como poderá ser ela exercida?

Eu diria que, em primeiro lugar e acima de tudo, muito simplesmente pelo desempenho quotidiano de um trabalho bem feito.

Em segundo lugar exerce-se assumindo uma voz independente no coro polifónico que deve insuflar uma nova alma a uma sociedade que sente um desconforto palpável mas difícil de diagnosticar, que parece procurar alívio na exuberante necessidade de tudo legislar, o que não é, penso eu, sinal de progresso democrático, mas sim sintoma de indigência moral. “Quand un peuple a de bonnes mœurs, les lois deviennent simples” dizia Montesquieu.

Espero que a vós se aplique o que escrevi uma vez a propósito de uma outra agremiação que tão importante foi para a sociedade portuguesa, e que aproveitem bem esta oportunidade sentida por homens e mulheres de credos diferentes e opções políticas desencontradas de falarem e se fazem ouvir. Nenhuma sociedade contemporânea sobrevive sem elites, mas infelizmente a contribuição da inteligência organizada é, entre nós, ainda pobre. Como notei há anos as sociedades e ordens profissionais estão por vezes demasiado empenhadas em lutas de carácter sindical e na autodefesa de interesses, aliás legítimos, de emprego ou remuneração, para se ocuparem de liderança técnica e moral e por isso o seu papel no complexo jogo social tende a enfraquecer.

A cidadania exerce-se ainda pelo exemplo e pelo culto de virtudes como a coragem, a dignidade, o serviço desinteressado e gratuito, um certo rigor formal na expressão dos pontos de vista e um sentido estético, apurado no convívio cultural, que leva à hierarquização dos valores, não à sua redução a um relativismo arrasador. Tudo isto exige uma liderança que deve ser explicada pelos mais esclarecidos, para poder ser exigida naturalmente por todos. E liderar exige ver mais longe, prever e, inevitavelmente, arriscar, que é afinal o que dá sentido à aventura de existir.

Deixem-me concluir reconhecendo que o que disse uma vez da profissão de médico se aplica com igual propriedade ao que observo em relação à vossa. Nunca foi tão complexo, tão arriscado e tão difícil ser juiz como é hoje. Parte das vossas atribuições nascem da dificuldade que têm experimentado em desenredar o novelo da modernidade. No final do século XIX, Emile Durkheim chamava a atenção para a necessidade de reforma das profissões de modo a reforçar o sentido de solidariedade e responsabilidade social que a sociedade de mercado tende a sabotar, e esta advertência mantém-se válida, um século depois. Mas este é, também, um tempo apaixonante de viver, que vos oferece a oportunidade única de fazer subir a outra altitude a profissão que vos chamou. Se não atenderem ao sentido nobilíssimo da vossa vocação, o ofício da magistratura irá desgastar-se no mero cumprimento rotineiro, rasteiro, sem garra, de uma obrigação, e esta, certamente, não é herança que valha a pena deixar, nem é, decerto, o mandato de ser juiz hoje.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão



[António Henriques Gaspar]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão

Publicado na Revista Julgar, n.º 5, 2008, pp. 19 a 27

A eficácia do sistema de justiça afere-se pela qualidade da resposta processual, que supõe o uso racional do processo e o respeito pelas regras processuais e pelo princípio do processo equitativo; pela qualidade substancial das decisões, em relação à qual pontificam como critérios aferidores o respeito pelos princípios da legalidade e da igualdade; e pela razoabilidade temporal das decisões. Tais predicados hão-de verificar-se quer no momento de “dizer o direito” quer no momento de efectivar a decisão através da execução – e é na confluência deles que é possível criar confiança nos cidadãos, também ela condição necessária da eficácia do sistema de justiça.

1. Na teoria das organizações, o sistema de justiça merece uma reflexão particular, imposta pela complexidade que resulta de uma multiplicidade funcional, de agentes estatutariamente diversificados e das necessárias agregações em vista da finalidade a que está vinculado – administrar a justiça.

O sistema de justiça constitui um conjunto organizado e coerente de instituições e órgãos, com diversidade funcional de competências, mas que estão interactivamente coordenados numa finalidade materialmente unitária.

De entre os órgãos e instituições que integram o sistema de justiça, os tribunais sobressaem, não apenas pela simbologia nas representações sociais, mas pela importância real que assumem na administração da justiça – a obtenção da decisão do caso com força vinculante e imperativa.

Por isso, efectividade e eficácia do sistema de justiça são noções e conceitos operativos que no discurso se reduzem muito à função dos tribunais e ao seu modo de funcionamento e às respostas que podem proporcionar.

Falar de eficácia e efectividade – pois a eficácia do sistema e a eficácia da decisão correspondem, no essencial, a estas noções – impõe uma reflexão sobre as categorias e os conceitos, mas também uma visão exterior sobre o sistema numa perspectiva dualista: a projecção sobre a sociedade e os cidadãos e o olhar e as representações dos cidadãos sobre a justiça.

Nesta aproximação, as noções de eficácia e efectividade constituem quadros de

referência e devem ser compreendidas com conteúdo real e operativo.

2. As funções da justiça revelam-se, desdobram-se e concretizam-se fundamentalmente em dois momentos e em duas faces substanciais de uma mesma finalidade – a *jurisdictio* e o *imperium*.

A *jurisdictio* (dizer o direito) constitui a função de decidir, de definir a existência, a titularidade, o conteúdo e os modos de exercício de um direito, e tem pressuposta a eficácia do sistema, das instituições e dos agentes que as servem.

O *imperium* traduz a função de fazer respeitar a decisão; constitui a função pragmática da justiça, dando sentido efectivo, útil e prático às decisões.

A eficácia do sistema de justiça, compreendida a noção na relevância, no sentido, nos pressupostos e nos resultados da *jurisdictio*, resultará não tanto de uma percepção *ex ante* em visão prospectiva sobre o complexo de órgãos e funções, mas do nível das respostas da organização medido pela comparação entre critérios de análise e resultados – a *performance* do sistema.

No entanto, para além de todas as dificuldades de medida – já que a complexidade e a carga simbólica da instituição impõem limites ao estabelecimento de critérios de auditoria – o estatuto constitucional de independência dos magistrados introduz necessariamente algumas especificidades.

Porém, não obstante, a medida da eficácia, não podendo ser numérica, estatística ou produtivista pura, constituirá um valor de função que tem que estar sempre presente determinando decisivamente a qualidade da justiça.

A qualidade do sistema resulta da conjugação e confluência de indicadores quantitativos da actividade e qualitativos pela natureza das respostas.

A pluralidade de órgãos e agentes, a multiplicidade de competências, as lógicas internas e as culturas de cada um dos subsistemas acrescentam complexidade na definição *ex ante* e, conseqüentemente, na verificação *ex post* da capacidade do sistema, bem como no estabelecimento de princípios, regras e critérios para construção da eficácia.

Os indicadores de eficácia têm de estar relacionados com factores plurais que permitam modelar os resultados em função de vários objectivos.

A eficácia do sistema de justiça terá de ser construída a partir de indicadores sócio-económicos e traduzir uma relação de efectividade entre os serviços e os destinatários.

O regime de acesso ao direito e de acesso à justiça, isto é, a existência e adequação dos meios disponíveis para conhecimento dos direitos e para efectividade do direito ao tribunal, constitui um indicador de primeira linha. A eficácia da justiça será tanto mais

concretizada quanto mais disponível for o acesso ao conhecimento dos direitos e das possibilidades de intervenção para a realização e concretização dos direitos individuais, em particular no que respeite aos indivíduos mais desfavorecidos económica e socialmente.

Na perspectiva sócio-económica as possibilidades oferecidas para a realização do direito e da justiça constituem indicadores fortes da medida da eficácia; o aumento e a diversificação das respostas judiciais, os meios alternativos, a proporcionalidade da relação entre a procura, a natureza das questões e o nível e a satisfação das respostas disponíveis, constituem modelos de eficácia em geometria variável.

A qualidade do serviço constitui um outro indicador de referência.

A qualidade do serviço supõe a existência de estruturas orgânicas adequadas às necessidades e solicitações.

A dotação da organização com capacidades e meios materiais e pessoais para reforçar o tratamento de contenciosos específicos, local ou temporalmente localizados, o controlo eficaz sobre os tempos (redução dos prazos no máximo limite possível e aceitável), o rigor na gestão dos agendamentos ou a organização da investigação de modo a reduzir, por exemplo, o tempo de prisão preventiva, constituem indicadores de qualidade e, por consequência, de eficácia do sistema.

A criação de boas regras de gestão material e pessoal do sistema, bem com a instituição de boas práticas de gestão processual, constituem também indicadores relevantes de eficácia.

3. A eficácia do sistema de justiça está também, por muito, dependente ou tributária da metáfora da “produção”.

O vector “produção”, não devendo ser exponenciado, também não poderá ser desconsiderado, e impõe a ponderação relacional de custos e meios – relação razoável e proporcionalmente aceitável entre *output* e *outcome*.

A ponderação tem de considerar os aspectos internos da organização do sistema e o seu impacto na sociedade.

A avaliação do sistema de justiça em função da produção (economia da justiça ou jurimetria), através da relação entre “factores de produção” e “bens produzidos” não pode deixar de estar também presente, não numa perspectiva redutora custo-resultado ou de simples *ratio* dos meios orçamentais alocados em expressão quantitativa, mas como um dos factores que permitem testar a qualidade como valor inerente à eficácia.

Os métodos de análise por que usualmente se pode medir a função de produção –

expressão que tem de ser compreendida fora de qualquer conotação estritamente gestonária, estatístico-dependente ou meramente “produtivista” – ligam-se, necessariamente, a feixes relacionais entre a procura (casos; processos registados) e as respostas (processos findos) durante determinados períodos de avaliação.

A sociedade que pelos impostos paga o sistema exige qualidade e rapidez, que constituem para os cidadãos condições de obtenção de uma tutela efectiva dos seus direitos.

A qualidade exigida é, porém, referida ao sistema e não a cada acto de cada um dos agentes. A exigência de qualidade, ou de melhor qualidade, refere-a a sociedade ao produto final.

As condições e meios materiais, de organização e humanos, que permitam gerar eficácia e garantir qualidade, supõem uma agregação complexa de intra-estruturas adequadas (instalações físicas, condições e espaços de trabalho), disponibilidade e capacidade de utilização de novas tecnologias, modelos de gestão das capacidades instaladas, critérios de optimização das práticas de direcção e condução (gestão) do processo, adequação e instalação de proporcionalidade entre a procura e a capacidade de resposta, mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Mas os mais prementes e imediatos indicadores de qualidade nos sentimentos e nas representações da sociedade são referidos ao tempo de duração processual e de decisão e à qualidade das decisões – qualidade, entenda-se, medida não por uma avaliação individual, mas na apreensão da força de convencimento e de contribuição para a certeza e segurança das relações, que resulta da coerência, da estabilidade, da jurisprudência e, por consequência, da previsibilidade das decisões.

Mas qualquer análise sobre o sistema de justiça não pode desconsiderar a vertente quantitativa, que constitui um dos factores de verificação e de avaliação da eficácia. A visão quantitativa não depende, porém, da consideração de situações individualizadas ou isoladas, que não revelem uma perspectiva sistémica, devendo ser perspectivada em macro análise por meio de indicadores fiáveis que permitam traduzir uma imagem global.

Estudos referenciais publicados têm permitido encontrar alguns indicadores com funcionalidade para revelar a eficácia das respostas relativamente à vertente quantitativa.

Nesta análise têm sido muito utilizados três indicadores que permitem medir o nível das respostas quantitativas: a taxa de congestão (resultado da divisão do número de processos pendentes no início de cada ano pelo número de processos findos durante

esse mesmo ano), a *clearance rate* (obtida pela divisão do total dos processos findos num ano pelo total dos processos entrados nesse ano) e a *backlog rate* (rácio entre o número total de processos findos e a soma do número total de processos entrados com o número total de processos pendentes).

A resposta será positiva e o sistema funcionará quantitativamente bem se a taxa de congestão for baixa, se a *clearance rate* for superior a um e a *backlog rate* perto de um. A funcionalidade dos indicadores depende, porém, da disponibilidade em tempo útil de dados estatísticos fiáveis.

A leitura da eficácia pela quantidade e as respostas positivas dos indicadores como factores de ponderação em função da variável “bens produzidos”, se não pode ser dispensada como factor de análise, não poderá também ser excessivamente sublinhada. O sistema de justiça não pode constituir um sistema de produção, e tem componentes organizacionais, funcionais e estatutárias que, não podendo ser refractárias a métodos quantitativos, pressupõem respostas de eficácia que se ganhem mais pela qualidade.

Muito para além da dimensão “produtivista” deve estar a qualidade da justiça – qualidade processual e qualidade substancial.

4. Não é fácil definir a noção de qualidade. E, no entanto, será mais pela qualidade processual e substancial que se marcará a eficácia da decisão.

Como valor de eficiência do sistema e de eficácia da decisão, a qualidade integra e deve ser verificada pelos vectores que não sejam simplesmente quantitativos, no sentido redutor de “produtivistas”.

Em sentido sistémico, a qualidade não será definida pela agregação de verificações parcelares da qualidade específica de actos, mas pela consideração de todos os (de quaisquer outros) factores de organização que não sejam elementos de verificação de quantidade.

Neste sentido amplo e simultaneamente complexo há factores que, estruturalmente, permitem definir e construir a qualidade da justiça.

Numa vertente instrumental de base, a qualidade depende da natureza, adequação, modernidade, sofisticação e funcionalidade dos meios materiais – sejam físicos, relativos às instalações e equipamentos, sejam do domínio dos instrumentos tecnológicos disponíveis.

No plano dos resultados macro analisáveis, a qualidade da justiça terá muito que ver com o tempo das decisões e com a conseqüente maior ou menor utilidade para os seus

destinatários. Dizer o direito aos interessados só será útil e de qualidade se for dito em tempo razoável perante as exigências e as circunstâncias de cada caso.

Nas representações o factor mais decisivo de desqualificação identifica-se precisamente com o sentimento que vem do exterior no que respeita aos tempos da justiça.

As críticas quanto à morosidade são recorrentes e, por isso, o sistema tem de acautelar este indicador, verificando os tempos das respostas e isolando os problemas, onde existam, para encontrar os mecanismos adequados de intervenção.

Não há aqui soluções acabadas, mas a monitorização permanente das jurisdições com mais intensa relação de procura pode constituir um instrumento preventivo ou reactivo para enfrentar o problema.

Pode haver, com efeito, estudos de tendência ou de previsão sobre a intensidade da procura, quer em geral, pela avaliação dos índices territoriais de demografia, quer especificamente, sobre as consequências contenciosas de fenómenos identificáveis ou sequentes a modificações legislativas, ou seja, um traçado das curvas de procura.

A maleabilidade da gestão dos meios materiais, mas sobretudo dos meios humanos, pode ser necessária para uma resposta atempada.

Por outro lado, e para além dos mecanismos de contingência (que são instrumentos que apenas têm sentido resolvidas outras questões a montante), a monitorização dos tempos de decisão supõe a definição de critérios-padrão com aptidão para medir o tempo razoável, por fase e por espécie de processo, estabelecidos previamente factores de medição por graus de complexidade.

Mas com a prevenção de que todos os critérios, que serão em relevante medida derivados de leituras estatísticas e de aproximações empíricas, não poderão constituir-se em fórmulas que privilegiem a quantidade de processos por juiz e não tanto a qualidade das decisões.

A produtividade dos juízes desligada dos contextos não pode ser o critério de medição.

Além de que qualquer formulação tem de partir de perspectivas plurifuncionais que integram o complexo organizacional do sistema de justiça.

A justiça precisa de tempo. A celeridade não poderá ser a primeira prioridade, porque uma justiça urgente gera riscos de afectação de direitos.

Relevante será a qualidade das decisões, que não pode ser alcançada se a cada processo não for consagrado o tempo que exige; a celeridade não pode ser um valor em si, mas apenas um instrumento de eficácia, e a resposta da justiça tem de ser medida pelo equilíbrio entre a eficácia, a qualidade e a segurança das decisões.

5. A qualidade da justiça constitui um dos elementos essenciais da qualidade da democracia.

A função de *jurisdictio*, de dizer o direito, com o sentido de declaração do direito do caso, concretizada na decisão sobre a existência, o conteúdo e os modos de exercício do direito, ou na decisão sobre uma acusação em matéria criminal dirigida contra uma pessoa, supõe, para ser efectiva, também a qualidade das decisões.

As perspectivas de análise e, em consequência, para a formação de critérios, remetem para a identificação de índices de qualidade processual (o processo equitativo) e de qualidade substancial. Por aqui se poderão formular normas de qualidade na definição de um modelo de justiça que não podendo ser ideal, seja eficaz no enquadramento teleológico da função.

Não está em causa, nesta dimensão, a apreciação individual do trabalho, mas a escolha de modelos que permitam identificar critérios da avaliação global do sistema.

A abordagem relativa a critérios e normas de qualidade substancial deverá estar sempre vinculada a grandes princípios – a preeminência do direito e a função efectiva da justiça como guardiã das liberdades individuais e construtora da sociedade democrática.

A qualidade substancial supõe que o sistema respeite determinadas exigências que são ao mesmo tempo indicadores de conformação com princípios fundamentais.

As normas de acesso ao tribunal - o direito ao juiz – constituem, como foi já salientado, uma referência fundamental. A construção do sistema de acesso, quer através da previsão e organização de meios processuais, quer pelo nível dos custos de acesso e pelos meios de auxílio judiciário, constitui um factor primordial de qualidade.

A qualidade substancial da justiça impõe também algumas condições sobre a natureza dos tribunais. A independência e a imparcialidade, avaliadas necessariamente pelos instrumentos estatutários que permitem garantir a independência e a imparcialidade dos juízes, são pressupostos conaturais à própria noção de tribunal. O sistema que não garanta tais condições não preenche índices mínimos de qualidade.

A substância da função judicial e da competência para dizer o direito (a *jurisdictio*) constitui um elemento de construção da qualidade – a qualidade e a eficácia pressupõem que a competência dos tribunais implique um verdadeiro poder de decisão.

O direito à execução das decisões, pela disponibilidade da força vinculante pública para

a execução quando for necessário, é também inerente à qualidade do sistema e directamente instrumental da eficácia das decisões.

A qualidade, como condição de eficácia, depende ainda do nível discursivo da actividade judiciária, ou seja, da qualidade jurídica das decisões e da consideração e concretização que revelem dos direitos fundamentais.

Numa apreciação de sistema, a qualidade geral das decisões pode ser medida pelos índices de confirmação ou conformidade com o direito processual ou material que seja revelado pelas taxas de revogação por instâncias superiores.

A coerência da jurisprudência que institui segurança e confiança constitui também um índice relevante de qualidade. Impõe-se, por isso, melhorar a coordenação da jurisprudência no seio das jurisdições como factor de certeza e de previsibilidade para os cidadãos.

E, por fim, mas na essência, no princípio, a qualidade da lei.

As normas – lei no sentido normativo – que as instituições de justiça interpretam e aplicam devem ser claras, precisas, previsíveis e acessíveis.

A acessibilidade significa que, independentemente da fonte ou da natureza, a lei esteja disponível por meios de publicação e conhecimento ao alcance de todos.

A previsibilidade remete para a confiança e para a proporcionalidade entre os efeitos, as consequências e as finalidades de interesse geral.

A previsão significa rigor na estatuição, exigindo que a lei contenha, por modo tanto quanto possível inequívoco, os pressupostos, os efeitos e, quando for o caso, as consequências da violação.

A clareza tem a ver com a linguagem, que deve contribuir para a comunicação, por forma a garantir a compreensão e a apreensão externa do sentido e consequências da norma.

6. A qualidade da justiça é um factor essencial de construção da confiança, mas a confiança é também imprescindível à afirmação da qualidade e da eficácia do sistema de justiça.

O sistema tem, pois, de procurar e gerar eficácia, mas, para tanto, não pode desconsiderar os efeitos externos, porque uma boa imagem da justiça será parte integrante de uma justiça de qualidade.

Por isso, os órgãos e os seus agentes têm de saber encontrar os meios e os instrumentos para criar confiança.

Esta tarefa exige, certamente, a disponibilidade de serviços para verificação e recolha

quotidiana da opinião - as opiniões, em primeiro lugar, veiculadas pela comunicação e o tratamento de tendências.

Mas também aconselha a realização, a espaços temporais considerados adequados, de estudos de opinião que permitam ler os sinais da sociedade relativos à percepção sobre o desempenho do sistema.

Esta abordagem tem sido, porém, pouco considerada, para não dizer esquecida.

A nova organização do Conselho Superior da Magistratura e a redefinição de competências pela lei de autonomia permitirá dispor de meios humanos, e espera-se que orçamentais, que tornem possível a realização de estudos que habilitem melhor na escolha das opções por critérios de gestão e alocação de meios.

Só um sistema eficaz permite decisões que possam ser eficazes, quer pela utilidade do tempo, pelo respeito pela equidade dos procedimentos e pelo sentido discursivo compreendido pelos destinatários e razoavelmente previsível no respeito por coerências jurisprudenciais.

Uma segunda dimensão da eficácia da decisão supõe a efectividade da execução quando necessária. A utilidade da declaração do direito para os interessados só fica completa se o sistema dispuser de meios efectivos de execução.

Os meios procedimentais da acção executiva e a organização material de instrumentos de execução constituem elementos imprescindíveis à eficácia da decisão e à efectivação da garantia do direito à execução como integrante do processo equitativo.

7. Em síntese, a eficácia do sistema supõe respostas de qualidade – processual, substancial e de razoabilidade dos tempos de decisão.

A confiança dos cidadãos na eficácia da justiça constitui um elemento fundamental para a revelação da qualidade da justiça, e por aqui também da qualidade da democracia.

É que as complexas sociedades da contemporaneidade transformaram-se em sociedades de desconfiança. A confiança como “instituição invisível” erodiou-se, e a justiça e as suas instituições, porventura em tempo mais tardio que outras instituições, ficaram no centro do julgamento numa contradição entre uma “atribuição *ex ante* de confiança” e um “exercício *ex post* de desconfiança”.

Nas dimensões de eficiência e eficácia, que acrescentam qualidade e permitem dar substância à “instituição invisível” da confiança, vai muito das respostas que a justiça possa dar para satisfazer as expectativas dos cidadãos.

Para tanto, e no plano da organização, a administração tem de ter performance, e a modernidade exige a adopção de novos métodos de trabalho.

A gestão dos fluxos processuais, com regras equilibradas de distribuição, constitui um instrumento indispensável.

A monitorização dos tempos, a verificação regular das sequências processuais com controlos sobre os prazos e sobre os excessos de tempo de duração por fase, a comparação de racionalidades práticas entre serviços, o estabelecimento de procedimentos uniformes para tratamento processual do contencioso de massa ou de processos com características análogas, ou a utilização racional e instrumentalmente útil das novas tecnologias são possibilidades que têm de ser exploradas para melhorar a qualidade das respostas.

No que respeita à direcção do processo, normas de actuação em geral aceites e que permitam acrescentar produtividade e eficácia devem ser prioritariamente modeladas.

Nos procedimentos há, com efeito, muito ou quase tudo de racionalidade e de exigência de boa gestão e de “boas práticas”, e pouco de intervenção de juízos que relevem já da independência inerente à função de julgamento e decisão.

Por isso, procedimentos sobre a melhor forma de direcção e condução do processo, ou questões de pura organização do trabalho e de agendamento, de racionalidade na utilização dos espaços, podem perfeitamente ser uniformizadas, modeladas, racionalizadas e objecto de elaboração de regras de “boas práticas” que se imponham no exercício quotidiano.

A qualidade resulta, em suma, dos tempos de decisão, porque estes, quando razoáveis, medem em boa parte a eficácia; do rigor processual, que é avaliado pelo uso racional do processo no respeito pelas regras e princípio do processo equitativo (artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem); e da qualidade substancial dos julgamentos em que a garantia de legalidade e a realização do princípio constitucional da igualdade devem constituir os primeiros critérios de verificação.

Mas na qualidade para além das formas intervém em boa parte a clareza e a acessibilidade do discurso judiciário; as decisões devem ser apreensíveis e compreendidas.

Não entanto, o discurso sobre a eficácia, mais ou menos bem elaborado, não é mais do que um discurso.

Podemos tentar inventar ideias, formular propósitos, discorrer sobre teorias, falar de administração e gestão e das novas tecnologias e das regras e dos princípios que fazem a qualidade.

Mas, mais do que tudo isso, a eficácia e a qualidade serão o resultado do esforço empenhado e orientado de todos os dias.

A Deontologia dos Juizes



[Eduardo Arala Chaves]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A Deontologia dos Juízes¹

Publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano III, Tomo I, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, 1978, pp. 4 a 10

Solicitaram-me com amável insistência para vos falar da deontologia dos juízes, tema inesgotável e aliciante, por certo merecedor de honras de tratamento que não consegui dar-lhe nos poucos momentos de que disponho no dia-a-dia.

Considerarei, aliás, que o convite só se explica porque caminho no meu quadragésimo ano de serviço como magistrado, e assim que o que sobremodo de mim se espera é o fruto da experiência, não a erudição.

Vivi todos os degraus da carreira do M.º P.º e quase todos os da judicatura, vivi-os com amor parecido ao que se dedica à companheira que nos acolhe por uma vida inteira, para nos completar; vivi-os com devoção que resistiu intacta a demasiados anos de insuficiência económica, à injustiça de trabalhos excessivos por longos tempos, à incompreensão algumas vezes, dos que mandam, dos que são mandados, dos que recorrem aos tribunais.

Uma recta intenção sempre me pôs em paz com a minha consciência e facultou-me o prémio de conquistar amigos.

Conheci Juízes a meu juízo insuficientes, conheci outros notáveis. Daqueles ouvi a recordação reticente ou humorística, destes uma memória respeitosa e perdurante ao longo de gerações.

Procurei bem cumprir as regras de deontologia que afloravam nas leis e as que eu próprio formulei, nunca com subserviência e sempre convencido que seria possível ir um pouco mais além no caminho da perfeição.

Consegui – o que é muito – entrar na breve recta final tranquilo comigo mesmo e com o que dei de mim à Justiça.

E aqui tendes o que invoco a título de justificação para os conselhos que vos vou dar.

De justificação para mim e para aqueles que me incumbiram da tarefa.

Fui um dia chamado a pronunciar-me sobre um projecto de reforma judiciária parcial e escrevi então que o problema da lei perfeita, como o problema das instituições judiciárias pelo

¹ Comunicação feita aos juízes estagiários de Lisboa.

menos satisfatórias, assentará sempre numa utopia se se descurar a formação dos homens para a função a que são chamados.

Não declarei então nenhuma descoberta.

Calamandrei, no “Elogio dos Juízes feito por um advogado”, escreveu antes de mim que o aperfeiçoamento das leis processuais ficaria letra morta se os juízes e os advogados (também o Ministério Público) não sentirem, como lei fundamental da fisiologia judicial, a inexorável acção complementar rítmica das suas funções, como *el doble latido del corazon*.

Do julgador depende, com efeito, e sem que a lei mais perfeita o possa substituir, a direcção proficiente do processo e a mais inteligente interpretação das disposições legais, vertendo para a realidade jurídica uma realidade social e humana.

Franz Klein, ao elaborar no final do século XIX as bases para a reforma das instituições judiciais austríacas, julgou necessário recrutar juízes compenetrados do novo ordenamento jurídico e teve por necessário recorrer aos juízes jovens.

Será isto para vós, talvez, uma alegria, uma satisfação de amor-próprio; eu prefiro advertir-vos que a juventude requerida é a do espírito. Aquela que, independentemente dos anos vividos, mantém os homens intelectualmente abertos, receptivos, ansiosos de perfeição.

Longe nos fica já, e cada vez mais longe ficará, a concepção a que o Barão de Montesquieu deu brilho: a de uma aplicação mecânica da lei. Quando o artigo 224.º da Constituição comete ao M.º P.º a defesa da legalidade democrática e o art. 206.º atribui aos tribunais reprimir a violação da legalidade democrática, quando ainda o artigo 207.º do mesmo diploma fundamental confia aos tribunais apreciar a existência da inconstitucionalidade das leis, evidente que imputa aos componentes maiores dos órgãos judiciários uma delicada função, a reclamar muito mais que o suficiente conhecimento do texto legal e o esforço de entender a sua letra.

Pede-se agora aos magistrados não já uma função simplesmente aplicadora de uma lei supostamente perfeita. Pede-se uma função adequadora, e em certa medida de criação do Direito, sob imediata prevenção restritiva de que está longe de ser adoptado entre nós o brocardo de origem anglo-americana *Judge make law*.

Não cabe maia na judicatura o papel de mero expectador da actividade du partes, brandindo a espada da justiça com os olhos vendados, aceitando com *La Fontaine*, voluntariamente ou não, que a razão do mais forte é sempre a melhor.

É no papel de director activo da lide, e porque pode intervir em decisões políticas fundamentais (ao nível dos tribunais) que Mauro Capeletti encontrou o fundamento que legitima a elevação dos tribunais à categoria de um Poder do Estado.

A promissora transformação da função judicial assenta essencialmente, a meu ver, na tecnicidade, cada vez maior, do Direito, mas não menos no fortalecimento, cada vez mais intenso, do princípio do controlo jurisdicional dos actos de autoridade, nomeadamente no

domínio da constitucionalidade – tudo a exigir, no dizer feliz no mexicano Hector Fix-Zamúdio uma apurada sensibilidade axiológica, já que orientada de acordo com os supremos princípios da Constituição, muitos de carácter programático.

Numa procura de síntese, entendo que cada vez mais se antolha difícil alcançar um equilíbrio satisfatório entre o Estado e a pessoa humana.

Quanto mais se procura esse equilíbrio, e o equilíbrio entre os componentes do corpo social, mais se apela e apelará para a função judicial e mais se exige e exigirá dos magistrados um apurado sentido dos seus deveres funcionais, que naturalmente se confundem com um saber estar, como magistrados, como juízes especialmente, na sociedade do seu tempo.

*

Não descurei que o tema que me foi e a vós proposto versa a deontologia dos juízes.

Como entendo esse tema, não cuida minimamente da doutrina utilitarista dos deveres, com que Bentham confundiu o vocábulo “deontologia”, que criou ou pelo menos tornou conhecido.

Pretender-se-á por em causa, segundo julgo, a classe de deveres dos juízes, ou com maior acuidade, também, por antinomia entre a deontologia e a ontologia, a permanente oposição

Entre o que é e o que parece dever ser.

Vamos, portanto, preocupar-nos com os deveres dos juízes, com o que deles se espera – tudo reconduzido à posição que tendencialmente o juiz deve assumir perante as realidades sociais e as solicitações de vária ordem que recebe.

Como na história das sociedades, também na história das instituições judiciárias há marcos divisórios.

Tomemos, por menor interesse actual dos anteriores, aquele a que pode dar-se o nome de Montesquieu.

Na época assim demarcada, e apesar do espírito progressista (para a época) e até pragmático do “Espírito das Leis”, o debate judiciário trava-se como um duelo que se desenrola sob as vistas do juiz-árbitro.

Mas a arbitragem é condicionada pela teoria da acção e pelo sistema legal de provas, fundadas nos sistemas romano e germânico, e portanto sem iniciativa durante o “duelo”, sem mais poder atribuído ao árbitro do que, face ao resultado, declarar qual dos contendores é favorecido pela lei.

O mais forte no “jogo” resultaria por via de regra vencedor. Não porque fosse essa a intenção, sim por vassalagem ao princípio de recusar ao juiz m papel mais activo que pudesse conduzir a sobrepô-lo às regras de um debate inter-partes.

Alguns sociólogos divisam aí o nascimento do qualificativo de “justiça de classe”, palavra de ordem que ao longo dos tempos se vem proferindo sem interrupção para combater todas as transformações tentadas até ao presente.

Com as ideias da Revolução Francesa e os códigos napoleónicos surge o princípio, pretensamente salvador, da igualdade perante a lei. Mas como a igualdade perante a lei supõe uma relativa igualdade de condições e ao juiz se continuou a atribuir o papel já referido, de brandir a espada de olhos vendados, isto é, a proibir-lhe uma efectiva e suficientemente ampla intervenção no próprio desenvolvimento da lide, a censura rotulada de justiça de classe continuou a parecer adequada.

E ninguém justificadamente sustentará que ao menos profundamente, se substituiu a justiça intimidativa pela justiça pacificadora, que passaram a ser relativamente iguais na lide o homem pobre e o homem rico, o homem inculto e o homem culto: a qualidade do patrocínio possível a uns e a outros, os próprios meios materiais para custear a chamada “guerrilha” judiciária, com as suas excepções e nulidades, teriam de marcar a desigualdade.

Não resisto neste momento a contar-vos que iniciei a minha vida de magistrado na comarca da Ilha de S. Jorge, onde fui encontrar um Juiz-filósofo, muito bondoso, muito preocupado com a justiça real. Não havia na comarca advogados com formação própria, apenas dois provisionários: um muito inteligente e activo, com larga prática forense; outro pouco inteligente, sem possibilidades de confronto com o primeiro. A desigualdade entre as partes estava assim estabelecida à partida, pela escolha possível dos mandatários, e se atormentava sobremodo o meu primeiro juiz que algumas vezes soprou “ajudas” à parte mais fraca. Porque sempre o fez com absoluta isenção, direi que ele violou o sistema, mas favoreceu a justiça.

Que nos trouxe o advento da sociedade industrial?

Seguramente nos favoreceu, àqueles que pretendem uma sociedade realmente mais justa, com dois factores positivos: uma maior divulgação da instrução entre as populações e uma mais frequente substituição da pessoa, isoladamente fraca, pelo grupo, seja a associação, seja o sindicato, podem ser ainda outros agrupamentos que, sem a possibilidade de se substituírem ao indivíduo, lhes prestam colaboração para fazer valer os seus direitos, como são exemplo típico as associações de consumidores.

São estes, porém, factores exógenos às instituições judiciárias. Que se passa com os juízes?

O juiz francês Bernard Connen, conselheiro jurídico do Ministro da Justiça do Burundi propôs ao Congresso Internacional de Direito Judiciário realizado em Gand, no ano findo, a seguinte questão: o juiz de hoje tem por competência não somente os litígios tradicionais de interesses de particulares, mas também os conflitos colectivos.

Ele fez-se também o guardião dos valores fundamentais da família, dos direitos da pessoa nos seus aspectos morais, físicos, sociais e económicos; de que poderes dispõe presentemente para cumprir esta missão essencial na nossa sociedade, nos três planos fundamentais: circunscrever o litígio; assegurar a igualdade no jogo processual; terminar com uma verdadeira solução de litígio?

A resposta a esta questão transcende naturalmente o juiz, em cada País. É a lei do seu País que deverá conter a resposta.

O que importa é que a pergunta aponta, como geralmente se aceita, para um papel bem diferente a desempenhar pelo juiz, diferente em relação ao juiz do tempo de Montesquieu, ou da época napoleónica. Pretende-se agora um juiz activo na condução da lide, em ordem a discipliná-la, em ordem a assegurar às partes posições iguais e com idênticas garantias, em ordem a conduzir o processo para uma decisão pacificadora e portanto correspondente à justiça real.

Tarefa apaixonante, mas mais exigente e menos cómoda do que a do passado. Tarefa por isso mesmo a exigir uma compreensão e um código deontológico aceite pelos juizes bem mais exigente do que o tradicional.

*

Ao traçar o perfil do magistrado do M.^oP.^o. ideal, Calamandrei apontou para a contradição a vencer: ele deve tratar as questões como próprias e senti-las como alheias.

Não são de menor tomo algumas das contradições que se põem ao juiz:

- Deve ser culto e a cultura supõe conhecimentos sócio-políticos que se não atingem geralmente sem uma opção, mas não podem fazer desta uma bússola para decidir, nem devem dar de si a imagem de um prosélito;
- Deve ser elemento válido da sociedade em que se integra, mas suficientemente distante dela para ser independente dos seus membros;
- Sujeito a escalonar os padrões morais, terá de submeter o seu critério aos da lei;
- Criando, como todos os homens, os seus afectos, deve, em suma, convencer que os não tem.

Tantas outras situações de contradições seria possível apontar.

Buscou-se, por muitos anos, a defesa do juiz no isolamento. Quem não convive não trai os seus sentimentos e destes não faz desconfiar; consciente ou inconscientemente se terá aceitado que o isolamento faz nascer o mistério e que o mistério favorece a autoridade. Os ritos sagrados são deste asserto evidência, alguns homens cultivarem cuidadosamente o isolamento para, através do mistério sobre a sua vida e pessoa, chamar a si o respeito e a autoridade.

Só que se a discreção muito convém aos juízes, o isolamento da sociedade de nenhum modo serve a justiça. Quem não vive o seu meio próprio, ignora as respectivas realidades e não se coloca em melhor posição para as apreciar como merecem.

Do que não duvido é que deve constituir preocupação primeira do juiz vivendo em sociedade, vivê-la todavia sem demasia, isto é, de modo a dar de si a imagem de independência e de prudência que favoreça a autoridade das suas sentenças e a aceitabilidade delas pela força moral de que se revestem, mais do que porque são servidas pela força das armas do Estado, ou de algum grupo.

Toda a teoria dos impedimentos e suspeições da lei processual tem por fundamento a aceitabilidade das decisões judiciais pelo público, pela sua autoridade moral, não uma desconfiança legal nas pessoas que se encontrem nas situações descritas.

E para finalizar, com perfeita consciência de poder escandalizar ou pelo menos fazer sorrir alguns dos ouvintes, acrescento que não devem os juízes descurar a sua presença e compostura, em ordem a que a modéstia desejável das atitudes e do traje se não confunda com o desleixo ou reflita determinada inserção social, lembrando-vos que, na sua sabedoria, diz o povo da mulher (e dirá também da Justiça) em seu rifão que “composta, não há mulher feia”.

*

Entre outras muitas virtudes desejáveis para os juízes contam-se a reflexão, a moderação no que dizem ou escrevem, o auto-domínio.

A reflexão impõe-se por si própria, pois sabido é que o pensamento ou a opção que na primeira mirada mais transparente se afigura perde frequentemente o encanto quando sujeita a análise mais detida.

A moderação em falar e em escrever não é, devo dizer-vos, a virtude mais generalizada entre os juízes portugueses. E todavia, porque pela boca morre o peixe... e o juiz, e pela caneta morre o juiz, larga margem de dissabores lhes advém do que dispensavelmente escreveram ou disseram.

Também, é certo, algumas vezes se colhe do excesso a nota que, sem desprimor, é digna de entrar no anedotário forense.

O meu primeiro juiz, de que já vos falei tinha a qualidade de se exprimir bem e o defeito de gostar de se ouvir, por isso aproveitando as locuções aos réus para uma certa oratória. Julgou-se um dia um crime de estupro e o tribuna condenou o réu, mas pressentiu que, face à prova produzida em julgamento, este podia talvez te esperado a absolvição. Então o juiz propôs-se a esclarecê-lo sobre as motivações do tribunal e fez uma descrição colorida do namoro campestre, com os vulgares e progressivos atrevimentos do homem e as promessas solenes, a integrar a sedução.

Sucedeu que tão sugestiva era a descrição que a ofendida, na sua pureza e simplicidade de rapariga da freguesia da Urzelina, interrompeu o orador com uma exclamação sincera: “ai, boquinha de ouro, que foi assim mesmo”. Assim terminou o julgamento, sem a discrição costumada quase em aberta hilaridade.

Apontei também a virtude do auto-domínio.

E penso que para lhe dar o significado devido bastará contar-vos o que há muito pouco tempo ouvi ao nosso colega Matos Fernandes: juiz na comarca de S. Vicente, sua primeira comarca como juiz, sentiu-se atingido por uma manobra processual desencadeada por advogado com sentido menos recto e leal do que o razoável. Pegou no telefone, ligou para o advogado e... desabafou com violência. Para logo a seguir reconhecer que um juiz não pode “desabafar” em tal jeito e que se lhe impunha penitenciar-se com um pedido de desculpas, como fez.

*

Feito um breve devaneio por alguns aspectos da relação juiz-sociedade, abordarei outros aspectos em que o tónus é o juiz e a lei, ou o juiz e o sistema jurídico.

Um juiz que comande efectivamente o litígio para melhor servir a justiça, que aproxime em meios o litigante pobre do litigante rico, ou o humilde e iletrado do abastado, com o objectivo de limar desigualdades naturais ou económicas é certamente desejável.

Um juiz que se insira na verdade do pleito para ultrapassar, na sentença, a aparência formal e entrar no âmago da questão e a decidir segundo o melhor espírito das leis, o juiz que seja, em suma, na expressão do nosso colega Cunha Rodrigues, também arquitecto social, é meta que merece mirada audaciosa.

Mas um juiz que tome este cariz carece fundamentalmente de uma liberdade de acção bem diferente da do passado e carece antes de mais que as leis de processo e estatutária lhe permitam essa liberdade.

E aqui o reverso da medalha, a exigir rigorosa meditação. Do juiz “arquitecto social” ao juiz arbitrário vai um passo tão pequeno e fácil que se será muitas vezes tentado a dar sem a consciência perfeita do abismo em que se cairá.

Num passado histórico ainda recente foi dado registar, por exemplo, mais de um caso de juízes inimigos do divórcio que projectaram na sua vida funcional a concepção pessoal, e então o critério na apreciação da prova produzida nas acções de divórcio e o entendimento dos próprios fundamentos ao divórcio eram ... especiais. Chegou-se mesmo a declarar não ao divórcio por ser contra a consciência do julgador.

O que é isto? Pois pura e simplesmente o demónio do arbítrio!

Nos nossos dias se registaram arrobos semelhantes, só que de sinal naturalmente diferente.

Em nome do espírito constitucional ouviu-se ou leu-se já, por exemplo, que há uma gradação de direitos a respeitar, assim o da habitação sobre o da propriedade, que conduzirá em linha recta a não decretar despejos ainda que verificados os fundamentos legais e que a vontade dos trabalhadores tem de ser respeitada como relevante componente da Justiça.

Que é isto, de novo? Pois dir-vos-ei que é o arbítrio.

E se o arbítrio, a uma luz ou a outra, campeia, perde-se a confiança nos juízes, deixam os tribunais de ser o árrimo seguro que devem ser dos perseguidos e dos sacrificados à prepotência dos outros. A Justiça passa a ser uma farsa.

A filosofia interpretativa imposta aos juízes da Alemanha nazi era, como geralmente se sabe traduzida na fórmula – “que quer Hitler?”. E os frutos desse fiel da balança da Justiça são a história dos judeus na Alemanha e dos perseguidos por razões da sua inserção ideológica ou social.

A qualquer pretexto, importa evitar filosofia, consciente ou inconscientemente semelhante – a filosofia do arbítrio, a filosofia da insegurança.

Tal filosofia não resiste à ponderação de cada homem, cada juiz tem uma formação biológica e uma formação intelectual próprias, mais receptivas a uns estímulos do que a outros, e da mescla nascem as suas reacções, os seus juízos, a sua acção. Naturalmente que cada um tende a considerar a sua visão do mundo como a melhor e a decidir-se segundo ela.

Daí a relevância dos critérios legais e dos próprios espartilhos de conduta que o sistema jurídico impõe aos julgadores. Ao critério de cada um não pode deixar de sobrepor-se, no essencial, o critério que emana da ordem jurídica, emprestando uma relativa certeza à vida social, que em virtudes largamente ultrapassa a justiça ministrada pelo critério pessoal de cada juiz, por melhor intencionado que seja.

Julgo ser-vos útil e à Justiça portuguesa aconselhando-vos a inscrever como primeira regra do vosso código deontológico – não ao arbítrio.

*

Pressinto que alguns de vós se interrogarão ainda sobre este plano: como por um lado se pode desejar um juiz com maior liberdade para dirigir a lide, dar às partes os mesmos trunfos, alcançar a decisão verdadeiramente pacificadora, e por outro tão vincadamente se previne contra o arbítrio?

Se o espírito constitucional exige um juiz daquele tipo, como opor-lhe algumas peias à respectiva prossecução? Não é então verdade que, decidindo em nome do Povo, deve orientar-se pela vontade deste?

A minha resposta está, antes de mais, em definir o tipo de juiz que a Constituição pretende, e eu não aceito que, pretendendo a lei fundamental a criação de um Estado de Direito,

pretenda uma justiça fundada nas incertezas do entendimento que cada juiz confira às suas disposições programáticas.

E tarefa fácil me parece demonstrar que erram os que pensam em contrário.

A função jurisdicional é definida no art. 206.º da Constituição pela incumbência atribuída aos tribunais de assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

Os polos fixos da legalidade democrática são, na Constituição a igualdade de direitos e de deveres, princípio da universalidade expresso no artigo 12.º, a identidade de dignidade social, a igualdade perante a lei e a negação de privilégios, princípio da igualdade expresso no art. 13.º, finalmente a possibilidade reconhecida a todos de acederem aos tribunais para a defesa dos seus direitos, expressa no art. 20.º.

O que é apenas programático não concede direitos, mas apenas promessas. E o que a Constituição entrega aos tribunais para assegurar é a “defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos”, isto é, estatuídos na lei e não apenas nesta prometidos.

Parafraseando um dos exemplos citados como de desvios ao bom critério, direi que os direitos não são por via de regra absolutos.

Sofrem contracções de vária ordem, de que interessa agora assinalar as resultantes dos direitos legalmente reconhecidos aos outros; mas é irreconhecível pelos tribunais qualquer tipo de contracção que transcenda a conciliação ou a medida que a lei acolhe.

Claro que a lei pode definir mal, no conceito ou nos limites, cada direito, e define mal quando contraria a Constituição, quando, nos termos do art. 280.º, infringe o que nesta é disposto ou os princípios nela consignados.

Demonstrado isso, o tribunal não deve aplicar a lei, mas demonstrá-lo requer invocação do preceito constitucional que se lhe oponha ou de princípio expresso no texto constitucional em termos de imposição imediata, *a se*. Não é o caso, repete-se, de regras programáticas ou de regras sujeitas a regulamentação, e menos ainda de inferências ao sabor de opções ideológicas ou tendenciais que o intérprete, nomeadamente o juiz, julgue poder divisar.

Traduzo livremente do livrinho *Au service de la pensée judiciaire*:

“A justiça dos homens não é transcendente; ela evolui consoante o estado social. O juiz é o intérprete de uma civilização. Isto implica que esteja particularmente atento à mudança dos valores comumente aceites e que se guarde de fazer prevalecer sobre estes as suas concepções pessoais.

“Quando se diz que o juiz deve julgar segundo a sua consciência erra-se; a regra vale para o jurado que é o povo, mas não para o magistrado que é o mandatário do povo e, como tal, deve

submeter-se à vontade do mandante... como a lei a expressa. Se ele se afasta desta vontade, não será reconhecido como justo.

“Manter esta coincidência entre a consciência popular e as suas próprias decisões não é para o juiz tarefa fácil. A tarefa pode resultar impossível quando o corpo social está profundamente dividido. Parcial ou imparcial, nenhuma decisão será então reconhecida como justa”.

De tudo isto, outra regra a inscrever no Código deontológico do juiz: não tomar como exemplo o ouso do sapateiro que foi além da chinela, ter a humildade de aplicar correctamente o sistema legal sem se lhe sobrepor.

*

Não se infira da regra enunciada que, afinal, se pretende conceder por um lado o que por outro se recusa. Não é justificado pensar que a submissão do juiz ao sistema legal o remete para o papel declarativo de antanho, com exclusão de qualquer função criativa.

Sabemos todos que a interpretação da lei e o tratamento dos casos nela não expressamente previstos dão já ao juiz um largo campo criador.

E não lhe está também vedado o juízo crítico sobre a lei que lhe cumpre aplicar, e se nisso se empenhar com senso e saber poderão as suas decisões constituir forte contributo para o aperfeiçoamento das leis.

O que se pretende pôr em relevo é que ao juiz não é lícito proceder em relação às leis com o espírito bem no fundo medieval do “senhor”, traduzido na conhecida frase de Luís XIV. Ele não é o direito, não está sequer demonstrado que pudesse ser melhor a Justiça dependente do critério de cada juiz.

O juiz não é o Estado, não é a lei, não tem o poder supremo de definir a justiça.

Importa, em suma, inscrever no código deontológico o dever essencial da humildade bem entendida.

*

Não se encontra no Estatuto dos Magistrados Judiciais aprovado pela Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro, um corpo explícito de regras deontológicas a que os juízes devam obediência.

Não censuro por isso o diploma.

A moral da profissão tem tantas e tão variadas exigências que defini-las num texto de lei seria impossível. E seria até inconveniente ou porque pecaria por excesso ou por defeito, ou, de todo o modo, porque lhe não daria expressão adequada.

Tenho para mim que, para além de certas regras essenciais e definíveis com suficiente abstracção, a deontologia da profissão de juiz decorre da própria experiência dessa profissão e da consciência e sensibilidade dos homens que a exercem.

Indica o artigo 77.º do referido Estatuto que o juiz deve cumprir, como é óbvio, os deveres profissionais, e que deve comportar-se “com o decoro e dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções”. Acentua a mesma disposição que assim deve acontecer na vida pública como na vida particular.

Os maiores projectos traduzem-se geralmente pelas ideias mais simples.

Para além da honestidade sem mancha e da imparcialidade mais evidente o que porventura mais se requer no juiz é o senso, e o bom senso começa a sua transparência pelo decoro e pela dignidade assumidas na vida pública e na vida particular.

Frequentemente se encontra nos analistas da vida judiciária o relegar do saber para o 4.º ou para o 5.º lugar entre as virtudes desejáveis no juiz. E se a tanto não chega não é por não deixar de convir que realçar o mérito da honestidade pessoal e profissional, da imparcialidade, da coragem, da compostura e do bom senso constitui um realismo de aplaudir.

E dessas primordiais virtudes, coadjuvadas por algumas outras ideias básicas que se deixaram antes delineadas, resultará a deontologia ideal da judicatura, a estar presente em cada acto do juiz.

Se este constituir exemplo desejável na sociedade em que vive, terá a sua missão facilitada porque mais facilmente verá aceite a autoridade natural do seu cargo.

*

Um interessante livrinho publicado em 1974 pelo Sindicato da Magistratura francesa (*Au nom du peuple français*) começa com estas palavras: os juízes saem do *gheto*.

Esta é uma realidade também em Portugal.

E a pergunta pertinente é se saem do *gheto* para o renascimento ou para o ocaso.

Como vos disse já, o isolamento gera o mistério e este facilita a autoridade. Se lhe juntarmos o ingrediente da incensurabilidade, estará encontrada a fórmula para exercer um *munus* do Poder com um mínimo de incomodidade.

Seria injustificado dizer-vos que os juízes portugueses gozaram da plenitude da fórmula, mas é verdade que gozaram de uma parcela considerável.

Com a saída do *gheto* verifica-se no dizer de Jean-Marie Borzeix que “o mistério se dissipa, a instituição judiciária desce pouco a pouco do céu à terra”.

O fenómeno, registado na própria Igreja Católica, é no meu pensar irreversível.

O terrível latim foi substituído pela língua pátria, para que as pessoas melhor entendam o que é dito; as sonoras e estranhas fórmulas, partes integrantes do vocabulário privativo dos juristas, que o povo não entende e por isso titula de uma das sete manhas que cabem nas sete mangas da Justiça, têm igualmente de dar lugar à linguagem transparente, simples para ser bem compreendida.

A Justiça é discutida como tudo o mais que é discutível. E não raras vezes o é por forma insidiosa, que se adopta consciente ou inconscientemente, muito poucas vezes com algum conhecimento de causa.

Daí estarem os juízes sujeitos a novos problemas, que se não devem descurar porque minimizá-los é esquecer a lição que encerram e as virtudes que reclamam.

É a título de exemplo que afloro o caso da liberdade de imprensa.

Desconheço, e suponho que não existe no mundo civilizado, lei mais libérrima para a imprensa no que concerne à liberdade de expressão.

Aproveitam-na demasiadamente mal alguns jornais e alguns jornalistas, indiferentes à tutela devida pelos tribunais ao bom nome, à honra, e dignidade, à vida privada de quem lhes importe atacar e enxovalhar.

Mas chamamos os tribunais a decidir, a situação é inalteravelmente esta: se absolvem são exaltados, as virtudes do juiz são apregoadas por trombetas que ressoam; mas se uma condenação é proferida as trombetas afinam-se para diminuir o crédito do juiz, pelo menos acusado de subserviência ao ofendido ou ao Poder, e, por mal entendida camaradagem, nenhuma voz da Razão se ergue em termos de ser ouvida.

Todavia, os tribunais desempenham perante o regime de imprensa o único fiel do equilíbrio desejável, o único possível contentor dos abusos.

E, a fazer fé pelo que se lê na Imprensa, delinquentes são os ofendidos, ao tribunal só cumpre abster-se ou absolver.

Elucida este exemplo sobre algo de mais profundo: que em qualquer pleito rara é a vez em que o vencido se não considera queixoso contra o juiz e que a desforra mais fácil e conseguida é enaltecer-se, redimir-se do juízo censório, à custa do ataque que desacredite o censor.

Eis então mais um dever-virtude a inscrever no Código deontológico do juiz: que por suficiente força da sua consciência bem formada despreze o insulto, não dê ouvidos à louvaminha envenenada que intenta seduzi-lo, e, por intermédio dele aos outros seus pares que venham a decidir questões igualmente sujeitas ao vociferar público, para a todos passar à denegação de justiça.

A isto chama-se simplesmente coragem – a coragem de decidir segundo os ditames da lei e da consciência recta do julgador, tão grande, tão forte, que não colha manchas das ameaças, nem dos falsos ou interesseiros louvores.

*

Receio que no desalinho do que escrevi possa resultar aos vossos olhos uma figura inatingível do juiz, o que não está no meu pensamento.

Há na Bíblia, como decerto sabeis, o “livro dos juízes”. Juízes não são, nesse livro os julgadores de causas, mas os heróis a quem Deus confia a missão de libertarem o povo hebraico da tirania dos seus inimigos.

Algo de comum há, todavia, com os juízes do presente.

Na defesa da legalidade alguém se liberta de uma qualquer tirania, e dos defensores se espera alguma parcela de heroicidade, quando necessária.

Com efeito, dos juízes se espera que sejam honestos, qualquer que seja a facilidade de riqueza que os cerque, que sejam imparciais, qualquer que seja a inclinação pessoal que sintam, que sejam sensatos segundo padrões comuns, ainda que destes padrões discordem, que sejam corajosos e firmes, ainda que o seu corpo trema, que sejam compostos, ainda que a sua própria escala de valores não reclame tanto como convém, que sejam cultos e bons técnicos, que sejam humildes, que sejam – sei lá – tocados por uma qualquer Fada da perfeição.

Mas bom juiz não será somente aquele que consiga atingir em plenitude todas as virtudes reclamadas, na realidade em demasia para se reunirem por inteiro em qualquer homem.

Bom juiz será já aquele que, em permanente autocrítica, se empenhe no cumprimento honesto e esforçado do bem comum, adoptando com vontade firme as regras-deveres que, para favor dos que lhe sejam sujeitos, o defendam contra si próprio.

*

Verdadeiramente grande é a profissão do Juiz!

De tamanho igual só a responsabilidade que se contrai com a sociedade ao aceitar-se ser Juiz.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Processo Penal e os Media: algumas reflexões



[Jorge Baptista Gonçalves]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Processo Penal e os Media: algumas reflexões*

Publicado na Revista do CEJ, n.º 3, 2011, pp. 73 a 97

Convidado a intervir numa sessão do curso de especialização denominado *Justiça e Comunicação*, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, em 2004, no âmbito da formação permanente de magistrados, aceitei o desafio com algumas reservas, por se tratar de matéria já abundantemente tratada. A sessão em causa tinha o título de *Aspectos normativos essenciais da relação do sistema de justiça com a comunicação social*, a desenvolver por três oradores. Muito embora o título – que se manteve na 2.ª edição do curso, realizada em 2005 – realçasse a *essencialidade* dos aspectos a focar, o que circunscrevia o objecto possível das comunicações, certo é que existia um leque alargado de perspectivas segundo as quais o tema poderia ser abordado.

Tendo de fazer opções, decidi concentrar a minha atenção nos aspectos relativos às novas dimensões de publicidade da audiência resultantes da cobertura mediática de alguns processos de natureza penal, propondo-me – então, como agora – retomar, de forma despreziosa, alguns tópicos de reflexão sobre essa temática que, apesar de muito debatida, continua a manter plena actualidade, em Portugal e no estrangeiro, revelando-se uma fonte virtualmente inesgotável de discussão e controvérsia.

O acesso dos órgãos de comunicação social às salas de audiências

A primeira questão a que dedicarei algumas palavras reporta-se ao tema já muito discutido, mas sempre actual, das relações entre a justiça penal e a cobertura dos processos judiciais efectuada pelos meios de comunicação social.

Já uma vez escrevi, a propósito de um tema próximo deste (relação entre juízes e comunicação social) que começa a ser difícil evitar a mera enunciação do óbvio, dito e repetido

* Este texto foi elaborado a partir da intervenção efectuada no Centro de Estudos Judiciários, no curso sobre *Justiça e Comunicação*, realizado no âmbito da formação permanente de magistrados, pelo que se manteve um registo próximo da oralidade.

inúmeras vezes. Não será aplicável ao tema em questão o conhecido versículo do *Eclesiastes* que proclama, com solenidade, que "todas as palavras estão gastas"?

É conhecido o fenómeno da deslocalização de certos processos para os meios de comunicação social, em que o palco mediático parece substituir o tradicional palco judiciário – levando, aliás, vantagem na celeridade, na aparente eficácia e no impacto social¹.

Não é de hoje o interesse do público pelos temas judiciários, sobretudo na área mais palpitante do direito penal, em que o apelo do escândalo, do sangue, do escabroso, dos segredos inconfessáveis, sempre despertou a imaginação vampírica das audiências, mesmo dos poucos que liam jornais no século XIX.

A sociedade de comunicação em que vivemos, a designada “cultura de massa” e o incremento das tecnologias de comunicação redimensionaram o fenómeno de forma dramática. Nos tempos que correm, basta ligar o televisor à hora do telejornal para ser elevada a probabilidade de assistirmos às declarações de um comentador de estúdio, de um jurista ou de uma parte, tecendo considerações (normalmente, de forma muito crítica) sobre a actuação do sistema de justiça e as suas decisões.

Rasgado, definitivamente, o *véu do templo*, juízes e magistrados do Ministério Público poderão ser levados a adaptar uma postura de desconfiada distância, justificada por diversos excessos cometidos, ao longo dos anos, por alguns profissionais de comunicação menos escrupulosos.

A concentração económica dos *media* e a supremacia do mercado podem ser factores condicionantes do compromisso ético dos jornalistas, como foi reconhecido no V Encontro Ibero-Americano de Jornalistas, realizado em Outubro de 1998.

A tensão que se estabelece entre o sistema de justiça e os meios de comunicação social (aqui entendidos num sentido amplo que abrange *todos os meios de comunicar ou transmitir ao público informações, ideias ou factos: a imprensa, a rádio, a televisão, a Internet e outros ainda*²) é um fenómeno compreensível – mesmo natural –, tendo em vista os diferentes tempos de

¹ Sobre o perigo dos meios de comunicação social se substituírem aos tribunais, promovendo julgamentos paralelos, veja-se o texto de ABRAHAM BARRERO ORTEGA, *Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo*, na Revista Latina de Comunicación Social, n.º 47, edição de Fevereiro de 2002 (www.ull.es/publicaciones/latina/2002/latina47febrero/4703barrero.htm).

² LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, vol. 1, Almedina, 2000, p. 22. Segundo este autor, a C.R.P. não define, nem lhe compete definir, o que seja comunicação social, mas, após as revisões de 1982 e 1989, não parece restarem dúvidas quanto à utilização do conceito de comunicação social, como *género*, de que são *espécies* a imprensa, a rádio e a televisão. Assim, a C.R.P. terá acolhido um conceito *formal* de meios de comunicação social, delimitado, fundamentalmente, em função dos *métodos de produção e difusão* (ou multiplicação) e do seu *destino* (o público) e incluindo, como *espécies*, a imprensa, a radiodifusão e a televisão (*ob. cit.*, pp. 26 e 27).

actuação, objectivos e metodologias empregues na busca da *verdade*. Tanto mais que, na tarefa comum de reconstituição da realidade, a *verdade dos media* pode não coincidir com a *verdade judicial*, definida a partir de condicionantes epistemológicos que não se ajustam aos critérios jornalísticos³.

Não faltam vozes que, analisando o papel dos *media* nas sociedades contemporâneas, advertem quanto a perigos diversos, inclusivamente para a própria democracia⁴.

Alguns *media*, autoproclamando-se representantes da opinião pública⁵, cedem, por vezes, à tentação de se instituírem como polícias, acusadores e juizes, definindo culpas e condenando sem apelo nem agravo, numa sociedade que vive o que Antoine Garapon apelida de *ilusão da democracia directa* e de tentação de uma “*justice rédemptrice*”⁶. Neste quadro, a *verdade dos media* aparenta ser superior à verdade judiciária que não é uma verdade obtida a todo o custo, mas apenas a que se tenha por processualmente aceitável por assentar em provas validamente obtidas⁷.

A referida tensão verifica-se, desde logo, no confronto entre uma lógica de reserva e sigilo, tradicionalmente associada aos mecanismos da justiça, pelo menos em certas fases, e uma lógica

³ A referência à reconstituição da realidade, como tarefa comum dos *media* e dos tribunais, traz à memória o título provocatório do livro de PAUL WATZLAWICK, *A realidade é real?*, que apresenta uma série de exemplos desconcertantes, por vezes anedóticos, que ilustram a estreita e complexa relação entre comunicação e construção da realidade.

⁴ É o caso do sociólogo PIERRE BOURDIEU e de KARL POPPER. Este último, a propósito do papel da televisão, escreveu: “Não pode haver democracia se não submetemos a televisão a um controle, ou, para falar com mais precisão, a democracia não pode subsistir de uma forma duradoura enquanto o poder da televisão não for totalmente esclarecido” (*Televisão: um perigo para a democracia*, incluindo textos de KARL POPPER e JOHN CONDRY, Gradiva, 1995, p. 30).

⁵ A própria *opinião pública*, como instância legitimadora e árbitro da verdade, constitui um mito que encerra vários perigos, como salienta KARL POPPER, *Conjecturas e refutações*, Almedina, 2003, pp. 463 e segs.

Sobre o conceito de *opinião pública* tem interesse o estudo de RAFAEL RODA FERNÁNDEZ, *Medios de comunicación de masas. Su influencia en la sociedad y en la cultura contemporáneas*. Madrid: Centro de investigaciones sociológicas, 1989, pp. 206 e segs.

⁶ *Justice et médias: une alchimie douteuse*. Paris: Saint Simon, 1994.

⁷ FERRAJOLI observa que a relação entre *verdade processual* e *validade* é assaz complexa, uma vez que não é só a *verdade* a condicionar a *validade*, mas também é a *validade* a condicionar a *verdade* no processo (*Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 60 – tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros do original italiano, *Diritto e ragione-Teoria dei garantismo penale*, Laterza & Figli, 1989).

PIERRE HUGONET, na sua obra *la verité judiciaire* (Paris: Librairies Techniques, imp. 1986, p. 145), define a verdade judiciária como “une verité solide, qui repose sur des fondations valables, mais elle est relative à des faits déterminés, dans un cadre de référence déterminé, qui exige l’application de tel principe ou de telle loi”. Esta dimensão convencional ou processual da verdade judicial contrasta com a verdade imediata e total a que aspiram os *media*.

de *transparência* (erigida ao estatuto de mito contemporâneo) e de circulação livre da informação⁸.

Esta diferenciação de perspectivas e métodos, convertida, por vezes, numa relação de antagonismo, terá de ser encarada e dirimida à luz da ordem constitucional e legal vigente. Nem a comunicação social deverá constituir-se como um obstáculo ao normal decurso dos processos judiciais que se pretendem justos, porque respeitadores dos direitos e garantias fundamentais e do quadro normativo-processual vigente, nem os processos judiciais, através dos quais o sistema de justiça funciona, deverão ser um obstáculo ao exercício da comunicação social, cujo relevo nas sociedades democráticas, livres e plurais, é de molde a conferir-lhe um verdadeiro papel constitutivo e medular dessas mesmas sociedades.

É sabido que a *Jurisdição*, como função soberana do Estado, é exercida pelos tribunais e que estes, nos termos do artigo 202.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), têm competência para administrar a justiça *em nome do povo*. Não se trata de uma declaração que possamos remeter para o âmbito do discurso meramente retórico. O poder que os juízes exercem não lhes pertence como coisa própria, antes assenta na Constituição da República, expressão do povo soberano em nome do qual a Jurisdição se exerce.

Daí que a publicidade a respeito do funcionamento do sistema de Justiça, tal como a publicidade a respeito do funcionamento dos poderes públicos em geral, integre a essência do Estado de Direito Democrático.

Neste quadro, a informação prestada pelos *media*, independentemente de todos os perigos que possam ocorrer, é um meio insubstituível para que a sociedade conheça – e, por via desse conhecimento, controle e sindique – a actividade dos tribunais (e dos seus actores) que em seu nome administram a justiça. Como diz Alberto Binder, a decisão mediante a qual se pode encerrar uma pessoa quinze ou vinte anos numa prisão é tão grave que o pensamento político do

⁸ Como escreve ANTOINE GARAPON, a *transparência* é invocada para tudo exhibir, desde o início do inquérito, sem aguardar pelo processo. “A publicidade, mais familiar à democracia, opõe-se à transparência por ser sempre fruto de um processo e tributária de um espaço circunscrito, de uma separação.

(...) Para o sentido surgir, é necessário renunciar ao imediato. Essa separação permite uma reduplicação da realidade, ao contrário da transparência, que mostra a realidade nua e crua, não elaborada.

A transparência é uma percepção, a publicidade um espectáculo. (...) O apetite pela transparência advém de uma espécie de compreensão ingénua da democracia: tudo ver e mostrar, imediatamente e a toda a gente. Levada ao extremo, esta nova ideologia pode revelar-se perversa”. (*Bem julgar-ensaio sobre o ritual judiciário*, Instituto Piaget, Coleção Direito e Direitos do Homem, pp. 274 e 275).

ocidente, através de um processo tormentoso, *se preocupó enormemente de que no fuera tomada a puertas cerradas*⁹.

Numa sociedade democrática que proclama, no quadro constitucional dos *derechos, libertades e garantias, a liberdade de expressão e información* (esta última encarada como direito de *informar, de se informar e de ser informado* (art. 37.º da C.R.P.) e a *liberdade de imprensa e meios de comunicação social* (art. 38.º da C.R.P.), a regra será a publicidade dos actos dos poderes públicos, incluindo os tribunais, enquanto o sigilo e a subtracção a essa publicidade deverão constituir a excepção.

Assim, o *principio da publicidade* constitui a regra em processo penal, tendo a sua máxima expressão na audiência de julgamento (art. 206.º da C.R.P.)¹⁰.

Não tratando, agora, da problemática tão debatida das fases do processo penal sujeitas ao segredo, e da tensão que naturalmente se suscita entre o sistema de justiça com o seu processo secreto e a actividade jornalística dita de *investigação* que poderá correr paralelamente, com o inerente risco de ocorrência de indevidas intersecções, farei apenas algumas reflexões sobre as novas dimensões de publicidade que o processo tem vindo a ganhar, ultimamente, na fase pública por excelência que é a do julgamento¹¹.

A audiência de julgamento é pública, sob pena de *nulidade insanável* (art. 321.º, n.º 1 e 119.º, *corpo*, do Código de Processo Penal – C.P.P.)¹².

⁹ BINDER, ALBERTO M., *Importancia y limites del periodismo judicial*, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ed. Ad Hoc, p. 265.

¹⁰ Da análise do artigo 86.º, n.º 1, do CPP, resulta que o processo é público a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar do momento em que já não pode ser requerida ou, se a instrução for requerida apenas pelo arguido e este não se opuser à publicidade, a partir do recebimento do requerimento de abertura da instrução. Antes desses momentos, vigora o segredo de justiça traduzindo-se na proibição de assistência ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual e na proibição da divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos.

¹¹ Passo a trilhar de perto os passos de ARTUR RODRIGUES DA COSTA, no seu estudo *Publicidade do julgamento e direito de comunicar*, publicado na Revista do Ministério Público, Ano 15.º, Jan/Março, 1994, n.º 57, pp. 53 e segs.

¹² O direito a um julgamento público está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 10.º), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 6.º) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 14.º, n.º 1).

No que toca ao princípio da publicidade, o artigo 206º, da C.R.P., preceitua: “As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”.

Os princípios da publicidade e da oralidade estão estreitamente relacionados. Como ensinam EMILIO ORBANEJA e VICENTE QUEMADA (*Derecho Procesal Penal*, 10.ª edição, pp. 252 e segs.), a significação da publicidade não só é política, mas também técnico-jurídica. Por um lado, contribui para assegurar a confiança

A publicidade da audiência é um princípio constitucional e um elemento constitutivo do processo em geral (e do processo penal em especial).

A publicidade significa que aos actos processuais públicos pode *assistir* qualquer pessoa, nos termos do artigo 87.º, n.º 1, do C.P.P.

Já Beccaria salientava a importância da publicidade, nos seguintes termos: “Que os julgamentos sejam públicos, que sejam públicas as provas do crime para que a opinião, que é talvez o único cimento das sociedades, imponha um freio à força e às paixões, para que o povo diga: nós não somos escravos e estamos protegidos”¹³.

Tradicionalmente, a publicidade da audiência traduzia-se na possibilidade de qualquer pessoa assistir ao julgamento, ou seja, consistia na presença do público nas audiências judiciais, muitas vezes em salas cujo mau desempenho acústico, mesma nas de construção mais recente, dificultava (e continua a dificultar) a compreensão do desenrolar dos julgamentos.

O conhecimento do que se passava na audiência circunscrevia-se às pessoas presentes (e a experiência diz-me que em muitos tribunais existem alguns *habitués* que são como *gente da casa*) e às – normalmente, não muito numerosas – que, por intermédio destas, tomavam conhecimento *indirecto* do que se havia passado na sala de audiências.

Hoje, as coisas passam-se de forma distinta: temos os jornalistas à porta das salas, quando não são as televisões a pretenderem transpor essa porta e transmitir os julgamentos, o que alarga de forma notável o leque do *público*: não já apenas o que se encontra na sala e que esta tem a capacidade física de conter, mas todos os leitores de jornais, ouvintes de rádio ou telespectadores (e outros, como os *internautas*) que, tenham acesso aos escritos jornalísticos, às transmissões radiofónicas ou televisivas (e outras formas de comunicação).

No que concerne ao acesso da comunicação social às salas de audiências, impõe-se reconhecer que, sendo o julgamento um acto público, não há como recusar esse acesso a não ser se e na medida em que o público em geral é excluído. E mesmo sendo desejável uma crescente especialização dos jornalistas que acompanham a actividade judicial, certo é que qualquer

dos cidadãos na administração da justiça (o público pode acompanhar a produção da prova e compreender melhor a decisão). Por outro lado, “la satisfacción que otorga – al ofendido por el delito, en caso de condena; al honor del inocente erróneamente inculpado, en caso de absolución – únicamente es plenamente sentida si opera a la luz del día”.

¹³ CESARE BÉCCARIA, *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, p. 90. O mesmo autor interroga-se: “Pode haver delitos, isto é, ofensas públicas, e ao mesmo tempo não ser do interesse de todos a publicidade do exemplo, ou seja, a publicidade do julgamento?”

Jeremias Bentham enalteceu o valor da publicidade como *alma da justiça*, pronunciando-se vigorosamente contra o regime de segredo, no seu célebre tratado sobre a prova (cfr *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001).

sistema de *acreditação* que venha a ser criado (e que, se demasiado fechado, poderá colocar problemas de constitucionalidade, por desrespeito do direito de acesso à informação) não obstará a que outros jornalistas, não especializados e não acreditados junto dos tribunais, possam assistir, como público, aos julgamentos, construindo as notícias a partir dos elementos colhidos “*in loco*”.

Questão que tem sido colocada é a que consiste em saber se o acesso da comunicação social às salas de audiências não deverá ser entendido como um *direito preferencial* em relação ao público em geral.

Como introito à abordagem dessa questão, importa salientar que o artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, proclamou pela primeira vez o que se veio a designar como *direito à informação*¹⁴, como um direito de toda a pessoa e referente a qualquer meio de comunicação, actual ou futuro.

Assim, na fase que alguns designam de *etapa universalista da informação*, esta não é objecto de um poder estatal, nem património próprio das empresas informativas ou dos jornalistas: a informação pertence ao público.

A Constituição da República, no artigo 37.º, n.º 1, consagra, de forma clara, a *universalidade subjectiva da liberdade de comunicação social*, nos seus componentes fundamentais que são o *direito de informar, de se informar e de ser informado*¹⁵, como um direito de *todos* e não de apenas alguns.

A compreensão da *informação* como objecto de um *direito fundamental* não pode obnubilar o facto de, no nosso tempo, o exercício pleno desse direito exigir, por vezes, a mediação das organizações informativas e dos profissionais da informação, o que permitiu que alguns estudiosos da matéria identificassem nesta intermediação natural uma forma de delegação tácita ou de *mandato informativo*: um mandato social e tácito nas empresas informativas e nos respectivos profissionais para desempenharem as faculdades de investigar e difundir a informação – faculdades que o público, titular originário do direito à informação, não terá em muitos casos a capacidade de exercer directamente. Neste quadro conceptual, a *informação* mediada pela comunicação social é caracterizada como um *acto de justiça*, pois quando se investiga e difunde informação dá-se a cada um o que é seu (nos termos da conhecida

¹⁴ E assim foi designado, por exemplo, pelo Concílio Vaticano II, no Decreto *Inter Mirifica*, como *direito à Informação sobre aquelas coisas que convêm aos homens, segundo as circunstâncias de cada um, tanto particularmente como constituídos em sociedade* (Concílio Ecuménico Vaticano II – Constituições-Decretos-Declarações e Documentos Pontifícios, 11.ª edição, Editorial A.O – Braga).

¹⁵ Luis BRITO CORREIA, *ob. cit.*, p. 200.

fórmula “*suum cuique tribuere*”) e cumpre-se o mandato geral e tácito conferido pela comunidade¹⁶.

Posto isto, regresso à questão da existência ou não do direito preferencial de acesso dos órgãos de comunicação social às salas de audiências.

O Tribunal Constitucional de Espanha, por decisão de 1 de Junho de 1982 (STC 30/1982, de 1 de Junho), pronunciou-se sobre a relação existente entre o direito a comunicar e receber livremente a informação e o princípio da publicidade das audiências judiciais, a propósito de um caso em que se negara a jornalistas de um determinado periódico a acreditação para acederem às sessões do chamado *juicio oral* num processo de inegável repercussão pública¹⁷.

Pela sua importância, permito-me citar o aresto, nas passagens seguintes:

“El principio de la publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art.120.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitiría a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediário natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social”, acrescentando que “no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal

¹⁶ Diversos autores desenvolvem a noção de mandato informativo, tendo por base a titularidade universal do direito à informação, bem como a ideia de que a informação corresponde a um acto de justiça.

Neste sentido pronunciou-se JOSÉ MARIA DESANTES-GUANter em *La información como derecho*, Madrid, 1974, e *La función de informar*, Pamplona, 1976. Este ilustre catedrático emérito da Universidade Complutense de Madrid desenvolveu em diversos textos a sua noção de mandato informativo, não no sentido estritamente jurídico, mas como um mandato social, geral e tácito, tendo como objecto o desempenho das faculdades de investigar e difundir informação.

¹⁷ Refere-se a sentença ao caso *Diário 16*, relativo ao julgamento dos autores do golpe de Estado frustrado, de 23 de Fevereiro de 1981, que atentou contra as instituições democráticas espanholas e foi protagonizado por Tejero Molina. Aquando do julgamento, o presidente do Supremo Tribunal de Justiça Militar retirou as credenciais aos representantes do *Diário 16*, não lhes permitindo a cobertura da audiência, como resposta à publicação por esse periódico de uma entrevista a um dos participantes na intentona.

es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado”¹⁸.

Esta importante decisão reconheceu que os representantes dos meios de comunicação social, ao assistirem às sessões de um julgamento público, gozam de um direito preferencial e não de um privilégio gracioso e discricionário.

Este *dereito preferencial* no acesso às salas de audiências também deve ser reconhecido entre nós.

A C.R.P. consagra, como já se disse, como direito fundamental, *o direito de informar, de se informar e de ser informado*, garantindo *a liberdade de imprensa* que implica *o direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação* (arts. 37.º e 38.º).

A lei ordinária dá expressão a estes direitos nos diplomas legais que regulam os diversos meios de comunicação social, seja a imprensa, a rádio ou a televisão.

O reconhecimento do *dereito preferencial* dos jornalistas potencia o princípio (constitucional) da publicidade e, por conseguinte, o controlo público da actividade judicial e as funções de *fiscalização* e *compreensão* inerentes à publicidade, já que, como é óbvio, nem todos os cidadãos interessados na administração da justiça penal podem assistir às audiências de julgamento.

Por outras palavras: a publicidade do acto já não se circunscreve aos poucos que cabem numa sala de audiências e que a ela se podem deslocar: os meios de comunicação social passam a ser “os olhos e ouvidos do público em geral”¹⁹. E o *público* é, como já se salientou, o verdadeiro titular do direito à informação.

Alguns autores distinguem a *comunidade interior* da *comunidade exterior*, querendo significar a diferença entre todos os que estão reunidos numa mesma sala de audiências e os que lhe são exteriores. O acesso preferencial dos jornalistas à *comunidade interior* visa garantir o cumprimento do *mandato informativo* e satisfazer o direito da *comunidade exterior* a ser informada sobre o modo como é administrada a justiça em nome do povo²⁰.

¹⁸ O texto citado vem transcrito na sentença do mesmo Tribunal Constitucional de Espanha 57/2004, de 19 de Abril, que pode ser consultada em www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-057.

É apresentado, traduzido em língua portuguesa, no trabalho de Artur Rodrigues da Costa, *ob. cit.* p. 59.

¹⁹ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, 2002, p. 569. Este autor entende que os jornalistas operam como “olhos e ouvidos do público em geral”, dando lugar à criação de uma *publicidade mediática* que envolve não apenas a narração circunstanciada do teor dos actos processuais abertos ao público em geral, mas também a possibilidade de recolha de imagens e sons.

²⁰ De “communauté intérieure de la justice” e “communauté extérieure” fala-nos, entre outros, o documento base de MONA RISHMAWI, PETER WILBORN e CYNTHIA BELCHER, intitulado *La relation entre médias et*

A Alta Autoridade para a Comunicação Social²¹, em 16 de Janeiro de 2002, aprovou uma deliberação na sequência de queixa apresentada por 50 jornalistas contra a decisão de exclusão de publicidade tomada no Tribunal Criminal de Lisboa e relativa a um processo muito mediático.

Sem referir, expressamente, a existência de um *direito preferencial*, a Alta Autoridade não deixou de reconhecer esse direito, ao particularizar a situação dos jornalistas em relação ao público em geral e ao instar no sentido de se providenciar “para que sejam criadas as condições logísticas necessárias para que os jornalistas tenham sempre a possibilidade de aceder às audiências de julgamento e a todos os outros actos públicos do processo penal ou cível, em condições de poderem exercer adequadamente o seu direito de informar”.

No caso – sala exígua face ao número de jornalistas, advogados estagiários e público em geral –, a aplicação da doutrina do, *direito preferencial* determinaria que, na falta de espaço que todos pudesse acomodar, fosse garantido o acesso preferencial, em condições equitativas, aos órgãos de comunicação social, pois essa seria a forma mais perfeita e garantística de assegurar, materialmente, a *publicidade* da audiência de julgamento, no quadro das liberdades de expressão e informação constitucionalmente consagradas.

Quando se diz que o acesso preferencial deverá ser assegurado em condições *equitativas*, pretende-se sinalizar que esse acesso não pode determinar a exclusão, em termos absolutos, do público em geral, o que, a acontecer, significaria a substituição do espaço real das salas pela sua dimensão virtual e mediática, subordinando o público, na sua relação com o funcionamento dos tribunais, à sempre indispensável e obrigatória intermediação dos jornalistas.

É este o sentido do *Princípio 13* constante do Anexo à Recomendação n.º Rec (2003) 13 do Comité de Ministros dos Estados-membros do Conselho da Europa, sobre a difusão pelos meios de comunicação social de informações relativas a processos penais, segundo o qual as autoridades competentes devem, a menos que tal não seja manifestamente exequível, reservar

magistrature, publicado no Annuaire du CIMA (Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats) de Dezembro de 1995, vol. IV.

²¹ Órgão independente, que funciona junto da Assembleia da República e que tem por atribuições fundamentais assegurar o direito à informação, a liberdade de imprensa, a isenção e rigor da informação, a independência dos órgãos de comunicação social perante os poderes político e económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a isenção no licenciamento de operadores de rádio e de televisão, o respeito pelos direitos individuais e os padrões éticos, e o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política. Está já anunciada a sua substituição por um novo órgão que será a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), tendo sido aprovada pelo Conselho de Ministros, em 12 de Maio de 2005, a respectiva proposta de lei.

aos jornalistas, na sala de audiência, um número suficiente de lugares em relação aos pedidos, *sem excluir a presença do público enquanto tal*²².

Meios audiovisuais e audiências penais

Admitem-se excepções e limitações ao princípio da publicidade, como resulta da Constituição da República, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e tem sido assinalado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Das excepções não irei cuidar nesta intervenção²³.

Quanto às limitações, refiro apenas a proibição de transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som, relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária – no caso de audiência de julgamento, o juiz presidente –, por despacho fundamentado (não se trata de simples *despacho de expediente*), a autorizar (art. 88.º, n.º 2, alínea b), do C.P.P.).

Sendo as audiências públicas uma fonte informativa de acesso geral e reconhecido o direito de acesso a essas audiências aos profissionais da comunicação social, não só em condições análogas aos restantes cidadãos, mas no exercício de um direito preferencial (entendido nos termos já expostos), é possível questionar a razão de ser do tratamento

²² A Declaração de princípios adaptada pelo Comité de Ministros a 10 de Julho de 2003, a Recomendação n.º Rec (2003) 13, o respectivo Anexo e a Exposição de motivos podem ser consultados na RM.P. n.º 97, p. 167 e seguintes.

²³ Artigo 206.º da CRP: “As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”.

Artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “(...) O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes do processo o exigirem ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem destacado os limites à publicidade das audiências e a possibilidade de excluir o público (e os meios de comunicação) durante a totalidade ou parte do julgamento, para protecção de menores, da vida privada das partes, da segurança de testemunhas ou de outros bens merecedores de protecção. Neste sentido cita-se a sentença proferida no caso B. e P. contra o Reino Unido (TEDH. 24.04.2001) que, embora reportando-se a processos em que estava em causa a disputa da guarda de menores pelos respectivos pais (com exclusão de publicidade decidida com base no art. 4.º § 167 da *Family Proceedings Rules* 1991), contém referências de interesse mais geral sobre a publicidade da audiência e as suas limitações.

diferenciado dos casos em que a recolha da informação é efectuada através de reportagem escrita em relação àqueles em que se utilizem outros meios técnicos (fotografia, rádio, vídeo, televisão – meios de recolha e difusão de imagem e/ou som em geral).

A questão tem sido muito debatida, não sendo respondida de forma idêntica pelos diversos sistemas jurídicos.

Em França, são conhecidos os trabalhos da comissão instituída por Robert Badinter, então *Garde des Sceaux*, bem como a discussão parlamentar sobre o tema da presença da televisão nas salas de audiências. O debate deu origem à lei de 11 de Julho de 1985 que autorizou a gravação de julgamentos tendo em vista duas dimensões: a dimensão histórica (visando a conservação em arquivo dos grandes processos, como material de estudo para os historiadores) e a dimensão pedagógica e educativa.

A lei de 11 de Julho de 1985, ao abrigo da qual foi autorizada a gravação do julgamento do criminoso nazi Klaus Barbie, bem como do julgamento de Paul Touvier, conhecido chefe da milícia de Lyon durante a ocupação alemã, estabeleceu uma série de condições apertadas, quanto às modalidades de registo e ao tempo de espera antes de ser possível a consulta e difusão livre dos registos audiovisuais²⁴.

Sendo certo que a definição do que seja o *interesse para a constituição do arquivo histórico da justiça* está longe de pertencer ao domínio das evidências, a verdade é que, vinte anos depois, o próprio Robert Badinter reconheceu, recentemente, num colóquio que teve lugar no dia 7 de Junho de 2005, que a aplicação prática da lei de 1985 sobrevalorizou o aspecto histórico em detrimento da vertente educativa e pedagógica²⁵.

A muito polémica lei de 9 de Março de 2004, vulgarmente conhecida como *Perben II*, introduziu alterações amplas e importantes no processo penal. No seu artigo 152.º, alterou o artigo 308.º do *Code de Procédure Pénale*, passando a prever o registo sonoro ou audiovisual do julgamento, mediante autorização de presidente da *cour d'assises*, estabelecendo que o registo possa ser utilizado *devant la cour d'assises statuant en appel, devant la Cour de cassation saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la*

²⁴ A lei estabeleceu um prazo de 20 anos para a consulta e difusão com autorização e de 50 anos para a difusão livre. Posteriormente, a lei de 13 de Julho de 1990, sobre actos racistas, anti-semitas e xenófobos, prescindiu de qualquer prazo quando se trate de difusão de sentenças transitadas relativas a crimes contra a humanidade. Foi com base neste diploma que a *France 3* teve a possibilidade de transmitir cerca de 30 minutos de depoimentos prestados no processo contra Klaus Barbie.

²⁵ Trata-se do colóquio organizado pelo presidente do Senado, no âmbito dos encontros senatoriais sobre a justiça, subordinado ao tema *Justice et médias: des caméras dans les prétoires*.

(<http://www.senat.fr/colloques/rencontres>).

jurisdiction de renvoi. Trata-se, pois, de um registo sonoro ou audiovisual com objectivos circunscritos no âmbito do processo.

Em 2004 foi constituído um grupo de trabalho sobre o registo audiovisual dos julgamentos, de composição plural, que após diversas reuniões e audições produziu, em 2005, um relatório²⁶.

Curiosamente, entre as personalidades auscultadas esteve o cineasta Raymond Depardon, realizador particularmente interessado pelo universo dos tribunais, com obras como *Délits flagrants* e *Dixième chambre, instants d’audiences*, que registam audiências judiciais.

Entre outras reflexões, os membros da comissão manifestaram a sua preferência pela captação integral dos julgamentos em desfavor da gravação parcial, pronunciando-se contra a possibilidade de difusão de imagens em directo.

Algumas vozes sugeriram a criação de um “*juge de la mise en image*”, competente para as questões da recolha e difusão de imagens.

Em Espanha, o jornalismo especializado em questões judiciais conheceu um grande desenvolvimento nos últimos anos.

Na evolução jurisprudencial ganha relevo a sentença do Tribunal Constitucional de Espanha, de 19 de Abril de 2004 (STC 57/2004), sobre o acesso de meios audiovisuais aos tribunais de justiça. No processo de amparo constitucional em questão estava em causa a norma sexta do *Acuerdo* de 25 de Setembro de 1995, da *Sala de Gobierno del Tribunal Supremo*, relativo às *Normas sobre acceso al palácio sede del Tribunal Supremo*, que no seu n.º 3 preceituava:

“No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palácio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura dei año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes”.

Reconhecendo que a utilização de meios audiovisuais pode afectar, de forma muito mais intensa do que a reportagem escrita, os direitos fundamentais de terceiros e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, o Tribunal Constitucional entendeu ser incompatível com a Constituição o estabelecimento de uma proibição geral, com reserva de autorização, do acesso de meios de captação e difusão de imagens às audiências públicas, porque a utilização de tais meios forma parte do âmbito constitucionalmente protegido pelo direito à liberdade de informação. A regra será a liberdade e a eventual limitação ou proibição da utilização desses meios deverá realizar-se de forma expressa e no caso concreto por decisão do órgão judicial²⁷.

²⁶ Cfr. *Rapport de la commission sur l’enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, de 22 de Fevereiro de 2005 (<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapp>).

²⁷ Consultar em www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-057.

No mesmo sentido a sentença da mesma data, também do Tribunal Constitucional de Espanha, que pode ser consultada em: www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-056. Ambas as sentenças tiveram um voto de vencido.

Em Itália, o artigo 471.º do Código de Processo Penal consagra a natureza pública da audiência, sob pena de nulidade, estabelecendo o artigo 472.º os casos em que a publicidade é excluída, decorrendo o julgamento "*a porte chiuse*".

O artigo 147.º das normas de aplicação do Código permite que o juiz autorize o registo audiovisual e a sua difusão, devendo recolher o prévio consentimento de todas as partes envolvidas, que será dispensado quando esteja presente um interesse social particularmente relevante. A realização do registo não deverá prejudicar o sereno e regular desenvolvimento da audiência e a boa administração da justiça, sendo afastada nos casos em que a lei impõe a exclusão da publicidade.

Ficou célebre o processo Aldo Moro, em que o presidente do tribunal autorizou que as sessões fossem gravadas integralmente em vídeo pela televisão pública, com a obrigação de disponibilização do material registado às estações privadas.

Ainda em Itália e em anos mais próximos, o tribunal de Palermo admitiu o acesso de microfones e meios audiovisuais à sala de audiência, com base na existência de *interesse social relevante*, no processo relativo ao julgamento de Giulio Andreotti, antigo chefe do governo e senador vitalício, acusado de ligações com a mafia. O tribunal excluiu a possibilidade de emissões televisivas em directo, admitindo, apenas, as emissões em diferido, dividindo-se acusação e defesa quanto à escolha entre transmissões integrais ou parciais (no caso, a defesa de Giulio Andreotti era favorável às transmissões integrais e em directo)²⁸.

Em Inglaterra e no País de Gales, a presença de máquinas fotográficas nos tribunais foi proibida pelo *Criminal Justice Act 1925*. A transmissão de imagens das audiências, por sua vez, é interdita pelo *Contempt of Court 1981*.

Em Julho de 2004 foi anunciado um projecto-piloto destinado a permitir, a título experimental, o acesso de câmaras de televisão em alguns tribunais superiores, com grandes restrições quanto ao que pode ser registado e à sua difusão.

Na Escócia, em 1994, tiveram lugar algumas experiências de registo e transmissão, em diferido, de audiências penais, o que constituiu uma novidade na história judiciária britânica, tendo em vista a conhecida sensibilidade do sistema anglo-saxónico aos comportamentos dos *media* susceptíveis de prejudicar a boa administração da justiça²⁹.

²⁸ Cfr. MÁRIO CHIAVARIO, *O impacto das novas tecnologias: os direitos do individuo e o interesse social no processo penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7.º, Fasc. 3.º, Julho-Setembro 1997.

²⁹ Segundo o mencionado *Rapport de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, na Finlândia é permitida a presença de câmaras nos tribunais, em virtude de uma lei votada em 1984. De acordo com o mesmo relatório, na Noruega, desde 1995, é permitido o registo audiovisual e a sua divulgação, desde que se trate de casos que se revistam de um interesse pedagógico ou se o processo tiver uma importância particular para a sociedade norueguesa.

No Brasil, na sequência da criação de três canais de televisão exclusivos *do poder legislativo*, surgiu a TV Justiça, administrada pelo Supremo Tribunal Federal, que entrou no ar no dia 11 de Agosto de 2002.

De acordo com o manual que estabelece as directrizes editoriais e orientações para a produção de programas, a TV Justiça é um canal de televisão empenhado em divulgar informações sobre o funcionamento do Poder Judiciário e das funções essenciais à justiça – Ministério Público, Defensaria Pública e Advocacia³⁰.

Na sua grelha de programação, a TV Justiça inclui a transmissão, ao vivo ou em diferido, de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, bem como a encenação de julgamentos históricos. Das suas directrizes faz parte a intenção de fornecer ao público informação ágil, clara, contextualizada e confiável, que não resvale para o espectáculo, o desrespeito e a distorção dos factos.

Trata-se de um canal televisivo que se insere numa ampla estratégia de comunicação das instituições judiciárias brasileiras com o conjunto dos cidadãos, com o intuito declarado de favorecer a transparência da Justiça e facilitar o acesso a ela.

Nos E.U.A., a televisão tem um largo acesso aos tribunais estaduais, mas a regulamentação não é uniforme e varia consideravelmente de Estado para Estado. Nos tribunais federais, ao nível dos *U.S. District Courts* e dos *U.S. Courts of Appeals*, não é autorizada a presença de câmaras nos processos criminais. O *U.S. Supreme Court* não permite qualquer retransmissão audiovisual das suas audiências, bem como a tomada de fotografias ou a radiodifusão de registos sonoros.

Apesar dos tribunais federais se mostrarem mais reticentes à retransmissão de audiências de julgamento, quando comparados com os tribunais estaduais, anunciaram-se, em 2004, alterações destinadas a permitir a recolha de imagens e a retransmissão de julgamentos federais³¹.

No Canadá, o papel da magistratura no que toca à prestação da informação que é devida aos cidadãos tem merecido a atenção do conselho canadiano da magistratura, que produziu algumas recomendações.

No ano 2000, foi permitida pela primeira vez a presença de câmaras de televisão na *Cour d'Appel* do Québec. No entanto, o conselho canadiano da magistratura, em 2002, ainda manifestava preocupação com as possíveis repercussões que as câmaras de televisão poderiam

³⁰ O Manual, na sua 3.ª edição, de Fevereiro de 2003, em versão electrónica, pode ser consultado em <http://www.tvjustica.gov.br/manual>.

³¹ Ignoro o estado actual do debate nos E.U.A e se as alterações foram introduzidas.

ter sobre as testemunhas, sobre os jurados e, em geral, no decurso do processo em 1.ª instância³².

Perante este quadro diversificado, o legislador português adaptou, com prudência, uma solução de compromisso, fazendo depender as tomadas de som e de imagens da autorização do juiz. Este deverá ponderar os interesses em jogo, entrando nessa ponderação de bens a natureza do caso submetido a julgamento, a sua repercussão pública, as pessoas envolvidas, a tutela dos direitos de personalidade, a garantia do bom funcionamento da justiça – independência e imparcialidade do julgamento, etc.

A *reserva de autorização judicial* está na linha das orientações seguidas em muitos países e a sua conformidade com a Constituição da República não tem oferecido quaisquer dúvidas³³.

Importa distinguir a *publicidade imediata* da *publicidade mediata* da audiência. Enquanto a primeira traduz-se na possibilidade de acesso de todos, nos limites da capacidade da sala em questão, sem discriminação, às audiências públicas (incluindo, obviamente, os profissionais dos meios de comunicação social), a *publicidade mediata* permitirá o acesso às audiências dos meios audiovisuais de recolha e difusão de imagem e/ou som. Ora, estas modalidades de *publicidade mediata* podem interferir de forma activa e impositiva no desenrolar da audiência e afectar de forma negativa o prosseguimento das suas finalidades. Justificam-se, pois, as cautelas do legislador português, ao consagrar como regra a proibição de transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som, com reserva de autorização do juiz, caso a caso.

Note-se que apesar do registo de som e recolha de imagens depender de autorização do juiz, através de despacho fundamentado, elas não poderão ser recolhidas relativamente a pessoas que a tal se opuserem, por respeito do seu direito à imagem, conforme dispõe o artigo 88.º, n.º2, alínea b), parte final, do C.P.P.

O acesso de câmaras de televisão às salas de audiência poderá não ter apenas o propósito da captação de imagens e sons com fins noticiosos, mas antes a finalidade de permitir a transmissão televisiva integral do próprio julgamento, em directo ou em diferido. Refiro-me à eventual existência futura de canais temáticos, de difusão por cabo, dedicados a temas judiciais, que passariam, além do mais, a transmitir julgamentos.

³² Estas informações e outras podem ser obtidas no *site* do *Conseil Canadien de la Magistrature*, (<http://www.cjc-ccm.gc.ca/>).

³³ A *reserva de automação judicial* é entendida, por JÓNATAS MACHADO, como uma solução de compromisso conforme à Constituição. No entanto, o mesmo autor entende que seria mais consentânea com a ideia de que a liberdade constitui a regra uma solução que consagrasse a autorização legislativa (como regra) *sob reserva de proibição judicial* (*ob. cit.*, pp. 574-575).

A hipótese não é tão remota como pode parecer e fora das nossas fronteiras tem sido largamente discutida.

Esta ideia de uma justiça transformada em espectáculo de entretenimento, ou de uma justiça “*reality-show*”³⁴, causa natural perturbação, se bem que, numa primeira mirada, a transmissão televisiva em directo surja como uma nova forma de publicidade *mediática* das audiências judiciais, ainda que com algumas características de *aparente* - e não mais que aparente – imediação³⁵.

Têm sido esgrimidos argumentos a favor e contra a captação de imagens e sons nas audiências de julgamento, se havendo captação esta deve ser integral ou parcial, qual o tempo das emissões (em directo ou em diferido), quais os critérios de admissão das câmaras, quais as modalidades técnicas das transmissões, etc.

A presença dos meios audiovisuais nas salas de audiências tem de ser ponderada com algumas cautelas.

Impressionam-me as objecções que habitualmente são invocadas a este respeito e que sublinham as eventuais perversões de uma justiça banalizada ou transformada em puro espectáculo, semelhante a uma ficção, muito embora não ignore que a dimensão *espectacular*, em diversas manifestações, sempre fez parte da justiça em acção³⁶.

Recentemente, dizia uma jornalista de um conhecido canal de televisão que era muito evidente a alteração do comportamento das pessoas quando, em reportagem de rua, se apercebiam de que as câmaras começavam a gravar.

Tal evidência parece exemplificar, ao nível dos comportamentos humanos, um dado que conhecemos através da física quântica: o simples acto de observar afecta o que está a ser observado. Ora, tal como para visualizarmos um objecto temos que projectar luz sobre ele e dessa forma transmitir-lhe energia que o altera, também a consciência da presença de câmaras e microfones nas salas de audiências e todo o envolvimento inerente constituem factores que podem alterar os comportamentos, afectando a boa administração da justiça.

Entendo que, em regra, a ser autorizada a tomada de som e imagens, deverão ser excluídas as transmissões em directo, sob pena de correremos o risco de se desenrolarem dois

³⁴ A dimensão da informação-espectáculo, onde a encenação se sobrepõe à realidade, é salientada por IGNACIO RAMONET, *Tiranía da comunicação*, Campo das Letras, pp. 78 e segs.

³⁵ Sobre esta questão tem interesse o estudo de MARIO CHIAVARI, *supra* citado.

³⁶ ANTOINE GARAPON, nas obras *supra* citadas, sublinha a dimensão ritual da encenação da justiça, com o seu palco e os seus actores. Para Gérard Welzer, um processo, como uma peça de teatro, obedece a regras e responde a uma dramaturgia, enquanto espectáculo (*Le juge, le journaliste et le citoyen*, ed. Bartillat, 1996).

processos paralelos, com derivas populistas que importa evitar (por exemplo, votos por *sms* em que o público fosse chamado a pronunciar-se sobre o desfecho do julgamento).

Em princípio, a permissão de recolha de som e imagens não deverá exceder algumas sequências que possam ilustrar, em termos noticiosos, a evolução dos trabalhos, a registar em sistema de “*pool*” para os diversos operadores televisivos, não sendo de excluir gravações mais extensas e mesmo integrais com objectivos de natureza histórica ou pedagógica. No entanto, não deixa de merecer alguma ponderação a circunstância de, em França, a comissão que produziu o relatório de 2005, mostrar-se favorável a um sistema de gravações sistematicamente integrais, com a finalidade de garantir um controle mais efectivo sobre a montagem que possa ser efectuada, “*a posteriori*”, a partir das imagens captadas.

Consciente das dificuldades que estas questões colocam, o *Princípio 14* do já mencionado Anexo à Recomendação n.º Rec (2003) 13 prevê que as reportagens em directo (que, em princípio, excluo) ou as gravações efectuadas pelos meios de comunicação social nas salas de audiência só sejam possíveis se e na medida em que a lei ou as autoridades judiciais competentes *expressamente* o permitirem, bem como que tais reportagens só devem ser autorizadas se delas não resultar risco sério de influência indevida sobre as vítimas, as testemunhas, as partes nos processos penais, os jurados e os magistrados.

A *Exposição de motivos* da Recomendação, em comentário ao *Princípio 14*, dá nota de uma preocupação que me parece muito válida: a de que as autorizações expressas de reportagens em directo e gravações forneçam um quadro jurídico previsível e não discriminatório. Importa reconhecer que o quadro legal português, não indicando, expressamente, os critérios em função dos quais o juiz poderá autorizar a recolha de registos de som e imagem, não assegura a desejável *previsibilidade* da decisão, confrontando-se os órgãos de comunicação social com entendimentos e sensibilidades muito diferenciadas em relação a esta matéria.

Por outro lado, a lei exclui, no respeito devido ao direito à imagem, a recolha de imagens ou sons relativamente a intervenientes na audiência que a tal se opuserem. A vontade dos intervenientes processuais no sentido de não serem fotografados, filmados ou gravados durante a audiência não pode, por conseguinte, ser suprida pela ponderação do juiz em sentido contrário, diversamente do que ocorre em Itália.

Parece-me, no entanto, que no conjunto dos participantes processuais, entendidos em sentido amplo, o juiz será o que menos razões terá para excluir o registo e tomada de imagens e sons com o *exclusivo* pretexto da salvaguarda do seu direito à imagem.

Eduardo Lourenço refere que uma das mais profundas aspirações do juiz é julgar sem julgar, tomar-se invisível, *ausentar-se como sujeito responsável do acto de decidir, não de um caso de justiça, mas do destino concreto de uma existência*³⁷.

No entanto, a crescente atenção sobre a justiça e o maior escrutínio público do seu funcionamento tem dado origem a um interesse também crescente sobre os próprios magistrados.

É certo que a reserva da imagem não contraria o carácter público da audiência e que a publicidade, por um lado, e a divulgação pública da imagem, por outro, constituem realidades distintas.

Porém, o juiz quando julga exerce um poder soberano do Estado.

Exerce-o num acto público que é a audiência de julgamento. Não vejo que possa subtrair-se à notoriedade que lhe é conferida pelo cargo que desempenha, por muito que isso lhe possa causar desagrado. E há processos judiciais que suscitam um legítimo interesse do público e conferem notoriedade (porventura muito incómoda e indesejada) aos seus protagonistas.

O juiz, enquanto exerce a sua função de julgar, em acto público e solene, administrando a justiça *em nome do povo*, não pode refugiar-se, salvo melhor opinião, na pretensão do anonimato.

Por esta razão assim sumariada, parece-me que as boas razões para impedir a recolha de imagens e sons deverão ser outras (e há muitas) que não a mera preservação da imagem do juiz das objectivas da comunicação social (refiro-me, apenas, ao juiz enquanto no exercício das suas funções em acto público).

No nosso país já aconteceu, pelo menos num processo muito *mediático*, a seguinte situação: um acórdão condenatório foi lido aos microfones da rádio e perante as câmaras de televisão, com transmissão em directo. Como o aresto era longo, os juízes que integravam o colectivo revezaram-se na leitura.

Se a recolha de sons e imagens da audiência de julgamento deve ser objecto de grande cautela, a leitura da sentença aos microfones da rádio e com transmissão televisiva merece uma reflexão adicional.

É certo que dos actos da audiência há um que não admite, em caso algum, a exclusão da publicidade: a leitura da sentença (art. 87.º, n.º 5, do C.P.P.).

De todos, este parece ser o mais vocacionado para a publicidade ampla que é conferida pelo registo e difusão audiovisual.

³⁷ EDUARDO LOURENÇO, *O tempo dos juízes e o tempo da justiça*, Textos, CEJ, 1992-93, 2, p. 10.

Caso se admita a captação de imagens e sons da audiência e a sua transmissão, nada parece obstar a que se proceda à difusão audiovisual do próprio acto de leitura da sentença, absolutória ou condenatória.

Ocorre que, em matéria de criminalidade económica, a publicação da sentença condenatória a expensas do condenado foi incluída no elenco taxativo das penas acessórias comuns a crimes e contra-ordenações. É, pois, uma pena que acompanha a pena principal (daí a sua *accessoriedade*) e que, como verdadeira pena, tem lugar após o trânsito em julgado da decisão.

O artigo 189.º do Código Penal, incluído no capítulo relativo aos *crimes contra a honra*, também prevê o conhecimento público da sentença condenatória, a expensas do agente e nos termos que o tribunal fixar.

A lei de imprensa, referindo-se aos crimes cometidos através da imprensa, consagra a publicação da sentença condenatória a requerimento do ofendido.

Qual seja a natureza dogmática deste *conhecimento público da sentença condenatória* é questão complexa que não irei debater. Pretendeu-se, segundo parece, dar uma reparação moral ao ofendido, através dos mesmos meios que o agente da infracção empregara, ou seja, os meios de comunicação social.

Ensina o Prof. Faria e Costa: “É óbvio que, quando se fala, neste contexto normativo, em conhecimento público da sentença se quer dizer mais do que tornar pública a sentença condenatória. Que a sentença condenatória tem que ser pública todos o sabem, para além de que essa publicidade é mesmo uma condição inultrapassável da validade da própria sentença (art. 372.º do C.P.P.). Logo o que se quer, é evidente, significar com conhecimento público da sentença prende-se, por entre tudo, com a ressonância que os normais meios de comunicação social – *maxime*, a imprensa – podem dar ao conteúdo da sentença”³⁸.

Ora, se o conhecimento público da sentença condenatória, assim entendido, parece ser uma excepção (o art. 378.º do C.P.P. permite a publicação de sentença *absolutória*), será pelo menos discutível que se proceda à transmissão televisiva ou radiofónica da leitura da sentença condenatória, com consequências bem mais graves para o condenado do que a publicidade através da imprensa escrita – que, nos casos em que a lei a prevê, apenas se efectiva após o trânsito em julgado. Tal difusão, extremamente estigmatizadora, daria razão aos que vêem na televisão o “pelourinho electrónico” dos nossos tempos. Retomando uma pergunta do prof. Faria Costa, haverá maior estigmatização que a visualização para milhões de pessoas do próprio acto de sentenciamento?³⁹

³⁸ *Comentário Conimbricense*, Tomo I, p. 694.

³⁹ FARIA E COSTA, *Direito Penal da Comunicação – Alguns escritos*, Coimbra Editora, 1998, 135.

É evidente que os meios de comunicação social sempre poderão dar notícia da sentença proferida, mas coisa diversa será o tribunal determinar a transmissão televisiva ou radiofónica da leitura de sentença, ainda que sem captação de imagens do arguido (por exemplo, por este se opor a essa captação), o que acabaria por constituir uma *publicação* imposta, sem previsão legal, quase como um *acréscimo de pena e estigmatização* – o que só se prevê em casos contados.

Seria paradoxal que a evolução da nossa sociedade, no seu afã de tudo expor no palco dos *media*, esquecesse as aquisições que se fizeram a propósito das finalidades da punição, fazendo-nos regressar às penas infamantes e ao espectáculo dos condenados levados pelas ruas com *pregão* e *baraço*, ou expostos no pelourinho ao escarmento popular.

Reflexões finais

Por último, algumas palavras de ordem geral sobre a comunicação entre os tribunais e os meios de comunicação social.

Sem prejuízo da manutenção do dever de reserva dos juízes, há que reconhecer que a credibilização da Justiça depende, em boa parte, da existência de mecanismos de comunicação com o cidadão que sejam expeditos, claros e rigorosos.

A matéria-prima do jornalista é o facto, transformado em notícia. Os “casos de tribunal” possuem, muitas vezes, “valor-notícia”, pelo que continuarão a ser noticiados, com a colaboração das instituições judiciárias ou à sua margem.

Várias vozes têm recomendado a criação de gabinetes de imprensa junto do C.S.M. ou do S.T.J., como forma de dotar de maior transparência a actividade da Justiça, salvaguardando o dever de reserva.

É que se aos jornalistas falta, por vezes, a necessária preparação para o tratamento das questões judiciárias, aos magistrados falta, igualmente, preparação para lidarem com a pressão da comunicação social. Comunicar eficazmente com os jornalistas não é tarefa simples, implicando uma técnica (que se aprende), sendo ilusório pensar que está ao alcance de qualquer pessoa não previamente preparada.

Como questionava, sabiamente, o imperador Marco Aurélio: “Temos medo de mudar. Mas pode produzir-se seja o que for, senão por mudança?”

Questiono se a instalação de gabinetes de imprensa com assessores que sejam profissionais, propiciando uma relação de comunicação mais eficaz com os *media*, aconselha ou não a institucionalização da figura do jornalista acreditado junto desses gabinetes, permitindo o acompanhamento actualizado e “*in loco*” da actividade das instituições judiciárias, favorecendo o direito dos cidadãos a serem informados, de forma acessível e correcta, sobre a realidade dos tribunais.

Só com algum optimismo ingénuo podemos esperar que o sistema de acreditação de jornalistas constitua a solução miraculosa para todas as dificuldades.

Como é óbvio, o jornalista acreditado não será (nem tal se pretende) um mero reproduzidor acrítico e obediente das informações veiculadas pelos assessores de imprensa, ficando sempre assegurada a sua liberdade de seleccionar, investigar e tratar, segundo os princípios da sua profissão, as matérias com interesse jornalístico, incluindo as que menos favoreçam os tribunais e os seus actores. A acreditação não é um mecanismo censório. E os jornalistas sem acreditação continuarão a ter acesso às salas de audiências e ao tempo de antena que lhes seja proporcionado por alguns órgãos de comunicação social.

As dúvidas que a matéria me suscita não consentem maiores desenvolvimentos, parecendo-me, porém, neste estádio da minha reflexão, que a exigência de prévia acreditação formal dos jornalistas para acederem a audiências ou para colherem informações junto de futuros gabinetes de imprensa a funcionarem certos tribunais poderá violar os artigos 37.º e 38.º da

C.R.P., dependendo dos condicionalismos que sejam impostos⁴⁰.

Por outro lado, na sua relação com a comunicação social, o sistema de justiça (entendido num sentido amplo, de modo a abranger as estruturas representativas das magistraturas) tem actuado, predominantemente, numa atitude que classificarei de *reactiva-defensiva*, em resposta a estímulos externos – os exemplos que me ocorrem são variados.

Importa perguntar se já não será tempo de ultrapassar essa atitude comunicacional defensiva e carente de estratégia, optando por uma outra que reconheça que, na sociedade actual, também o sistema de justiça deve assumir uma verdadeira estratégia (a sua) de comunicação – que projecte a sua imagem, dando-o a conhecer aos cidadãos ao serviço dos quais se encontra⁴¹.

⁴⁰ Vai neste sentido a Recomendação supra citada – *Princípio 12* (admissão de jornalistas) e *Princípio 15* (apoio às reportagens realizadas pelos meios de comunicação social), ao recomendar a não exigência de prévia acreditação formal.

⁴¹ O diploma anunciado na nota 22, relativo à criação da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, foi entretanto publicado, constituindo a Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro.

Podem as “más pessoas” ser bons juízes?



[Jorge Malem Seña]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Podem as “más pessoas” ser bons juízes?

Publicado na Revista Julgar, n.º 2, 2007, pp. 31 a 54

O* autor aborda a evolução das exigências sociais relativas aos comportamentos adequados dos juízes face aos vários modelos de exercício do poder judicial. Nessa tarefa analisa determinados comportamentos sociais tipo, nomeadamente o juiz irascível que publicamente se excede no apoio do seu clube de futebol; o juiz homossexual; o juiz adúltero, o juiz viciado no jogo, e a juíza de 45 anos que frequenta intensamente salões de baile e paga as dívidas dos seus jovens acompanhantes.

Conclui, por fim, que apesar da legitimidade do poder judicial radicar no dever de fundamentação das decisões, uma “má pessoa” definida em termos do seu afastamento face aos valores políticos e constitucionais vigentes, não poderia ser um bom técnico, enquanto juiz.

Segundo a justa apreciação de Herbert Hart, um sistema jurídico moderno caracterizar-se-ia, entre outras coisas, pela existência de um determinado conjunto de regras cujo objectivo seria o de estabelecer através de que órgãos e mediante que procedimentos se deve determinar se uma pessoa violou uma norma desse sistema e, neste caso, qual a sanção em que incorre¹.

E se denominamos por juiz aquele que cumpre a função dos referidos órgãos disto resultará que os juízes são uma parte necessária de todo o sistema jurídico moderno.

Ora bem, a determinação de quem desempenha o cargo de juiz, com que competência o faz e em que circunstâncias exerce o poder judicial, depende de considerações jurídico-políticas. Em determinadas ocasiões, o juiz exerceu esse poder por delegação do soberano legal, o rei, o qual inclusivamente reservava para si o conhecimento e a resolução de determinados casos assim como, o de ser a última instância ou a instância definitiva da cadeia de recurso. Noutras ocasiões, de mudança, os juízes surgem formando um “poder”, independente dos restantes poderes do Estado, o qual reclama exclusividade para julgar e fazer executar o julgado em todos os conflitos sociais.

* Universidade Pompeu Fabra, Barcelona.

¹ Cf. H. H. Hart, *El concepto de derecho*, versão castellana: Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, em especial cap. V.

Por outro lado, o próprio trabalho jurisdicional e as razões que os juízes haveriam de invocar a favor das suas decisões dependeram também das circunstâncias históricas e dos respectivos sistemas jurídico-políticos nos quais desenvolveram a sua actividade. Assim, e por exemplo em Espanha até ao século XIX, era prática habitual no direito castelhano que os juízes não fundamentassem as suas decisões; no entanto actualmente, e pelo contrário, a fundamentação de todas as decisões que tomam constitui uma exigência legal que os juízes não questionam sob pena de as verem revogadas por uma instância superior².

No entanto, curiosamente e apesar da época histórica que se analise, e da origem do fundamento da sua actividade ou da sua obrigação de dar ou não razões que sirvam de aval às suas decisões, sempre se pressupôs que os juízes fossem dotados de uma personalidade moral especial e foram-lhes exigidos certos comportamentos morais na sua vida privada, não condizentes com os requisitos semelhantes ou exigências próprias de outras práticas jurídicas ou de outras profissões, incluindo as chamadas humanistas. É como se, a virtuosa vida privada que os juízes deveriam levar sob o ponto de vista moral, fosse uma condição necessária para o desenvolvimento correcto da sua própria função jurisdicional, sob o ponto de vista técnico.

Segundo as palavras de Piero Calamandrei, “tão elevada é, na nossa estima, a missão do juiz e tão necessária é a confiança nele depositada, que as debilidades humanas que não se notam ou que se perdoam noutro qualquer funcionário público, parecem inconcebíveis num magistrado... Os juízes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quiserem que os crentes percam a fé”³.

Por esta razão, não é de estranhar que popularmente seja habitual dizer nos corredores judiciais que, para se ser um bom juiz é necessário ser-se uma boa pessoa e, se souber Direito, tanto melhor⁴.

² Por exemplo, o artigo 120.3 da Constituição Espanhola estabelece que: “As sentenças serão sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública”. De acordo com isto veja-se o artigo 248 da Lei Orgânica do Poder Judicial. Como excepção assinalam-se as providências que “podem ser sucintamente fundamentadas...”.

³ Cf. Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por abogados*, versão castelhana: Sentis Melendo, Medina Gaijo y C. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, pp. 261-262.

⁴ Um dado que corroboraria esta afirmação resultaria do facto de que John Marshall, unanimemente mencionado como o juiz mais importante da história jurídica dos Estados Unidos da América, nunca teria estudado formalmente Direito. Cf. Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norte americana*, versão castelhana: Enrique Alonso, Madrid: Civitas, 1980, p. 28. E convém não esquecer o *Informe de la Comisión Redactora de la primera constitución de Santiago dei Estero*, República Argentina (10 de Junho de 1857), ao referir-se a necessidade de nomear juízes que não eram licenciados devido à falta de advogados na zona e à pobreza dos fundos públicos para os trazer de fora da província. “Nada de novo posso oferecer a V. E pois, não é nestes assuntos, em que a originalidade é um mérito, mas a facilidade de aplicação... temos

Neste trabalho, proponho-me apresentar os modelos de juízes e do exercício do poder jurisdicional, prestando especial atenção à obrigação que têm ou não de fundamentar as suas decisões em direito. Ao fazê-lo, não tenho qualquer pretensão de reconstrução histórica⁵, mas somente de mostrar que papel joga a moral privada do juiz e o seu comportamento social em cada um dos esquemas teóricos, para concluir dando resposta à pergunta sobre se uma “má pessoa”, moralmente falando, pode ser um bom juiz, tecnicamente falando.

I. O juiz que não necessita fundamentar as suas decisões

Como é sabido, em Espanha, Carlos III proibiu através da Real Cédula de 23 de Junho de 1768 à Audiência e ao resto dos juízes de Maiorca que fundamentassem as suas sentenças. De certa forma, através desta disposição pretendia-se uniformizar em todo o território uma prática já habitual e própria do direito castelhano dos séculos XVI, XVII e XVIII⁶. Esta proibição manteve-se vigente até ao século XIX e paulatinamente foi sendo derogada à medida que se foram modificando determinados âmbitos processuais.

As razões invocadas a favor desta interdição e contidas na própria Real Cédula eram diversas. Uma das razões fazia referência à economia processual: a fundamentação da sentença, que na realidade se considerava um relato do sucedido em juízo, consumia demasiado tempo, tendo como consequência o atraso judicial na análise de outros assuntos e o aumento das custas. Outra das razões invocadas era que tal fundamentação possibilitava a crítica da sentença por parte dos litigantes e, em virtude disto, o aumento dos possíveis recursos e a suspeição sobre a justiça das decisões judiciais.

Para além destas razões, tinha-se historicamente esgrimido uma outra, com uma forte conotação político-ideológicas. Quem detinha o poder judicial era o soberano absoluto em

procurado estabelecer com transparência e no deslindar das atribuições dos três poderes... Na lei que estabelece os direitos e os deveres destes poderes há muito de local que só é aqui aplicável e de alguma falta que indubitavelmente se notara como por exemplo, em assinalar a necessidade que os juízes de primeira e de segunda instância sejam licenciados, também se constou a falta de advogados na província e à falta de erário público para trazê-los de fora". Em Arturo Bustos Navarro, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1962, p. 102. Agradeço a Ernesto Garzón Valdês ter-me assinalado este dado.

⁵ Apesar disto farei repetidas alusões históricas.

⁶ Cf. C. Garriga e M. Lorente, “El juez y la ley: motivación de las sentencias (Castilla, 1489, España, 1855)”, *La vinculación del juez a la Ley. Anuario de la Facultad de derecho da UAM*, n.º 1, 1997, p. 101. Os autores assinalam neste documento e excelente trabalho que esta prática não era seguida na Catalunha, Aragão e Valência.

virtude de imposição divina, o qual por sua vez delegava nos juízes e magistrados o exercício desse poder, ainda que conservasse a sua titularidade e o controlo sobre as decisões dos seus delegados.

Se a legitimidade da actividade de julgar e de fazer cumprir o julgado era concedido por Deus aos juízes, através de delegação do soberano, as suas decisões deveriam considerar-se justas e, portanto, não precisavam de ser fundamentadas. Nesse sentido, um ataque às sentenças constituía um ataque à autoridade dos juízes e do monarca, em suma, um ataque a Deus.

No entanto, segundo Richard Kagan, a partir do século XVI, em Castela, onde já imperava o costume de não fundamentar as sentenças, começou a ser cada vez mais notório que a administração da justiça era uma questão tipicamente humana e como tal, não isenta de crítica. De facto, nessa época, o descontentamento relativo ao funcionamento da justiça foi aumentando. De acordo com R. Kagan, as críticas aos pleitos e aos males que os acompanhavam ficavam a dever-se aos custos elevados em tempo e dinheiro que assumiam, motivados, entre outras coisas, pelas “ambiguidades da lei que julgava os pleitos; as jurisdições sobrepostas que permitiam a muitos litigantes frustrar os casos dos seus oponentes; os tribunais conhecidos pela sua ineficácia, corrupção e cobiça; e finalmente, uma profissão jurídica sobre cujos objectivos e ambições se tinham muitas suspeitas”⁷.

Por isso, devido a todos esses factores e, sobretudo, tendo em conta a existência de um emaranhado legal impreciso e insuficiente, não se podia deixar de se estranhar o enorme poder que se concentrava nas mãos dos juízes castelhanos. Estes tinham inclusivamente amplas competências para intervir inquisitoriamente tanto nos procedimentos civis como nos penais e no momento de ditar sentença do foro civil só deveriam especificar que determina parte *provou* a sua causa e que a outra parte *não a provou*, sem fazer nenhuma referência ao que justificava essa apreciação⁸.

Por sua vez, no âmbito penal, dado que as sentenças, segundo Francisco Tomás y Valiente, não estavam expressamente fundamentadas no direito nem nos factos e dado também a pouca formalidade do processo e o arbítrio ao estabelecer a pena, não era de estranhar que o juiz se apresentasse como o “verdadeiro senhor do processo. Pelo menos do seu resultado ... (já que) em muitos aspectos o Direito e o processo penal dependiam mais da vontade e da livre decisão do juiz, do que do direito e do processo civil”⁹.

⁷ Cf. Richard Kagan, *Pleitos y Pleitantes en Castilla: 1500-1700*, versão castelhana: M. Moreno, Junta de Castilla y León, 1991, p. 45.

⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁹ Cf. Francisco Tomás y Valiente, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 228-229.

No entanto, se a justificação das sentenças não provinha da sua fundamentação, nem da sua adequação ao princípio da legalidade, então devia recair sobre o carácter moral da autoridade que as ditava. Assim era o modelo jurisdicional de antigamente. A garantia da correcção da sentença sustentava-se na qualidade ética da pessoa do juiz que a emitia. “Se a conduta não figurava objectivada na sentença, deveria manifestar-se na conduta dos seus artífices, os juízes, os quais desse modo viviam condenados a, em razão do seu ofício, representar sem descanso o papel de Astrea no teatro da vida. Na falta de lei o juiz era considerado a imagem viva da justiça”¹⁰.

Daí que aos juízes fossem exigidos determinados rasgos morais muito marcados e determinados comportamentos sociais muito estritos. Competia-lhes levar uma vida quase que monástica, sob pena de fortes sanções que poderiam levar inclusivamente ao afastamento do cargo.

Aos juízes era exigido, por exemplo, que vivessem envoltos de um afastamento social quase total. Desde logo em relação aos locais profissionais onde trabalhavam. Na grande maioria das vezes trabalhavam longe das zonas de onde eram originários ou onde tinham estudado ou, ainda, onde tinham vivido parte das suas vidas. Para além disto, estava-lhes vedada praticamente toda a vida social, não podiam ter relações de amizade, nem assistir a cerimónias, tais como casamentos, baptizados, banquetes, entre outros. Também não podiam assistir a espectáculos como corridas de touros ou teatro de comédia, nem participar em caçadas ou jogos de azar.

Quanto mais afastados das práticas locais onde exerciam a sua profissão, tanto melhor.

Tanta era a preocupação de afastar os juízes das possíveis influências da comunidade onde tomavam as suas decisões que eram constantemente transferidos, com todas as dificuldades e demoras que isto trazia para a resolução das causas. Com estas medidas pretendia-se que os juízes se dedicassem plenamente à tarefa de julgar e de fazer cumprir o julgado e que tivessem uma imagem transparente de imparcialidade a qual, não poderia ficar ferida sequer pela sombra de suspeita de que o seu juízo poderia ter sido distorcido por uma relação de amizade, económica ou de qualquer outro tipo.

No entanto, não se tratava apenas que o juiz desse uma imagem pessoal de imparcialidade mas, também, que fosse um homem justo e moralmente irreprovável. Por esta razão, se sustentava que quem exercia tão elevado magistério deveria temer a Deus e sentir amor pela justiça. Os juízes deveriam também ter boa fama, ser desinteressados, sábios e com experiência.

¹⁰ Cf. C. Garriga y M. Lorente, *ob. cit.*, p. 106.

Para poder julgar com acerto, deveriam ser dóceis de coração, afáveis e indiferentes às coisas ou pessoas envolvidas nas causas assim como, deveriam ser dotados de uma grande firmeza de carácter para levar a cabo a sua função.

Os juízes deveriam ainda manter uma postura grave, circunspecta e decorosa. Deveriam vestir roupas escuras e não manter nenhum trato familiar com os seus colegas, com os advogados e com os vizinhos. Enfim, os juízes deveriam estar isentos de todo o vício. O seu cargo era incompatível com a luxúria, a impiedade, a avareza, a lisonja, a inveja, a cobiça, a soberba, etc.¹¹.

É somente em razão destas exigências que se torna absolutamente compreensível para nós que juízes como Vidiano Maldonado, de Valladolid, fosse muito criticado por ter contraído “doenças contagiosas” de “mulheres baixas e moças de cantar”; e que Felix de Maçaneo fosse acusado de ter uma amante com a qual teria ido nadar no rio “em pernas com uma mulher”; ou que, por fim, fosse imputado a Garcia de Medrano que não fizesse vida conjugal com a sua legítima esposa¹².

Que a correcção das sentenças dependesse da pessoa do juiz e da sua finura de carácter, ou da sua aparência, e não das fundamentações ou alegações realizadas, isso não significava que o juiz estivesse livre de todo o controlo.

Este, iniciava-se no momento da sua nomeação, já que deveria sofrer um escrutínio prévio severo relativo à sua lealdade ao monarca e à religião católica. O controlo continuava com os relatórios que deveria apresentar periodicamente aos seus superiores, com as inspecções e com os *juicios de residências*¹³ aos quais se deveria submeter. Pretendia-se fundamentalmente controlar os juízes para que não prevaricassem ou cometessem subornos tão comuns nos séculos XVI, XVII e XVIII, mas também, assegurar que as suas actividades fossem de acordo com o regime político vigente¹⁴.

¹¹ Veja-se Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales regias de gobierno en cualquier Estado*, Madrid: 1800, cita-se Banchs Editor, Barcelona, 1975, T. II, p. 7 e ss.

¹² Exemplos citados por R. Kagan, *ob. cit.*, p. 174.

¹³ N.T.: “juicios de residências” eram uma forma de controlo comum para todos os funcionários reais, que ao finalizarem sua “residência” num posto determinado ficavam obrigados a submeterem-se a um “juicio” (julgamento) relativo ao modo como se tinha desenvolvido a sua função.

¹⁴ Na realidade não se tratava, nesta altura, de que os juízes não estivessem sujeitos a regra nenhuma ou que não existisse uma ampla legislação sobre determinadas questões mas antes que os juízes, dada a estrutura que tinha o exercício do seu poder jurisdicional, dispusessem de uma amplíssima discricionariedade que facilmente conduzia à mais completa arbitrariedade.

Dadas as características do modelo, as normas jurídicas tornavam-se assim, “joguetes nas mãos dos juízes”, para empregar uma fórmula moderna própria de uma concepção jurídica realista não moderada.

“O modelo jurisdicional castelhano não era pois uma ordem de legalidade e só poderia oferecer aos litigantes uma garantia moral. Aqui radicava justamente a sua razão de ser. Traduzido para o plano institucional, isto significava que a sentença não tinha vida própria: não era mais do que uma sentença, que não se explicava a si mesma e que dependia em tudo dos juízes. Disto decorria que estes, os juízes, deviam ser afastados do pleito (mediante a recusa) ou sancionados e inclusivamente removidos do ofício (em tramitação de responsabilidade) se atentassem (com uma conduta moralmente reprovável) contra a autoridade e imparcialidade da justiça”¹⁵.

Neste contexto, parecia que uma condição necessária para que o juiz desenvolvesse o seu trabalho correctamente, isto é, fosse um bom juiz do ponto de vista técnico, que fosse também uma boa pessoa do ponto de vista moral.

E não só que o fosse como o parecesse ser. Dada a pouca relevância que assumia o princípio da legalidade, a aparência de justiça material das decisões jurisdicionais tinha uma importância radical para a sua legitimação social e para a estabilidade do sistema. A partir da ausência da motivação das sentenças, o único espelho onde o cidadão poderia ver reflectida essa justiça era exactamente na pessoa e no comportamento do juiz. Uma pessoa má, munida de poderes discricionários tão amplos para decidir, não poderia ser, tecnicamente, um bom juiz, nem sequer nas aparências¹⁶.

¹⁵ Cf. C. Garriga y M. Lorente, *ob. cit.*, p. 111-112.

¹⁶ Uma citação de Jerónimo Castillo de Bobadilla mencionada por Francisco Tomás y Valiente pode ilustrar esta conclusão. Dizia Castillo de Bobadilla que havia conhecido um juiz que “teve ofícios muito grandes nestes Reinos e que, quando o delinquente confessava o seu tormento, regressava ufa no aos seus aposentos e dizia à mulher e à família, “temos carne”, qual tigre ou leão, tomando ou despedaçando a sua presa” ... “porque conheci alguns juízes, em especial alguns jovens cobiçosos de vã glória, os quais desvirtuavam as palavras do delinquente, quando lhe ouviam a confissão, para tomá-lo culpado do delito e outros que inventam modos e crueldades esquisitas para o castigo e posso afirmá-lo, porque o testemunhei acompanhado que fui por um juiz, o qual tinha por hábito (e na sua opinião era uma façanha) dar pontapés e murros no delinquente quando este estava despido para ser posto no “potro” – N.T.: cavalo de madeira onde se torturavam os condenados – mostrando-se como um Nero, e, repreendendo-o, eu, daquela desumanidade e rigor não escrito, disse-me que o fazia porque com aqueles pontapés e murros aterrorizava o preso e induzindo-o a confessar o que lhe perguntava; invenção do diabo: e assim vi-o, depois, perdido e menosprezado”. Cf. Francisco Tomás y Valiente, *ob. cit.*, p. 225. Claramente que, nestes casos, os juízes cujas práticas morais eram reprováveis, mesmo para os cânones da moral positiva vigente na época, não cumpriam adequadamente, nem o poderiam fazer, as suas funções.

II. O juiz que precisa de fundamentar as suas decisões

A passagem de um esquema jurisdicional em que imperava a prática de ditar sentenças que careciam de fundamentação para o modelo oposto que exige que as sentenças sejam fundamentadas tanto nos aspectos normativos como nos factos, fez-se, pelo menos no que diz respeito à experiência espanhola, de forma paulatina. O primeiro âmbito jurídico em que se estabeleceu o dever de fundamentar as sentenças foi no comercial, imposto pelo Código do Comércio de 1829¹⁷.

Este dever de fundamentação das sentenças instituiu-se para dar resposta à necessidade de disciplinar a tarefa dos juízes, face à lógica imposta pela construção de um novo Estado, e não em virtude de uma suposta garantia dos direitos dos cidadãos. Havia que limitar a discricionariedade e o arbítrio judicial e obrigar os juízes a aplicar efectivamente o novo direito legislado pelas autoridades liberais. O respeito pelo princípio da legalidade surgia assim como uma necessidade imposta pelo novo estado liberal o qual, aceitando a tripartidarização dos poderes, situa o parlamento e a lei num plano superior ao da figura do juiz e das sentenças. Um caminho apropriado para fazer isto era compeli-los a fundamentar as suas decisões. Para se poder constatar a aplicação do novo código a fundamentação era, senão imprescindível, pelo menos conveniente. Manter a proibição da fundamentação tinha favorecido que as sentenças continuassem de acordo com as antigas *Ordenazas*¹⁸. Têm razão C. Garriga e M. Lorente quando afirmam que “a obrigação de fundamentar legalmente as decisões judiciais foi uma consequência, e não um pressuposto da reorganização do aparato da justiça”¹⁹.

A partir deste momento, há que entender a justiça como a aplicação da lei, sem dar importância aos estados mentais ou psicológicos de quem a aplica. Ao sistema jurídico já não interessam os processos pessoais através dos quais o juiz chega a tomar uma decisão, interessa apenas a sua capacidade de tornar expressas as normas que a sociedade democraticamente estabeleceu. A lei aparece assim como a expressão da vontade popular, uma expressão a que o juiz se deve submeter²⁰.

Quando o direito impõe que os juízes devem decidir conforme um sistema de fontes, está então a estabelecer-se que a premissa normativa geral que há-de ser utilizada no raciocínio

¹⁷ Cf. Manuel Ortells Ramos, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1977, p. 908. No âmbito penal, o dever de fundamentar as sentenças data de 1848 e no âmbito civil de 1853 e, com carácter geral, a partir da LOPJ de 1870.

¹⁸ *Ibidem*, p. 909.

¹⁹ Cf. e. Garriga e M. Lorente, *ob. cit.*, p. 132.

²⁰ Cf. Eduardo Garcia de Enterría, “La democracia y el lugar de la ley”, em Eduardo Garcia de Enterría y Aurélio Menéndez, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 e ss.

judicial tem que advir ou ser identificada com precisão por essas fontes de criação jurídica não tendo que ver com a ética privada do juiz. Justificar ou fundamentar uma sentença em direito e nos factos é construir um raciocínio válido logicamente onde uma premissa faz referência a uma norma jurídica geral, outra a considerações empíricas que devem aparecer suficientemente baseadas nos factos provados e em que a conclusão é a decisão ou a sentença. Obviamente que poderá haver outras premissas analíticas ou definíveis²¹. Por esta razão, como refere Luigi Ferrajoli, “a motivação permite a fundamentação e o controlo das decisões tanto em *direito*, por violação da lei ou defeito de interpretação ou subsunção, como *de facto*, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo de causalidade e provas”²².

A legitimação das sentenças depende agora, tanto do conteúdo da sentença como da fundamentação nela constante, sendo completamente irrelevante o respeito pela moral privada da autoridade que as dita. Em consonância com esta ideia, verifica-se que as normas que se adoptaram a partir desta época relativamente às atitudes morais e aos comportamentos sociais exigíveis aos juízes começaram a ser mais permissivas. Já não se exige que os juízes sejam tementes a Deus ainda que, como funcionários de um Estado que adapta a religião católica, lhes esteja vedado que pertençam a qualquer outra religião.

Mantém-se a exigência de que os juízes tenham uma reputação imaculada ou sejam possuidores de um bom conceito público e, para o efeito, são sancionadas as condutas como a incontinência pública, a embriaguez repetida ou a imoralidade escandalosa. Assim, a Lei Orgânica do Poder Judicial de 1870 estabelece como causa de destituição dos juízes os vícios vergonhosos, a prática de actos que os tornem desmerecedores do conceito público ou quando pela sua conduta viciosa ou pelo seu comportamento pouco honrosos não sejam dignos de exercer funções públicas²³. No entanto, no âmbito em que os juízes devam fundar as suas decisões “os factores morais sofrem um declínio progressivo na medida em que são substituídos pela proeminência paulatina nas leis de elementos técnicos cada vez mais complexos e abundantes, sem que isso suponha o desaparecimento radical de termos como “amor ardente à justiça”, a sua “pureza sem mancha”, o seu “zelo constante”, os quais se encontram nos textos mais como elementos retóricos do que como requisitos efectivos²⁴”.

²¹ Cf. Eugénio Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”, em Carlos Alchourrón y Eugénio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

²² Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, v castelhana: Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid: Editorial Trotta, 4.ª edição, 2000, p. 623.

²³ Cf. Piedad González Granda, *Independencia del juez y contrai de su aclividad*, Valencia: Tirant lo Blanc, 1993, p. 189.

²⁴ Cf. Juan Sainz Guerra, *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid: Eudema, 1992, p. 275.

Esta paulatina “desmoralização” das características pessoais exigidas ao juiz foi concluída em Espanha com a Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985.

Nesta lei, entre as causas sancionatórias que se prevêm do ponto de vista disciplinar não se encontra nenhuma referência à ética privada do juiz. Mais, admite-se na generalidade que a ideologia pessoal ou as convicções morais, religiosas ou políticas de um juiz não constituem uma causa justificativa de abstenção ou de recusa. O juiz não tem motivos para ocultar ou omitir manifestar a sua ideologia ou as suas preferências políticas nos foros adequados, por exemplo, em publicações de reflexão teórica de política geral, de sociologia, de análise filosófica. O juiz já não é, nem deve sê-lo, um cidadão asséptico, fechado numa bola de cristal, afastado de qualquer consideração social.

E, em princípio, não lhe estão vedados certos comportamentos na sua vida privada que não sejam exigíveis ao resto dos cidadãos ou funcionários públicos, já que num Estado democrático e social, a constituição proíbe a discriminação em virtude das preferências sexuais - recorde-se a proibição de vícios vergonhosos – sociais ou de opinião.

Num contexto em que os juízes devem fundamentar as sentenças, os atributos pessoais de carácter moral que possam não ter ou a realização de actos que afectam exclusivamente as respectivas vidas privadas carecem de relevância prática ou institucional.

Sendo assim, do ponto de vista técnico não seria verdade que, para se ser um bom juiz se tenha que ser uma boa pessoa não obstante dominar a técnica do direito; bastaria, pelo contrário que conhecesse adequadamente a técnica jurídica para saber identificar as normas jurídicas que regulam o caso a decidir e oferecer uma justa apresentação das questões empíricas nos factos provados sem que seja necessário, ao juiz, ser dotado de virtudes éticas e sociais. Nesse sentido, uma “má pessoa” poderia chegar a ser um bom juiz.

III.

Que uma pessoa má possa ser um bom juiz, num contexto em que os juízes têm que fundamentar no Direito as suas decisões não é, no entanto, uma conclusão facilmente aceite por todos. Consequentemente, são várias as razões que se opõem a que na selecção dos juízes se tome em consideração unicamente os aspectos técnico-jurídicos ou que não podem ser impostas sanções aos juízes e magistrados que não guardem uma compostura aceitável na sua vida privada. De facto, é comum afirmar-se que não basta que os juízes sejam independentes, imparciais, competentes e honoráveis mas também que, tal como a mulher de César, assim o devam parecer. A aparência de justiça das decisões judiciais é importante para gerar confiança no que se sujeita aos tribunais assim como, para desse modo contribuir para a estabilidade do

sistema jurídico e político. É igualmente habitual afirmar-se que uma pessoa “má” na sua vida privada transfere as suas avaliações para a vida profissional e, ainda mais importante do que isto, que o juiz ao interpretar o Direito deixa o seu cunho pessoal e as suas mais íntimas convicções morais, políticas e sociais nas coisas interpretadas sejam elas os enunciados legislativos ou as questões empíricas. Uma “má pessoa” colapsaria, em definitivo, num mau juiz. Mas vamos analisar de perto estes argumentos.

Um primeiro argumento que se opõe á ideia de que uma “má pessoa” possa ser um bom juiz e que, em consequência, deva ter uma compostura moralmente de acordo com as valorações sociais, é o de que os juízes não devem apenas ser independentes, imparciais, competentes e honoráveis como devem parecer sê-lo aos olhos do público. Segundo esta teoria, pareceria que a confiança da opinião pública na justiça assentava também na compostura dos juízes e, por este motivo, lhes seria exigível um peso maior do seu comportamento privado do que se exigiria ao comum dos cidadãos. Por esta razão, os juízes, não só deveriam evitar um comportamento impróprio como, simultaneamente, deveriam evitar toda a aparência incorrecta, isto é, toda a aparência de estarem envolvidos em comportamentos e situações sociais impróprias²⁵.

A noção de “comportamentos impróprios” ou “situações sociais impróprias” é sumariamente vaga. É obviamente uma questão que depende do conteúdo das normas morais e sociais e, portanto, duplamente parasitária da ética e do contexto político-social vigente. O que é considerado impróprio em determinado lugar e momento pode não o ser em lugares e épocas diferentes. Por este motivo é conveniente dar alguns exemplos do que pode ser considerado “impróprio” nas nossas sociedades. Estes exemplos não têm um carácter exaustivo e utilizar-se-ão apenas para fins pedagógicos. Em todos os casos supõe-se que se trata de juízes que cumprem todos os critérios standard da sua profissão; isto é, têm o seu despacho actualizado, as suas sentenças não postas em causa ou revogadas em maior número de vezes do que as dos colegas, conhecem o Direito suficientemente bem e os advogados não têm demasiadas queixas acerca do expediente que lhes compete decidir.

O único aspecto que diferencia estes juízes é a sua vida privada.

1. O caso do juiz irascível. Suponhamos que um juiz, todos os domingos, quando joga a equipa de futebol de cujo clube é sócio, se passeia por detrás da cerca que separa o relvado das bancadas e profere gritos de apoio aos jogadores do seu clube e de menosprezo e cólera, em tom agressivo, aos adversários. O comportamento deste juiz, no campo de futebol, não se diferencia do comportamento dos outros energúmenos que muitas vezes frequentam os

²⁵ Cf. Joe Riley, *Ethical Obligations of Judges*, Memphis State University Law Review, vol. 23, 1993, p. 509.

estádios. Poderá este ser um bom juiz? Piero Calamandrei diria que não. Sustém que – “Se eu fosse um assíduo apoiante de um clube de futebol e, entre o público que gesticulasse, reconhecesse um juiz, que gesticulava e gritava que o árbitro se tinha vendido, como poderia, no dia seguinte, ao defender uma causa perante ele, ter confiança na sua serenidade e no seu equilíbrio?”²⁶. Ser fanático no futebol ou noutra qualquer desporto ou em qualquer outro âmbito da vida, não poderá ser compatível, devido às aparências de parcialidade que gera, com a prática profissional de um bom juiz.

2. O caso do juiz cuja vida sexual não é estritamente ortodoxa. Um dos aspectos da vida pessoal que está sujeito a um especial escrutínio nas nossas sociedades é o sexual. A sociedade estabelece parâmetros de comportamentos sexuais de “normalidade” e “anormalidade” bastante definidos, ainda que arbitrários. A violação desses parâmetros é sempre considerada como exemplo de um “comportamento impróprio”. Vejamos alguns casos.

2.1. A juíza e a bailarina. Vamos supor que uma juíza com cerca de 45 anos e divorciada, decide frequentar todas as sextas-feiras e sábados à noite um salão de festas – os populares bailes. Neste estabelecimento dança até de madrugada junto de pessoas mais jovens ao ritmo de música tropical, como a lambada. O movimento e o contacto físico nestes bailes é tão conhecido como manifesto e a juíza que se exhibe generosamente durante o baile fá-lo obviamente em público. Também paga copos aos seus jovens acompanhantes (e os que ela bebe) e devido ao crédito que tem no estabelecimento em virtude do cargo que exerce, o proprietário do estabelecimento vai cobrar as dívidas contraídas ao tribunal, que a juíza paga sem problemas.

2.2. O juiz homossexual. Suponhamos agora que um juiz homossexual, também de idade madura, leva uma vida sexual activa e pouco recatada.

Os seus companheiros ocasionais são bastante mais jovens e as suas aproximações amorosas às pessoas com quem deseja manter relações sexuais são constantes e ocorrem independentemente do lugar onde se encontra. São aproximações notórias, não transgredindo grosseiramente, no entanto, a linha do respeito.

2.3. O juiz adúltero e o juiz que se relaciona com prostitutas. Em ambos os casos, as práticas destes juízes não constituem delito e estes assumem-nas de forma pública e notória. No primeiro caso, são constantes e públicas as discussões e as recriminações com o cônjuge. O juiz foi inclusivamente encontrado a manter relações sexuais dentro do seu carro no parque de estacionamento público com uma mulher que não era a sua esposa.

No segundo exemplo, o juiz entra e sai de sua casa a altas horas da noite e embora não haja praticamente escândalos, os vizinhos têm consciência do tipo de tráfico sexual que ali tem

²⁶ Cf. Piero Calamandrei, *ob. cit.*, p. 302.

lugar. O juiz tem por hábito contratar prostitutas e levar vídeos pornográficos para as festas dos amigos²⁷. Poderiam estes juízes ser bons juízes do foro da família?

Há quem pense que estes e outros exemplos, que se poderiam multiplicar, de juízes que levam uma vida sexual no limite da ortodoxia são simplesmente exercícios académicos sem nenhuma substância prática. No entanto isto não é assim se se tiver em linha de conta a legislação e a jurisprudência comparada. Tanto os Supremos Tribunais de Ohio, como da Florida, nos Estados Unidos da América, sancionaram disciplinarmente juízes que se encontravam em situações semelhantes às descritas²⁸. O modelo de juiz destes Tribunais Supremos supõe então que aqueles que cometem acções impróprias, incorrectas, inadequadas ou más – incluindo as pouco ortodoxas – do ponto de vista da moral social que rege as relações sexuais, não podem, em definitivo, ser bons juízes.

3. O Juiz jogador e o juiz que administra mal o seu património. O primeiro caso é o de um juiz aficionado de jogos de azar. Não só frequenta com regularidade os casinos da cidade onde exerce as suas funções como ainda aposta frequentemente no hipódromo e em partidas de póquer organizadas em clubes privados. Por diversas ocasiões se viu obrigado a contrair empréstimos para pagar as dívidas contraídas no jogo, empréstimos que pagou a tempo e horas e, ainda que muitas dessas actividades fossem tidas durante a noite, não chega tarde ao trabalho e cumpre os horários de despacho que lhe competem. Na segunda hipótese, o juiz tem que assumir dívidas que não provêm do jogo mas antes de comportamentos económicos erráticos e pitorescos. Gasta grande parte do seu vencimento em roupa, para si e para a sua família, oferecer jantares vultuosos aos seus convidados e leva, em geral, uma vida social acima das suas possibilidades. Por estes motivos, os seus credores penhoraram, por diversas vezes, o seu vencimento. No entanto o juiz acabava sempre por saldar as suas dívidas apesar de o fazer com grande dificuldade económica.

Nalguns ordenamentos jurídicos, tal como o argentino, é prevista a proibição do juiz participar em jogos de azar ou de frequentar locais destinados a essas actividades²⁹. Os juízes não podem frequentar casinos ou hipódromos mesmo que não façam qualquer aposta. Tais

²⁷ O caso do juiz que é visto a praticar sexo no seu automóvel e aquele que levava material pornográfico e prostitutas a festas podem consultar-se em Robert Martineau, *Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law*, University of Baltimore Law Review, vol. 10, n.º 2, 1981, p. 239.

²⁸ Cf. Steven Lubet, *Judicial Ethics and Private Lives*, Northwestern University Law Review, vol. 79, n.ºs 5 e 6, 1985, p. 993.

²⁹ Cf. Roberto Dromi, *Los jueces ¿, Es la justicia un tercio dei poder?*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 60.

restrições obedecem pelo menos a duas razões aparentes. A primeira, é de natureza prudencial: um juiz endividado pode facilmente ser corrompido através de extorsão. A segunda razão prende-se com o facto da sua aparência de honorabilidade ficar afectada.

Uma pessoa que joga constantemente, dá a imagem de uma pessoa submetida a “prática viciosa”. No que respeita ao juiz que vê o seu vencimento penhorado é habitual concluir-se que, quem não administra bem o seu património não pode administrar bem o património dos demais nem administrar bem a justiça. Também parece incompatível com a figura de um bom juiz, a de uma pessoa que se endivida sistematicamente.

4. O caso do juiz com amizades perigosas. As relações sociais dos juízes foram sempre submetidas a um controlo especial e são várias as sanções que se lhes impuseram ou impõem por manter relacionamentos sociais com determinado tipo de pessoas ou por pertencer a determinadas associações.

Relacionado com isto podem examinar-se várias hipóteses. Analisemos algumas.

4.1. Vamos supor que o juiz se reúne frequentemente com delinquentes, com reconhecidos narcotraficantes ou com chefes da máfia poderosos. O seu relacionamento com estas pessoas vem do passado, tendo na sua juventude estudado com eles ou participado em equipas desportivas e tendo ainda por hábito jantar, todas as quintas-feiras, no restaurante de um deles. O juiz não participa das actividades de delito dos seus amigos, nem deles recebe presentes e paga os seus jantares como qualquer outro, mas está afectivamente relacionado com eles pelos motivos atrás referidos. Que este tipo de amizades não é aceitável comprova-o o facto de, nos Estados Unidos e em determinadas épocas, se terem imposto sanções disciplinares a juízes pelo mero facto de manterem relacionamentos estreitos e íntimos com delinquentes³⁰. As aparências jogam aqui um papel fulcral.

4.2. O Juiz que pertence a associações racistas, anti-democráticas ou inconstitucionais.

Nesta hipótese, os amigos do juiz são pessoas de reconhecida militância xenófoba, de ultra-direita cuja ideologia política proíbe os matrimónios mistos do ponto de vista religioso ou racial, cujos slogans são insultos às comunidades negras, judias ou sul americanas. Obviamente que esta ideologia política opõe-se à democracia como forma de governo e supõe a subordinação do poder político a certos sectores religiosos. Estas pessoas organizam-se em clubes, desenvolvem actividades artísticas de gosto duvidoso e manifestam-se nas ruas. O juiz pertence a estas associações, assiste regularmente às apresentações de livros, aos concertos e a acontecimentos de cunho marcadamente racista e anti-democrático.

³⁰ Cf. Steven Lubet, *ob. cit.*, pp. 996-997.

Em todas estas circunstâncias exige-se como condição aos membros que façam um voto de obediência aos valores prosseguidos pela associação e que privilegiem este voto relativamente a qualquer outra obrigação contratual, jurídica ou moral. Poderia uma pessoa com este perfil ser um bom juiz?

Parece que não. O juiz não poderia honrar o voto de obediência à associação à qual pertencesse e simultaneamente honrar a Constituição. Para além disso, a sua imparcialidade ficaria definitivamente afectada já que qualquer pleito poderia remeter, directa ou indirectamente para os princípios constitucionais, cuja negação poria em causa, claramente, os resultados do processo. Por último, a aparência de parcialidade evidenciar-se-ia com toda a força. “A administração da justiça – citando o Supremo Tribunal da Califórnia numa das suas sentenças – vê-se prejudicada pela percepção de rasgos racistas que se transmitam ou não para as sentenças e ordens dos tribunais”³¹.

4.3. Um caso diferente do anterior em muitos aspectos mas que não evita a percepção de parcialidade no exercício de jurisdição é o do juiz que pertence a uma associação que se dedica a realizar actos de caridade, a cumprir funções sociais benéficas como a Cruz Vermelha ou a Amnistia Internacional, que defende os direitos humanos. A diferença relativamente ao caso anterior é manifesta sendo fundamentalmente o carácter ideológico que os diferencia, já que aqui os postulados destas associações são perfeitamente compatíveis com os princípios constitucionais. Por isso não é de estranhar que se a figura do juiz fica afectada num caso concreto haja o afastamento voluntário ou a escusa. Seria suficiente que ao juiz fosse vedado ocupar lugares de direcção ou realizar determinadas actividades como fazer campanhas de angariação de fundos, por exemplo.

5. O caso do juiz extravagante. Vamos agora supor que se trata de um juiz que tem um sentido particular de moda e gostos estéticos que não são partilhados pela maioria da população do local onde vive e exerce a sua profissão.

O seu cabelo, pintado de loiro, tem uma melena e um rabo-de-cavalo que lhe chega abaixo dos ombros. A sua orelha direita é adornada por uma meia dúzia de brincos e, da sua sobancelha esquerda, sobressaem dois alfinetes que acabam em brilhantes de imitação. Chega todas as manhãs ao trabalho vestido com jeans e sapatilhas e, ainda que para as audiências leve a toga, tal como é obrigatório, tem algumas unhas da mão direita pintadas de cor-de-rosa choque. Seria considerado um bom juiz? Piero Calamandrei diria que não. Na sua opinião, "aos juízes, ainda que na sua vida privada, reprovam-se e consideram-se indignas da seriedade da sua profissão, pequenas debilidades ou determinadas distrações inocentes que se perdoariam ou se

³¹ Cf. Steven Lubet, *ob. cit.*, p. 998.

encarariam com simpatia noutras pessoas ... apoderou-se de mim, em determinada ocasião, uma sensação de desalento quando, ao aproximar-me do presidente de um tribunal penal perante o qual teria que discutir momentos depois um recurso reparei que ele tinha o cabelo com brilhantina e cheio de reflexos coloridos. Ai! Ai! Como poderá ser ele um investigador escrupuloso da verdade dos assuntos alheios quando se adultera pintando os quatro cabelos que lhes restam?”³². Não parecia pois que uma pessoa extravagante pudesse ser um bom juiz.

Em todos estes casos, a aparência da justiça joga um papel fundamental.

Parece não bastar que a decisão dos juízes seja justa e conforme o direito exigindo-se também que tenha que o parecer. Uma aparência incorrecta afectaria de tal forma a crença da população no aparato judicial que teria um efeito desestabilizador de consequências negativas incalculáveis para o regime político e jurídico vigente. Há que recordar aqui o conhecido teorema de Thomas no sentido em que, se uma acção é vivida como real, as suas consequências também serão reais. Se os cidadãos consideram que o juiz age injustamente, comportar-se-ão para com ele como se ele de facto o fosse.

Uma segunda linha de argumentação contra a afirmação de que uma “má pessoa” pode ser um bom juiz é que, um juiz que se comporta incorrectamente na sua vida privada também o faz na vida pública e no exercício da sua função, já que não poderia manter por muito tempo uma vida dividida, esquizofrénica e, portanto, mais cedo ou mais tarde, a sua faceta imoral acabaria por impor-se também no exercício do seu poder jurisdicional. Por exemplo, um juiz que não obedecesse à lei como cidadão estaria psicologicamente impedido de obrigar outras pessoas a obedecer-lhe. Um juiz habituado a violar as normas de trânsito dificilmente – deduz-se – sancionaria adequadamente outros que violassem o código da estrada. Para além disso, se uma pessoa condenada ou alguém que tivesse perdido uma causa constatasse que o comportamento do juiz era exactamente igual ao comportamento que tinha justificado a sua condenação, deixaria de crer na justiça e não se lhe sentiria vinculado.

Assim, a mensagem reprovadora da sentença perderia a sua força motivadora do ponto de vista pragmático. Um juiz que não cumprisse as suas obrigações relativas à segurança social da sua empregada doméstica, dificilmente condenaria outra pessoa a cumprir a mesma obrigação. Por sua vez, a empregada doméstica que fosse julgada por isso, perderia a fé na justiça e não se sentiria vinculada ao sistema jurídico-político. Esta é, sob todas as perspectivas, uma situação negativa que afectaria todos.

A situação descrita pode ser ilustrada com um exemplo de Gerald Dworkin.

³² Cf. Piero Calamandrei, *ob. cit.*, p. 302.

Suponhamos que dois ladrões estão a cometer um roubo e que o mais velho diz ao seu companheiro que aquilo que está a fazer, roubar, é incorrecto moral e juridicamente. O ladrão mais jovem surpreendido ao escutar essa repreensão contrapõe que também ele está a roubar com a agravante de ter mais anos de profissão que ele. E que, por esse motivo, não tem o direito de lhe fazer aquela crítica. O ladrão veterano responde que esse dado é irrelevante e que o acto que o jovem está a levar a cabo, roubar, é errado³³.

A questão aqui, segundo Dworkin, não é (v. texto) a crítica formulada pelo ladrão mais velho ao seu companheiro mais novo mas sim o seu conteúdo correcto segundo um sistema de normas. A questão a esclarecer é se, quem formula a crítica dado o contexto está em posição de o fazer. Isto é assim porque ambas as partes no diálogo moral, crítico e criticado, hão-de reconhecer-se mutuamente como agentes morais pertencentes à mesma comunidade moral. Este elemento é relevante dado que, pragmaticamente, as sanções morais só operam de um modo efectivo, quando aquele que é sancionado sente que se está a distanciar da pessoa que o critica ou da comunidade moral à qual pertence e que valora como legítima e merecedora de respeito.

Não é assim suficiente de um ponto de vista pragmático, que a crítica seja correcta. É, também, necessário que a crítica ou a sanção produza um sentimento de vergonha ou de arrependimento naquele que é criticado ou repreendido. Se quem é sancionado vê que o que o seu crítico pratica os mesmos actos pelos quais é criticado, esse afastamento ou sentimento de perda de pertença a uma comunidade, essa vergonha ou arrependimento tão próprios do fenómeno ético não se produzirão. Assim, a crítica moral perderia parte da sua força motivante³⁴.

As considerações anteriores supõem a negação da afirmação que sustém que num Estado de direito democrático, onde os juízes têm a obrigação de fundamentar as suas decisões, uma “má pessoa” pode ser um bom juiz já que a sua conduta como indivíduo desmereceria a força motivante das suas decisões não apenas perante o sujeito sobre o qual recai a decisão como também sobre os restantes cidadãos. Em todos os casos analisados e noutros que se poderiam citar, importa saber que os juízes realizam os actos descritos de um modo usual, permanente e não de forma excepcional ou isolada e que, portanto, tais condutas constituem ou são indicativas da expressão dos seus respectivos caracteres. Essas acções, se executadas uma só vez ou muito esporadicamente, talvez não tivessem a importância suficiente para servir de referência aos nossos objectivos isto é, saber se uma “má pessoa” pode ser um bom juiz.

³³ Cf. Gerald Dworkin, “Morally Speaking”, em Edna Ullmann-Margalit (ed.). *Reasoning Practically*, Oxford: Oxford University Press. 2000, p. 184.

³⁴ *Ibidem*. p. 187.

Nos casos dos juízes irascíveis, de vida sexual pouco ortodoxa, dos que frequentam companhias perigosas ou do juiz extravagante, as razões que se invocam para proibir-lhes condutas que a um cidadão comum seriam claramente permitidas deve-se ao facto de tais condutas diminuírem, desde logo do ponto de vista social, o respeito pelos órgãos de justiça que o conjunto da população deve guardar em toda a sociedade organizada qualquer que seja o regime político e social que esta adapte. Em todos estes casos assume-se que o comportamento impróprio de um juiz é transferível para o conjunto da judicatura e que a percepção de um caso particular gera ou permite gerar uma generalização a todos os juízes. É em virtude destas razões que há que proibir comportamentos impróprios ainda que, em muitos destes casos, as sentenças dadas por esses juízes não sejam afectadas na sua juridicidade. Basta que se afecte ou se possa ver afectada a aparência de juridicidade. Neste sentido, exigir-se-ia aos juízes uma atitude e um comportamento que fosse mais além do que o mero cumprimento do direito.

No entanto, esta afirmação não se pode aceitar sem alguma especificações adicionais. Em primeiro lugar, porque não está muito claro quais são as acções que denotam “comportamentos impróprios” sobretudo em sociedades complexas onde coexistem vários códigos de moralidade positiva ou estética.

E quando se indaga a vida privada das pessoas para determinar quais são os seus defeitos de carácter, sabe-se quando se começa mas não se sabe quando se acaba. Isto levaria a uma enorme discricionariedade para sancionar condutas inespecíficas com a consequente impossibilidade de defesa dos membros do aparelho judicial. Isto obrigaria a ser-se cuidadoso no desenho da disciplina da vida privada dos juízes. E tanto é assim que muitos consideram que seria melhor deixá-la á mercê do consenso corporativo o qual não tem que ser expresso, isto é, deixá-la à auto-regulação profissional. Isto é, aliás, o que acontece. Segundo Perfecto Ibañez, “não pode desconhecer-se que o papel judicial impõe, na forma em que tradicionalmente é concebido, um acréscimo de rigor e de auto-controlo geralmente maior ao do comum dos cidadãos...”³⁵.

No entanto apesar das cautelas e necessárias salvaguardas que se tenham de forma a garantir os direitos dos juízes enquanto cidadãos, é verdade que se lhes deve exigir uma certa contenção nas suas acções de forma a que estes dêem uma imagem de equidade, objectividade e imparcialidade já que, se o arguido tivesse a percepção de que as suas decisões eram injustas, o impacto que isso poderia ter na vida jurídica poderia ser igual ao que teria se realmente o fossem.

³⁵ Cf. Perfecto Ibariez, *Justicia/Conflicto*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 262.

Por outro lado, merece ser analisada com cuidado a afirmação de que toda a reprovação que a condenação tem perde força motivante nos casos em que o juiz efectua as mesmas acções que depois sanciona nas suas sentenças.

Gerald Dworkin talvez tenha razão acerca do funcionamento pragmático das condenações morais. Talvez tenha razão quando afirma que a eficácia da crítica moral reside em que quem critica não está contaminado pelos mesmos actos que constituem o objecto da sua recriminação. No entanto, de uma perspectiva jurídica as sentenças operam de maneira distinta. Em primeiro lugar porque o julgador e o julgado não têm motivos para participar ou sentirem-se membros de uma mesma comunidade de interesses ou de valores morais ou de outro tipo, nem de se identificarem um com o outro, nem mesmo que a reprimenda tenha que ser sentida como legítima pelo seu destinatário, tal como referem os que se têm dedicado à análise das sub-culturas da delinquência.

No entanto, e para além disto, o juiz pode ditar uma sentença conforme o direito sabendo que ela é moralmente injusta, tal como o refere o nosso artigo 4.3 do Código Penal que estabelece que os juízes e os tribunais podem solicitar o indulto de uma pessoa quando “da rigorosa aplicação da lei resulte a penalização de uma acção ou omissão a qual, segundo o juízo do juiz ou do tribunal, não deveria sê-lo, ou quando a pena seja excessiva atendendo ao prejuízo causado pela infracção e às circunstâncias pessoais do réu”³⁶. Neste sentido, nem sequer se exige ao juiz que, em virtude da sua profissão dita habitualmente as suas sentenças, se identifique a si mesmo com cada um dos postulados do direito vigente, basta que se identifique com as normas que serviram de fundamento legal à sua sentença, em virtude das fontes sociais que as produziram. No entanto, esta identificação não significa que o juiz aprova ou desaprova essas normas. E nisto não há nada de esquizofrénico³⁷. E se isto é assim, o argumento que exige absoluta coerência moral entre as sentenças emitidas pelos juízes e os valores pessoais por estes mantidos, perde grande parte da sua razoabilidade³⁸.

Não obstante estes fundamentos nada terem de trivial, convém recordar que as normas jurídicas em geral e as sentenças, em particular cumprem também uma função simbólica de carácter ideológico-moral em apoio aos fins que sustentam ou promovem, não dizendo apenas respeito ao condenado, mas também a toda a sociedade. E que esta função se vê menosprezada

³⁶ O próprio G. Dworkin parecia aceitar que o mundo da moral se diferencia neste aspecto do âmbito jurídico.

³⁷ Não analisarei aqui a factualidade do caso de um juiz perfeitamente hipócrita, isto é, daquele que tem uma moral privada muito marcada mas que em todas as suas intervenções públicas actua e decide as questões de uma forma incompatível com as suas próprias convicções.

³⁸ Talvez esta conclusão possa ser analisada como uma questão de graduação que é válida para a generalidade dos casos ou para casos que não sejam excepcionalmente prementes. Dificilmente um juiz que tenha horror à pena de morte ditará repetidamente sentenças nesse sentido.

quando, perante os olhos do público, a autoridade que a dita é indigna para levar a cabo essa acção. Nesse sentido, pareceria prudente exigir ao juiz um comportamento apropriado, isto é, que ao menos se abstenha de realizar as acções que possa vir a condenar.

O caso do juiz que pertence a organizações não democráticas ou que defendem posições inconstitucionais é diferente. Aqui sim, existe uma contradição entre obedecer a dois sistemas normativos cujas condutas são pragmaticamente incompatíveis, pessoas desse teor não deveriam poder ser designadas como juízes e, se já o tivessem sido deveriam ser expulsas do poder judicial³⁹.

Nos casos, em mudança, em que o juiz tenha uma ideologia compatível com os valores constitucionais mas perante um facto concreto o seu juízo possa ficar enviesado, ou dar essa aparência, basta estabelecer um sistema amplo de impedimentos ou recusas. Segundo Juan Pico y Junoy, “o interesse moral ou religioso, em circunstâncias excepcionais, pode ser de tal transcendência para o julgador que ponha em causa a sua objectividade, pelo que faz sentido a sua substituição. Assim, podemos pensar no caso do juiz que, pertencendo activamente a uma associação religiosa, tem que decidir uma controvérsia que, atendendo em consciência aos postulados da sua crença, terá que a resolver de outra maneira. A este respeito podemos citar o exemplo de um juiz de Málaga, cujas crenças religiosas contrárias ao aborto eram conhecidas, e que foi recusado pelo advogado de um arguido acusado por delito de aborto abrigo do interesse indirecto do juiz na causa. Este aceitou o motivo e foi afastado do caso ...”⁴⁰. No entanto, e para além de tudo, dificilmente se poderia qualificar uma pessoa que mantém posições a favor dos direitos humanos como uma “má pessoa”.

Para responder à pergunta se uma “má pessoa” pode vir a ser um bom juiz do ponto de vista técnico, num sistema onde impera a obrigatoriedade de fundamentar as sentenças em direito, isto é, num sistema em que o juiz tem que decidir conforme um conjunto de fontes pré-estabelecido como Lei e o costume, de acordo com os princípios gerais de direito, há ainda que considerar um último argumento. O de que indefectivelmente uma “má pessoa” transporá as suas convicções pessoais para a sua actuação profissional. Afirma-se que os juízes não podem aplicar o direito sem o interpretar previamente sendo que esta é não só uma actividade

³⁹ É o caso de juízes designados por ditaduras militares horrendas cujas práticas violam todos os direitos humanos e exigem obediência aos seus postulados. Enquanto se mantém o regime tirânico os juízes têm por hábito recusar todos os pedidos de auxílio e de *habeas corpus*. Se estes juízes se mantiverem nos seus cargos nos períodos de transição para a democracia constituem-se frequentemente como um forte obstáculo à completa democratização do país. Para o caso dos juízes chilenos pode consultar-se: Alejandra Mata, *El libro negro da justicia chilena*, Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

⁴⁰ Cf. Juan Pico y Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Barcelona, J. Bosch, 1998.

descritiva das normas ditadas pelos legisladores mas também, uma actividade criativa sujeita às veleidades ideológicas – num sentido amplo do termo – do intérprete⁴¹. Segundo estas teses, para cumprir tecnicamente de uma maneira impecável a função de juiz, este teria que possuir determinadas características pessoais, determinada ideologia e moral como condições necessárias para o efeito – ainda que obviamente insuficientes⁴² – já que haveria uma correlação necessária entre a resolução de alguns casos judiciais e a moral privada do juiz. O juiz não poderia definitivamente deixar de projectar nas sentenças as suas próprias valorações pessoais. Esta espécie de projecção das referências morais próprias que o juiz leva a cabo nas suas decisões ver-se-ia favorecida de modo diverso no seguinte elenco, não exaustivo, de situações:

- a) Em determinadas ocasiões, o ordenamento jurídico permite, ou inclusivamente exige que o juiz decida determinada controvérsia, de acordo com os critérios valorativos sem se sujeitar a alguma restrição jurídica. A discricionariedade do julgador é absoluta. É o caso em que o juiz deve decidir em equidade.
- b) Noutras ocasiões, o juiz pode tomar uma decisão entre um leque de possibilidades. Cumpre a obrigação de decidir conforme o direito escolhendo uma qualquer das alternativas que lhe são dadas, como por exemplo, quando pode impor uma pena entre 8 e 25 anos pelo cometimento de um determinado delito. Aqui, a imposição da pena efectiva será mais ou menos severa de acordo com, entre outros aspectos, o entendimento do julgador.
- c) Noutros casos, o legislador utiliza termos tão gerais como “bom senso” ou expressões tão vagas como “bom pai de família”, relativamente aos quais o juiz se vê obrigado a recorrer a “conceitos meta-jurídicos do seu próprio mundo cultural ou da sua particular experiência”⁴³ de forma defini-los e a torná-los aplicáveis no momento em que tem que resolver determinada controvérsia.
- d) Para além disto, há questões que não se podem resolver sem se ter uma teoria moral completa ou, pelo menos, bem desenvolvida. Dificilmente se pode determinar o significado da expressão “trato inumano e degradante” sem fazer referência a

⁴¹ Utilizei aqui o termo “interpretar” ambiguamente, para descrever as normas que os legisladores ditam nos casos em que isso seja possível (quando a formulação legislação tem um só significado possível) e para atribuir um significado a essa formulação de entre vários possíveis.

⁴² Uma análise acerca de se se requer que as pessoas que ocupam ou se perfilam para ocupar cargos eleitos têm que ter determinadas características pessoais como condição necessária para desenvolver com plenitude a sua função pode consultar-se: Frederick Schauer, “Can Public Figures Have Private Lives?”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 17, n.º 2, 2000, pp. 293 e ss.

⁴³ Cf. Perfecto Andrés Ibañez, *ob. cit.*, p. 253.

elementos tão importantes para a teoria e a prática moral como a dignidade ou a autonomia da pessoa⁴⁴.

- e) Por outro lado, a ordem jurídica autoriza o juiz por vezes, aplicar normas gerais para resolver uma lacuna normativa que lhe permita solucionar um caso apelando a procedimentos como a analogia a qual, ao não ser exclusivamente de carácter lógico, envolve necessariamente certas doses de valoração⁴⁵.

Para além disto, os juízes também aplicar normas nas situações em que afirmam uma lacuna axiológica negando-se assim a aplicar a solução que o legislador tinha previsto para o caso. Sustentar-se a existência deste tipo de lacunas depende inteiramente da valoração que o juiz faça do hipotético facto e do sistema normativo. O afastamento por parte do juiz do que consta na lei é aqui manifesto e a criação normativa que este leva a cabo é indubitável⁴⁶.

No entanto, o derrame moral e ideológico que o juiz realiza na sua actividade de julgar não se reduz ao âmbito da interpretação normativa.

Também se manifesta no que respeita à evolução da prova dos factos que venham a constituir os fundamentos de facto com que deve construir as sentenças⁴⁷. Com efeito, quando o juiz avalia a credibilidade de um meio de prova ou a atendibilidade de uma prova fá-lo numa perspectiva de crítica sã e este critério reenvia necessariamente para certas valorações pessoais do juiz.

De facto, as partes introduzem informações no processo acerca de dados factuais as quais consideram relevantes_ para melhor apoiar as suas pretensões sobre as quais o juiz deverá decidir. Grande parte dessa informação é contudo redundante, irrelevante e até manifestamente contraditória. Por outro lado, ao juiz é proibido conhecer os factos do litígio e mencioná-los nas suas decisões através de outros meios que não os processualmente admitidos.

⁴⁴ Tomei como exemplo a discussão mantida com Juan Moreso na Universidade de Pompeu Fabra em Barcelona.

⁴⁵ Cf. Eugénio Bulygin, *ob. cit.*, pp. 361 e ss. Isto não significa que o juiz realize uma actividade criadora de direito no mesmo sentido em que o faz o legislador. Como o próprio Bulygin se encarrega de sublinhar, “não se trata de uma criação *ex nihilo*. A criação judicial de normas gerais por analogia é uma criação a partir de outras normas e nesse aspecto, difere substancialmente da criação legislativa a ponto de parecer equívoco utilizar o mesmo vocábulo “criação” para designar actividades tão distintas” (p. 362).

⁴⁶ Para uma análise mais detalhada do problema das lacunas axiológicas, veja-se Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1974, especialmente pp. 145 e ss.

⁴⁷ Distingue-se aqui claramente os fundamentos normativos e factuais das sentenças e os efeitos expositivos. No entanto, essa distinção não é radical como bem assinala Francisco Ezquiaga Ganuzas, “*Iura Novit Curia*” y *aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, especialmente pp. 70 e ss.

Em consequência disto, o juiz vê-se na obrigação de investigar num emaranhado de dados de maneira a formular o enunciado de um acontecimento histórico com pretensões de verdade. Mas “a apreciação da prova é uma actividade complexa, sujeita a determinados critérios, os quais não são sempre únicos, nem explícitos, nem claros, nem hierarquizados: a apreciação da prova decorre da experiência do julgador...”⁴⁸.

Se isto é assim, parece que certas valorações pessoais são também incidíveis da avaliação das provas no processo. Como se demonstrou repetida e manifestamente a respeito da aplicação do direito penal sexual, a ideologia de um juiz joga um papel relevante na apresentação dos factos que considera provados⁴⁹.

Por fim, embora não menos importante, advertiu-se, para a constitucionalização das chamadas liberdades básicas e dos direitos fundamentais do homem e a potencialização das valorações com as quais o juiz elabora as suas sentenças, já que estes conceitos são, para além de vagos, ambíguos assim como, dependentes de uma concepção de bom e correcto.

Chegados a este ponto, se se admitir que existe uma relação íntima entre os valores morais, políticos e sociais e a interpretação e aplicação do direito, pelo menos em certo tipo de controvérsias jurídicas, tal resultaria em que, o juiz ao decidir estaria a subscrever direitos e obrigações segundo uma específica concepção do bom e do correcto.

Neste sentido, pareceria que, pelo menos nalguns casos, se poderia fazer uma aplicação “mecânica” do direito a fim de se resolver determinada controvérsia jurídica submetida à consideração judicial. Nem em todos os pressupostos, a formulação normativa de carácter legislativo implica uma única norma, nem os factos provados no processo têm tal magnitude que permitem uma descrição completa e certa, tanto do ponto de vista dos elementos relevantes do facto ocorrido historicamente, como ainda, da existência de lacunas de conhecimento e reconhecimento. Pareceria pois que o modelo em que os juízes têm a obrigação de fundamentar as suas decisões se aproxima perigosamente, nalguns dos seus pressupostos, do seu modelo oposto – pense-se por exemplo, numa situação governada por uma discricionariedade absoluta, nas lacunas axiológicas, no comportamento de um bom pai de família, na crítica sã, nas tarefas de avaliação das provas.

Se no primeiro dos modelos analisados se afirmou que uma “má pessoa” jamais poderia ser um bom juiz, no modelo em que impera a obrigação de fundamentar as decisões pareceria que isso também não poderia ser possível⁵⁰.

⁴⁸ Cf. Daniel Mendonça, *Las claves del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2000, p. 191.

⁴⁹ Para tudo veja-se Juan José Ruiz-Risco, *El sexo de sus señorías*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1991.

⁵⁰ Há que assinalar que ainda que se trate de uma questão empírica, é razoável pensar que todos os juízes enfrentarão, mais do que uma vez no exercício da sua vida profissional, casos como estes.

No entanto, o conceito de “má pessoa”, que é parasitário de um conjunto de normas, pode ser interpretado como dependente da moral social ou da moral crítica. A definição de “má pessoa” tendo em atenção, exclusivamente, as considerações morais positivas do momento, tem o inconveniente sério de fazer depender a valoração ética de aspectos que podem basear-se em prejuízos de tipo diferente ou em princípios que colidam claramente com princípios constitucionais bem assentes. Também não convém esquecer que não é função dos juízes referendar com o seu comportamento e muito menos com as suas sentenças, a moral social vigente e que estes, com frequência, devem decidir contra os valores sociais vigentes porque assim o exigem os princípios constitucionais.

Restam pois como alternativa para definir “má pessoa” os critérios definidos pela moral crítica. Estes critérios, valores e postulados básicos já se encontram habitualmente reconhecidos no ordenamento constitucional que organiza ou sustenta o Estado de direito social e democrático. É verdade que no esquema valorativo que informa os modernos sistemas constitucionais cabem diversas sensibilidades, como por exemplo, manter uma posição mais igualitária que outra em matéria sociais. Aceitar esta afirmação não significa que aqui caiba qualquer valoração. Um fascista consequente, um declarado elemento da ultra-direita ou quem tenha honrado ditaduras militares sangrentas não pode ter a pretensão de ser boa pessoa e por conseguinte não poderia ser um bom juiz.

E, se o moderno constitucionalismo político assenta no respeito dos direitos de todos os cidadãos, categoria que inclui, naturalmente, todos os juízes há que se ser muito cuidadoso na restrição dos comportamentos privados das pessoas. À luz desta concepção, as proibições ou a sanções impostas aos juízes nalguns dos exemplos analisados anteriormente, mereciam ser novamente reconsiderados.

Não pareceria ser aceitável restringir o comportamento dos juízes em matéria sexual. Impedir os juízes de serem homossexuais implicaria aceitar que existem pautas de comportamento sexual que embora não causem prejuízo deveriam ser, a outros, proibidas e sancionadas. No entanto, esta atitude constitui um -exercício de perfeccionismo moral, incompatível com um Estado fundamentado eticamente. Ao Estado deveria ser indiferente que os seus juízes sejam homo ou heterossexuais inclusivamente nos casos em cujo conhecimento e decisão possam desempenhar algum papel, a particular visão pessoal do juiz –obviamente, sempre que sejam compatíveis com os grandes valores constitucionais. Outras restrições, tal como impor aos juízes a obrigação de vestir com determinada discricção tem alguma razoabilidade na medida em que não está em jogo um direito essencial da personalidade não sujeito a negociação, isto é, o direito a vestir uma indumentária, qualquer que sejam as circunstâncias de tempo, lugar e funções que se desempenhem. Nada haveria de imoral em

obrigar os juízes a vestir uma gravata assim como, não haveria nada de imoral em obrigar os estudantes até certa idade a usar bata ou os militares a vestir uniforme⁵¹.

Se a função do juiz é julgar e fazer executar as decisões, aplicando a Constituição, o sistema de fontes e os valores nelas contidos e que sejam compatíveis com a ética crítica, tal resultaria em que, do ponto de vista técnico, para se ser um bom juiz deve-se resolver os conflitos que potencialmente se conhecem imbuindo as suas decisões desses valores em todos os casos do seu mister. As valorizações pessoais alheias a esta ordem seriam então inaceitáveis e, de forma alguma, poderiam ser invocadas ou utilizadas.

Uma “má pessoa” definida em termos do seu afastamento face a este sistema de valores políticos não poderia ser, nesse sentido, um bom técnico, enquanto juiz⁵².

⁵¹ Não prestarei atenção às funções simbólicas que cumprem determinadas formalidades e exigências estéticas e às vestimentas que rodeiam todo o exercício da função jurisdicional.

⁵² Por outro lado, convém recordar que o compromisso que os juízes e magistrados assumem quando, em democracia, juram os seus cargos e prometem obedecer à constituição e às leis. Ao fazê-lo, reforçam, se tal for possível, as suas obrigações para com estes princípios morais.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Magistrado, hoje: Exegeta ou “Arquitecto Social”?
Crise e redefinição da identidade das magistraturas
nas sociedades modernas



[José Narciso da Cunha Rodrigues]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Magistrado, Hoje: Exegeta ou “Arquitecto Social”? Crise e redefinição da identidade das magistraturas nas sociedades modernas*

Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 272, Janeiro, 1978, pp. 04 a 29

Ao questionar-se hoje a ideologia e a atitude profissional dos magistrados, é frequente reverter-se a uma temática que, tendo o mérito de globalizar a questão, a não analisa nem explica suficientemente: a da sociedade, suas estruturas e seus fins. Procura-se observar o magistrado como produto das várias componentes sociais e não como componente privilegiado da sociedade.

Afirmar-se que cada sociedade produz certo tipo de magistrado é certamente constatar-se um evidente postulado político mas o que certo sector intenta dizer é mais: é que não tem autonomia – e talvez nem tenha sentido – interrogarmo-nos sobre o magistrado como interveniente, ele próprio, nas estruturas sociais.

Esta realidade, originada pelas condições históricas em que evoluíram os sistemas judiciários e pela lentidão de tal evolução, é sintoma da grave crise que acometeu as magistraturas, crise que se foi agravando à medida que o mito da neutralidade do magistrado invadiu a teoria política e a desinteressou desta área especulativa. Mais ou menos deliberadamente, o magistrado foi remetido ao papel de simples diluente social, tanto quanto possível incolor, insípido e inodoro.

Nasceu daqui uma série de equívocos que o constitucionalismo não resolveu, antes agudizou, ao patentear a sua mal disfarçada relutância em aceitar os tribunais em paridade de condições com os demais órgãos de soberania. “Poder judicial”, “função judicial”, “autoridade judiciária”, são apenas algumas das expressões de indefinição que traduziram essa relutância.

Porque os tribunais continuaram a ser, um pouco por todo o lado, meras válvulas de segurança cujo funcionamento se evita testar para além do necessário a que os Estados adquiram ou conservem a sua boa consciência acerca do respeito pelas leis e pelas liberdades.

* Comunicação aos estagiários para delegado do procurador da República, apresentada subsequentemente ao II Encontro Internacional do Ministério Público.

Não nos admiremos, pois, se verificarmos que, na maioria dos países, ocorreu uma diminuição do número de candidatos à magistratura que não se explica somente por razões de ordem salarial

Encontramo-nos possivelmente no limiar de uma grande interrogação, a exigir uma grande resposta.

O homem de hoje afere a sua realização pela sua capacidade de intervenção social. Ultrapassada a fase da aventura metafísica ou encontrados domínios mais fecundos para a sua procura, o que é que poderá atrair os magistrados de hoje: a exegese ou a criatividade? A mediação ou a intervenção social?

O problema, visto à luz dos anos setenta, adquire cambiantes até há pouco imprevisíveis. Toma-se mesmo problemática a utilidade de uma digressão pelas fórmulas organizativas com que, até hoje, se revelaram as magistraturas, quando é certo terem os últimos anos gerado pressupostos do funcionamento das instituições judiciárias que não tiveram historicamente paralelo.

Vejamos, a traços muito gerais, o trajecto seguido pelas magistraturas.

Por exigência de análise, e sem que com isto queiramos adiantar qualquer conclusão relativamente à unidade ou diversidade de funções de cada magistratura, atentaremos separadamente na magistratura judicial e na do Ministério Público.

Não foi a despropósito que Stammler, ao explicar a crise de desconfiança que se instalara na sociedade acerca dos tribunais, referiu a alegoria do juiz: entronizado (num templo resplandecente ao qual acorrem os peregrinos, a expor os seus problemas jurídicos”.

A concepção mítica ou religiosa dos tribunais atravessou, na verdade, os séculos quase incólume. Desvalorizada minimamente da sua carga religiosa, a função de julgar foi depois entregue a notáveis ou a magistrados administrativos mas, ainda aqui, como afirmação do prestígio e da autoridade do julgador que não como emanação de soberania.

Até à Idade Moderna, a jurisdição continuou a pertencer ao soberano, assente na origem divina dos seus poderes.

Com a Revolução Francesa, as coisas modificam-se profundamente.

Ao “império do juiz” substitui-se o “império da lei”. A lei como “expressão da vontade geral”, na fórmula de Rousseau.

Contudo, o princípio da divisão de poderes e a época codificadora que se seguiu à definição do primado da lei não viriam fortalecer a nascente concepção de independência do poder judicial. Pelo contrário, subvertê-la-iam, ao serem utilizados como meio de confinar o juiz ao papel humilde de servidor da lei. “Boca morta que pronuncia as palavras da lei” – disse Montesquieu.

É o fim da transcendência da função de julgar. Mas, com ele, a desvalorização do julgamento, o desprestígio do juiz ...

Consequência de que aparentemente só se conseguiriam libertar os sistemas anglo-saxónicos onde a jurisprudência manteve a sua tradicional autonomia na formulação do direito.

A ponto de Calamandrei se ter interrogado sobre se os ingleses estariam verdadeiramente dispostos a “ceder-nos, em troca da nossa maior ciência, a sua melhor justiça!”.

O sistema europeu continental ficou, assim, entregue a uma pesquisa de índole lógico-formal em que a actividade decisória se submete às regras do silogismo judicial: a premissa maior, constituída pela norma legal aplicável, a premissa menor constituída pelos factos e a conclusão constituída pela adequação da norma aos factos.

Muitos juristas puderam então sustentar que o trabalho mental do juiz é puramente lógico, não volitivo. O juiz limitar-se-ia a declarar a vontade da lei.

Ora, as doutrinas não se expandem por acaso. E esta não foi senão o contributo jurídico necessário à convalidação do novo estatuto político do juiz.

O desenvolvimento e interpenetração de conceitos corrigiram posições mas não as modificaram substancialmente.

O ter-se, depois, admitido que a decisão envolve uma actividade complexa em que interferem juízos lógicos, históricos e críticos pouco adiantou à redefinição do papel do juiz.

E se a discussão progrediu, a verdade é que não ultrapassou geralmente, como era de esperar, um estreito academismo construído sobre os termos algo radicais deste binómio: sujeição do juiz à aplicação estrita das normas legais, através de um processo mecânico de subsunção do caso concreto, ou liberdade para procurar a solução mais adequada, saltando, se necessário, por cima da lei.

Não se foi longe em soluções práticas, mau grado uma abundante elaboração doutrinal em que pontificaram nomes como os de Liebmann, Betti, Stammer, Chiovenda e Carnellutti¹.

À interrogação “o juiz é mero aplicador do direito ou também criador de direito” respondia-se com um cânone de extracção positivista: o juiz exerce a actividade criativa permitida pela lei; nomeadamente através da integração de lacunas, da formulação de juízos de equidade, do preenchimento dos “*standards* jurídicos”, da valoração subjectiva dos dados da interpretação. A lei é que definirá a autonomia do juiz.

Cedo, porém, se concluiu que, sendo a lei instrumento de uma determinada vontade política, a pergunta haveria de regressar com carácter de necessidade: qual o espaço que o legislador dispensa ao juiz? O que é o mesmo que perguntar: qual é a função social do juiz?

¹ Serra Dominguez, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, “Juicio Jurisdiccional”.

É o retomo ao primeiro momento de um debate envolvente e que, por isso, muitos consideraram não ter autonomia nem sentido.

Creemos que sem razão.

A crise de desconfiança a respeito dos tribunais agravou-se efectivamente à medida que os Estados, transformados de Estados-polícia em Estados-providência, organizaram um aparelho absorvente de intervenção e as leis foram perdendo o seu carácter de generalidade e abstracção para se converterem em instrumentos de resolução de situações frequentemente concretas e, algumas vezes, até preexistentes. Possuídos de intenção normativa individualizada, os diplomas passam a utilizar uma linguagem por tal forma exaustiva e minuciosa que não deixam ao julgador mais espaço que o necessário para apor a sua chancela no que ficou já decidido em forma legislativa.

Outrora exegeta e glosador, o juiz correu então o risco de se transformar em “robot”.

O percurso trilhado pelo Ministério Público aparece ainda mais marcado pelas transformações políticas.

Historicamente, parece poder aceitar-se que o Ministério Público, na configuração que assume nos Estados modernos, adquiriu os seus contornos a partir do século XVI e sobretudo no direito revolucionário. Largo sector da doutrina defende mesmo que a instituição é herdeira do sistema judiciário francês, conclusão que poderá interessar para uma compreensão correcta da sua evolução e vicissitudes.

É, de facto, o direito revolucionário francês que institucionaliza o Ministério Público como órgão judiciário. Um decreto de 1790 determina que os “oficiais do Ministério Público” serão nomeados pelo rei e serão vitalícios. E, no mesmo ano, outro diploma distingue, no exercício das funções de Ministério Público, dois agentes: o comissário do rei e o acusador público.

O primeiro, nomeado pelo rei e inamovível, encarregado de vigiar a aplicação da lei e a execução das decisões. O segundo, eleito pelo povo e tendo a seu cargo a sustentação da acusação junto dos tribunais criminais. Findo o período revolucionário, estabeleceu-se, por via constitucional, que as funções de acusador público seriam também desempenhadas por comissários, agora do Governo².

O Ministério Público chega até aos nossos dias numa formulação que corresponde à síntese transpositiva operada pelos textos napoleónicos a partir do referido sistema originário.

Até meados deste século, praticamente não se questionou o enquadramento constitucional do Ministério Público nem a conformação da respectiva magistratura,

² Michèle - Laure Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, págs. 7 e seguintes.

tradicionalmente organizada na dependência do executivo e constituída por funcionários ou por magistrados com estatuto de funcionários.

Podia, por isso, até à década de cinquenta, dizer-se com verdade que não tinha utilidade nem sentido perguntar-se pelo Ministério Público como interveniente autónomo no exercício do poder judicial.

Até há pouco tempo, a imagem das magistraturas na Europa ocidental era aproximadamente a seguinte:

Na Inglaterra, os tribunais mantinham a sua relevância na organização e no funcionamento do Estado, afirmando-se como órgãos caracterizadamente políticos no sentido de participantes do poder.

Numa sùmula de perspectiva, a situação apresentava na Inglaterra estes traços definidores:

- Inexistência de Ministério da Justiça. As funções classicamente atribuídas a este departamento encontravam-se partilhadas pelo Ministério do Interior e pelo Lord Chancellor;
- Larga intervenção do júri;
- Centralização dos tribunais de recurso. (Fora de Londres não havia tribunais de apelação);
- Magistraturas não organizadas em carreira, fazendo-se o recrutamento de entre advogados com longa prática profissional e geralmente com currículo político;
- Judicatura exercida, nos tribunais extrajudiciários (Tribunais de Segurança Social, Tribunais Fiscais e Tribunais do Trabalho) e nos tribunais inferiores, predominantemente por leigos. (É curioso notar que mais de noventa e cinco por cento das causas criminais são julgadas por juízes não profissionais que exercem os respectivos cargos *graciosamente* e não são, na maioria dos casos, juristas);
- Simplicidade e desburocratização do processo³.

Nos sistemas continentais, a situação era diferente.

Os tribunais adoptaram, em muitos casos, os princípios organizativos da administração pública: na instituição de quadros e carreiras, nas regras de acesso, no regime de remunerações.

Sustenta-se *à outrance* o dogma da apoliticidade e neutralidade dos magistrados traduzido num conjunto de incompatibilidades e inibições que quase os transformam em verdadeiros marginais, desmotivando o interesse pela profissão.

³ Organização Judicial Inglesa, *Revista de Derecho Judicial*, Ano VI, n.º 22.

Criam-se, aqui e além, mecanismos de autogoverno que melhoram as condições institucionais do funcionamento dos tribunais mas originam actuações corporativistas que, conjugadas com o “carreirismo judiciário”, impedem a selecção e a qualidade. Tendência autonomizante que acaba curiosamente por influenciar países saídos há pouco de situação colonial.

(Vejam-se os exemplos das Constituições da Tunísia, de 1959, do Gabão, de 1961, da Coréia do Sul, de 1962, e da Argélia, de 1963).

Desenvolvidas quantitativamente e qualitativamente as relações sociais, gera-se a complexidade do direito, o fraccionamento do processo, a inflação legislativa.

O volume de serviço ultrapassa de longe a capacidade de execução dos magistrados.

Surge o bloqueamento.

Enquanto isto, a imagem do magistrado “sem temor nem Esperança” – tão cara a certo sector do pensamento judiciário italiano –, uma espécie de cidadão quimicamente puro, cria o risco de o converter num ente profundamente alienado: sem capacidade de valoração política e por isso mais ou menos receptivo às sugestões provindas dos *mass-media*, menos preocupado com o conflito que com a necessidade de encontrar uma solução equidistante dos termos antitéticos em que a acção se apresenta, marginal quando não mesmo misantropo.

Situação que caricaturalmente se poderia definir através daquela cena de banda desenhada:

O técnico de sondagem dirige-se ao magistrado. O magistrado está a trabalhar, afundado em rimas e rimas de processos. Pergunta o técnico: o que pensa da gravidade da crise?...
Reponde o magistrado, sem suspender o trabalho nem tirar os olhos do processo: Qual crise?...

Um quadro sem dúvida pessimista, se não fosse aparente a importância de se ter chegado a este estado de coisas para se ter de equacionar o problema de uma completa redefinição de identidade.

As circunstâncias vindas de referir provocaram uma visível alteração da atitude dos indivíduos relativamente à função judicial. Primeiramente sacralizada, passa a ser incompreendida, depois ignorada, finalmente contestada.

As pessoas começam a verificar que os tribunais não se encontram em condições de dirimir – ou de dirimir a tempo e horas, o que é, em muitos casos, a mesma coisa – os seus conflitos. Explica-se, pois, que, onde condições de estabilidade política permitiram esta espécie de concertação, se tenham multiplicado os sistemas de arbitragem extrajudicial. Mais rápidos e mais eficientes até porque implicitamente aceites pelos litigantes.

Paralelamente, incentivam-se formas de participação de leigos na administração da justiça, mais como meio de melhorar a imagem social dos tribunais e de aumentar o nível de aceitação das suas decisões que em resultado de um reconhecimento das suas virtualidades intrínsecas. Surto participativo que não é mera sobrevivência; mas autêntica revitalização dos esquemas clássicos de justiça não profissional.

Há-de, entretanto, reconhecer-se que a participação de leigos não foi, por si, suficiente para inverter o sentido da crise.

Concretamente quanto ao júri, o debate começa a centrar-se menos nos princípios de filosofia política que estiveram na sua origem que em razões de pragmatismo incidentes já sobre a validade da instituição em si.

Vejamos.

A intervenção de jurados assentava originariamente na ideia de que todo o homem recto e de bom senso, amadurecido pela educação e pela experiência, encontra em si próprio a força de instinto que o conduz em direcção à verdade e o habilita a apreciar um facto e a culpabilidade do seu autor.

O júri fora criado como instrumento de convicção e de prova. Não de julgamento.

Todavia, esta questão metodológica perdeu-se no labirinto que, em breve, ia ciência jurídica continental havia de tecer sobre a distinção entre facto e direito e mais ainda se complicou quando, no âmbito do direito criminal, se perspectivaram as implicações predominantemente científicas do elemento “culpabilidade”.

Juristas como Bondue e Robert Vouin admitem coerentemente que o destino do júri não pode já desligar-se do destino do processo penal e da nova concepção de juiz criminal⁴.

O aproveitamento integral das ciências auxiliares do direito, a melhor definição dos seus limites e o aparecimento de novas áreas de investigação irão certamente influenciar o sentido da opção. Observe-se o que se está a passar com a delimitação do objecto da criminologia onde muitos defendem já dever incluir-se a psicologia judiciária. Atente-se na importância que começa a dar-se à vitimologia, ciência que permitirá explorar aspectos até agora pouco estudados da etiologia do crime: o perfil psicológico da vítima, as suas relações com o agente, a causalidade destas na produção do resultado.

Significa isto que o juiz criminal se exigirá cada vez mais um conhecimento interdisciplinar a que os leigos dificilmente têm acesso.

Por estas e por outras razões, exceptuados os sistemas anglo-saxónicos, verifica-se que o júri, na sua forma clássica, vem sendo abandonado ou substituído por métodos diferentes de

⁴ *Le jury face au droit pénal moderne*, págs. 13 e segs. e 131 e seguintes.

participação. E que decresce, em qualquer das modalidades, o número de intervenções de tribunais criminais mistos.

O júri foi abolido na Holanda e no Luxemburgo e adaptado na Alemanha Federal, na França, na Itália e na Suécia.

Nestes países, estabeleceu-se uma fórmula compósita de tribunal criminal em que juízes e jurados decidem conjuntamente sobre os factos e a pena.

Se, porém, a utilidade do júri como factor de aproximação entre os tribunais e os cidadãos não tem sido grandemente posta em crise, porquê o seu declínio?

São várias as razões.

Além das que já se produziram quanto às crescentes implicações científicas da metodologia do direito e do processo penal, apontam-se outras, relacionadas com condições subjectivas e objectivas da intervenção dos jurados.

Entre as primeiras, destaca-se o risco de emotividade e permeabilidade às sugestões e a própria resistência dos jurados ao exercício do cargo.

Na segunda ordem de razões, é de incluir a circunstância de não se ter ainda encontrado um sistema de recrutamento de jurados susceptível de garantir aquele *quantum* desejável de democraticidade. Em 1943, era ainda possível ler-se num relatório levado à Conferência Superior Judicial dos Estados Unidos: “funcionários, professores, ministros do culto, médicos e homens de negócios notáveis parecem constituir as fontes mais capazes de recrutamento”⁵.

A estes factores é certamente de juntar o acréscimo de encargos decorrente da intervenção do júri e a introdução no sistema de procedimentos de tática litigiosa que abalam a sua validade. Nos Estados Unidos, por exemplo, face à amplitude com que se admite a impugnação não fundamentada de jurados, tornou-se frequente, em acções de considerável projecção económica ou sócio-política, os advogados fazerem-se acompanhar de psicólogos que analisam o comportamento dos jurados face às perguntas preliminares e sugerem, depois, as impugnações a fazer. De onde resulta uma ampla margem de escolha pelas partes dos jurados que as hão-de julgar.

Não surpreenderá, assim, que o nível estatístico de intervenções do júri tenha decrescido nos Estados Unidos para cerca de quinze por cento do número total de processos e que o mesmo suceda na Europa, sobretudo na Bélgica e na França com as leis de correccionalização processual. Na Bélgica, depois da lei de correccionalização publicada em 1956, o número anual de intervenções nunca ultrapassou quarenta e foi, em alguns anos, inferior a vinte e cinco⁶.

⁵ *The improvement of the Administration of Justice*, 1971 – publ. American Bar Association.

⁶ *Le jury face au droit pénal moderne*, pág. 73.

Se é aparente a decrepitude do júri, o mesmo não acontece com outras formas de participação popular na administração da justiça. Aumentam os casos de atribuição de funções judiciárias a elementos não profissionais, particularmente no exercício da judicatura, e, aqui, quer a título unipessoal quer na composição de órgãos colegiais.

Como acentuou Marian Rybicki, os leigos, mais que os juízes, representam a opinião pública que conhecem através da sua experiência profissional e social, o que lhes possibilita um contributo valioso de aproximação entre a decisão e a realidade. Actuam, por outro lado, contra a rotina dos juízes e fomentam a desburocratização dos actos processuais, por não serem receptivos a intervenções de mera estratégia. A própria participação serve finalmente como escola de actividade pública e factor de compreensão e aceitação, pela comunidade, das leis e das decisões⁷.

Como, atrás apontámos, a participação de leigos tem sido incrementada mais como forma de melhorar a imagem social dos tribunais que em reconhecimento das suas virtualidades.

E a timidez das soluções é perfeitamente compreensível quando se atenta na tecnicidade e complexidade das actuais fórmulas jurídicas substantivas e processuais, fora do alcance de leigos.

O que tudo indica que, em sistemas jurídicos e judiciários como aqueles a que nos vínhamos referindo, a implementação de medidas desta natureza se possa traduzir não em solução mas em novo factor de agravamento.

O ideal jurídico fundamental da Europa, no século XIX, assentava na concepção de legalidade. O princípio da legalidade, de que o Estado de Direito se viria a reclamar, transformou-se em vector da actividade do intérprete.

O conceito de legalidade foi, entretanto, alargado com o constitucionalismo e explicitado com o desenvolvimento dos estudos de direito constitucional, por via da iniciação numa metodologia interpretativa de diferente cariz. Efectivamente, a hermenêutica do direito constitucional tem uma conformação própria de que se não pode dissociar, pela banda do intérprete, um razoável conhecimento e uma delicada sensibilidade em relação ao fenómeno político.

O magistrado, habituado a métodos interpretativos de feição exegética e positivista, desperta nessa altura para esta nova realidade: a de interpretar e aplicar textos, como são as Constituições, que polarizam as contradições, as ambiguidades e as utopias reinantes na sociedade.

Este o primeiro golpe no tipo tradicional de magistrado, habituado até então a operar num direito de características tecnocráticas e, por isso, claro, exaustivo e inteiramente codificado.

⁷ *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 23.º, n.º 3, pág. 553.

A linguagem do juiz constitucional é uma linguagem diferente. Este facto constituirá eventualmente o ponto de partida para a descoberta de vestígios de uma conversão de identidade das magistraturas.

E a este propósito, pedindo desculpa da extrapolação cronológica a que vou proceder – mas os ventos da história sempre têm soprado no nosso país com considerável atraso – não resisto à tentação de ler uma curta passagem de uma declaração de voto exarada em recente acórdão da Comissão Constitucional, exemplificativa do que se acaba de afirmar.

“Já o “governo de juizes” é defensável para o direito pré-constitucional. Com efeito, reportando-se este, quando inconstitucional, aos direitos, liberdades e garantias, consagrados em diversos diplomas que hoje são património da humanidade [conf. a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem], e sendo a judicatura particularmente sensível aos direitos do homem e às liberdades fundamentais, encontra-se em situação privilegiada para, através da sua actuação, restituir aos portugueses a plenitude da sua dignidade”⁸.

Ao fenómeno da introdução do magistrado na ciência constitucional sucedeu o da internacionalização progressiva do direito motivada pela criação de instituições superestaduais e pelo fluxo das correntes migratórias. Ocorre um novo alargamento de horizontes do magistrado que é chamado a aplicar o direito estrangeiro e o direito comunitário e a apreciar valores jurídicos próprios de países estranhos.

O direito ganha, ao mesmo tempo, uma carga social significativa. As modernas Constituições já não ignoram, ao lado dos direitos clássicos, o direito à cultura, o direito à habitação, o direito ao emprego e outros, enquadrados em previsões genéricas de direitos sociais e económicos.

Esta tríplice reconversão do âmbito e metodologia da decisão tem reflexos imediatos no substrato tradicional das magistraturas. Não é de estranhar que se criem então tribunais especializados e métodos selectivos que possibilitem a escolha de elites de magistrados capazes de responder a funções que excedam a rotina habitual.

No limiar dos anos sessenta, poder-se-ia dizer que a crise não era já uma crise de estagnação mas de definição.

Na verdade, a inadequação das estruturas judiciárias tornava-se consciente para grande número de magistrados, desenvolviam-se hábitos de diálogo interprofissional, tomavam vulto

⁸ *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 269, pág. 82.

movimentos de sindicalismo judiciário, acentuava-se a inquietação dos magistrados, sobretudo dos mais jovens, pelos sintomas e pelo significado da crise do direito.

Os resultados não se fizeram esperar.

No domínio criminal, foi visível a tendência para se subestimar os crimes contra o património em benefício dos crimes praticados com violência. As próprias decisões começaram a reflectir um conceito de cidadania em que o espírito de desenvolvimento económico dá lugar à ideia de “qualidade de vida”.

Adquiriu-se consciência de que neutralidade não significa reduzir o magistrado a tábua rasa disponível para receber acriticamente as mais diversas pressões de natureza política e que o magistrado, no respeito pelas fontes de direito a que deve obediência, tem de enriquecer-se ética e culturalmente, por forma a criar os seus próprios quadros de referência.

Estes sinais de conversão interior não chegam, é certo, para diagnosticar a instalação de uma nova identidade nas magistraturas, reveladora de transformações substanciais do seu molde de estar na sociedade. Mas as coisas irão precipitar-se a partir de meados da década de sessenta.

Por esta altura, toma vulto na Europa central e ocidental um movimento de massas, ainda pouco estudado, mas que constitucionalistas e sociólogos aceitam corresponder à contestação dos métodos clássicos da democracia representativa, em favor de esquemas integrados de democracia semidirecta.

Na Inglaterra, na França, na Alemanha Federal, na Holanda, na Itália, na Dinamarca e na Suíça, entre outros países, multiplicam-se as formas de abertura à participação popular na feitura das leis e na elaboração dos actos administrativos.

Como lucidamente observou Burdeau, “a sociedade passou de uma democracia de cidadãos a uma democracia de homens situados”. “Homem situado” é o que hoje encontramos nas relações da vida quotidiana, tal como o caracterizam a sua profissão, o seu modo de vida, os seus meios, os seus gostos e necessidades, as oportunidades que se lhe oferecem. Homem que se revela pela sua maneira de ser e não, como o cidadão, como abstracção extraída de uma reflexão filosófica sobre o próprio ser⁹.

A transição de sistemas democráticos predominantemente políticos para democracias económicas e sociais atrai a participação dos grupos para a elaboração de planos que hão-de definir as grandes linhas orientadoras de questões como o emprego, a protecção na doença e na terceira idade, a segurança no trabalho.

⁹ Cit. por Herbert Maisl, *Formes et techniques de participation du public a l'élaboration d'actes législatifs et administratifs*, pág. 5.

Ao mesmo tempo, o gigantismo das cidades e as crises económicas estimulam o instinto reivindicativo da comunidade em questões vitais como as do urbanismo, da poluição, da defesa do consumidor.

O associativismo cresce em proporções nunca antes observadas. Na França, o número de associações atinge as trezentas mil e a cifra progride na ordem das vinte mil por ano.

Estes movimentos, perfeitamente caracterizados como fenómenos de massas, produziram efeitos imediatos na condução dos negócios políticos, instalando em alguns países verdadeiros governos de opinião. É, aliás, curioso, constatar como as forças políticas se apresentam a reclamar-se desta tendência. Veja-se o caso da Holanda, onde o Partido “Democratas 66” organizou o seu programa a partir dos princípios defendidos, neste domínio, pelos Probos, grupo contestatário e semi-anárquico próximo do movimento Hippy¹⁰.

A generalização do fenómeno participativo vai ocasionar uma influência decisiva nas estruturas jurídicas e acelerar o processo de conversão das magistraturas.

Repare-se que ele tem na sua origem uma dominante contestatária que corresponde essencialmente a uma radical mudança de atitude acerca da autoridade. Os indivíduos, sobretudo os mais jovens, estão menos dispostos que outrora a aceitar que outros decidam por si. Verifica-se uma nítida deslocação do poder à qual os governos não podem continuar estranhos.

Deste modo, começam a proliferar, no aparelho de Estado, órgãos consultivos destinados a canalizar a participação dos grupos na elaboração das leis e das decisões da Administração.

O número destes órgãos já ultrapassou, na França, os cinco mil, colocando o país à beira daquilo a que Dupuis, com oportuna ironia, apelidou de “confusão consultiva geral”.

Não tardariam os primeiros reflexos nas instituições judiciais.

Pondere-se este caso exemplar acontecido na Suíça:

Em Maio de 1974, um perfeito interdito o filme “História d’O” que o Movimento de Emancipação da Mulher queria projectar em Fribourg. Aquela organização recorreu então para o Tribunal Federal. No julgamento, os juizes decidiram que “não se tratando embora de um filme de tese propriamente dito, destinado a atrair os espectadores para uma causa determinada, “História d’O” foi utilizado pelo Movimento de Emancipação da Mulher como meio de expansão das ideias por si defendidas. O Governo cantonal sustentara que o filme era susceptível de encorajar o aborto que, na Suíça, é objecto de repressão criminal. Mas o Tribunal recusou peremptoriamente o argumento. Se – replicou – existe na Suíça uma iniciativa popular que reclama a descriminalização do aborto e “os eleitores serão certamente consultados sobre a

¹⁰ Franz van der Burg, *Participation et représentation de intérêts*, pág. 2.

eventual revisão dos textos legais o problema do aborto ultrapassa então, na hora, actual, o quadro da moral individual para assumir aspectos de política nacional”¹¹.

É importante ferir que a Suíça é provavelmente o país da Europa com uma mais forte tradição participativa, *máxime* através de referendo. Os suíços pronunciaram-se por esta forma 282 vezes, desde 1848 a 1977.

O fenómeno participativo atingiu o próprio interior do aparelho de Estado, instituindo-se órgãos de gestão descentralizada – aquilo a que já se chama “democratização das instituições públicas” – que modificaram a imagem da administração perante os cidadãos. O que não é de somenos num sector mercado tradicionalmente por um contencioso de mera legalidade.

A participação teve igualmente consequências importantes no domínio legislativo.

As leis estão a sofrer alterações estruturais de forma e de fundo.

Formalmente, os diplomas começam a perder o seu rigor conceitual – próprio de uma elaboração até então tecnocratizada – e a assumir um carácter de muito maior generalidade relevante do processo participado da sua feitura.

Substancialmente, as leis aparecem agora muito mais próximas dos interesses da comunidade ou de grupos determinados da comunidade, aumentando o coeficiente da sua aceitação pelo público.

Esta última circunstância vai facilitar a aplicação do direito mas confere-lhe ao mesmo tempo uma força que obrigará o intérprete a não desprezar, na actividade interpretativa, os dados da sociologia.

Os sinais de compreensão desta nova realidade por parte de sistemas judiciários surgem premonitoriamente na Suíça quando a Constituição, pondo, de algum modo, em crise os conceitos de Estado de Direito e de protecção das minorias, proibiu o Tribunal Federal de sindicarem a constitucionalidade dos diplomas já submetidos a referendo¹².

Na trajectória que tentamos desenhar divisamos primeiramente o magistrado “sacerdote e mágico”, depois o magistrado exegeta e glosador. Qual o tipo de magistrado que corresponderá à nova situação, em que confluem efeitos da desagregação do aparelho judiciário e elementos novos, iniciados com a introdução do magistrado em áreas que exigem uma diferente metodologia judicial –o direito constitucional, o direito estrangeiro e o direito comunitário – e depois complementados com um movimento global de conversão do sistema jurídico?

Estaremos perante, aquilo a que, na Alemanha, se começa a chamar “arquitecto social”? O magistrado, como interveniente, em sentido criativo, nas estruturas da sociedade?

Há, aqui, que fazer algumas distinções.

¹¹ Etienne Grisel, *L’initiative et le referendum en Suisse*, pág. 8.

¹² Etienne Grisel, *ob. cit.* pág. 12.

Em primeiro lugar, e sem pretender com isto excluir a possibilidade de recíprocas influências entre os sistemas judiciários continental e anglo-saxónico, não é crível que a tradição germano-românica venha a ceder perante um direito que, mau grado a sua reconhecida praticabilidade, é considerado pelos juristas continentais como menos científico.

Em segundo lugar, não é provável, ainda mesmo que fosse de desejar, que sistemas políticos organizados em Estados de Direito e, por isso, tão ciosos dos princípios clássicos da separação de poderes, façam concessões no sentido de que os tribunais possam responder por uma forma “quase-legislativa” ou “quase-executiva” às necessidades da sociedade.

Não é finalmente de esperar – e este um dos perigos de qualquer polémica centrada sobre este sector – que a identidade das magistraturas venha a beneficiar se se vier a cair numa atitude de contestação sistemática acerca de modelos profissionais historicamente conhecidos. Como escreveu Renato Treves, “se é lícito notar que a concepção do juiz como puro exegeta é defendida pelas correntes mais conservadoras da magistratura e que o antiformalismo e a concepção do juiz como criador de direito são sustentados por elementos mais modernos e dinâmicos, é um erro afirmar, em geral, que o formalismo e o antiformalismo são respectivamente conservadores e progressistas. O juiz vinculado à lei é um argumento para justificar a democracia e as ditaduras e uma arma para combatê-las”¹³.

O que nos aguarda, então, magistrados, nesta sociedade que terá possivelmente atingido a sua hora da verdade?

Diremos, sem reservas, que estamos optimistas.

Pensamos efectivamente que se estão a criar condições que levarão as magistraturas a assumir uma função social que não teve precedente na história. Função que irá traduzir-se numa actividade eminentemente ordenadora, pedagógica e, por isso, de intervenção.

Não está em causa – sublinhe-se – que à utopia “governo de filósofos” se venha a substituir a utopia “governo de magistrados”.

Mas é legítima a expectativa de que, à blocagem das instituições judiciárias, se suceda uma fase em que os cidadãos, os grupos e a comunidade poderão contar com uma efectiva tutela para os seus direitos.

Como, pois, redefinir a identidade das magistraturas?

Tentaremos autonomizar questões que merecem tratamento separado: a questão da conversão profissional; a questão do funcionamento das instituições judiciárias; a questão da diferença específica entre as funções judicativas e de Ministério Público.

¹³ Renato Treves, *La ideologia dell'a magistratura italiana*, prefácio.

A primeira questão – da conversão profissional do magistrado – é afinal o retomar do mote que nos trouxe aqui: exegeta ou “arquitecto social”?

Mas terá a alternativa verdadeiramente uma resposta? Ou seria a resposta, ela própria, portadora do germen de uma nova crise de identidade? Crise que não seria já a de um magistrado mantenedor de textos mortos perante uma sociedade viva mas a de um magistrado elemento suplementar da equivocidade e incerteza do direito? Como superar o risco de que a tirania do legislador venha a dar lugar à tirania do intérprete?

Eis, parece-nos, o grande desafio que nos está a ser lançado. Somos, sem dúvida, elementos privilegiados da redefinição de identidade exigida pelas novas condições de vida em sociedade.

O esforço observado na generalidade dos países no sentido de garantir a profissionalização de quadros (estamos a lembrar-nos do número cada vez maior, de escolas e centros judiciários destinados à formação de magistrados) tem de ser correspondido por um empenhamento pessoal que se não circunscreve a aspectos técnicos mas esteja fundamentalmente orientado para o enriquecimento da personalidade, com acento tónico no aperfeiçoamento da cultura e do carácter.

A formação judiciária tem de consistir predominantemente num processo de sensibilização para uma actividade onde não deve ter lugar o individualismo e o isolacionismo e que exige do magistrado uma vontade mais dirigida à pedagogia do direito que à sua aplicação fria e abstracta.

O alargamento da participação popular na administração da justiça, conseqüente ao desenvolvimento dos movimentos associativos e participativos atrás descritos, obrigará o magistrado profissional a invadir ramos do saber até agora negligenciados – caso da sociologia e da psicologia – se quiser contribuir para uma justiça participada sem quebra da unidade do sistema judiciário.

A incremento da assessoria técnica – efeito de um recuo na tendência especializadora e fraccionista a que vínhamos assistindo – imporá, por outro lado, ao magistrado profissional, na sua essência um generalista, conhecimentos que o habilitem a uma síntese dos dados periciais, dados obtidos frequentemente à custa de métodos contraditórios de análise.

O magistrado terá de possuir uma perspectiva correcta da sua dimensão, a cada momento. Não descurará, por isso, a formação permanente como factor de actualização e de desintoxicação da rotina profissional.

A segunda questão – funcionamento das instituições judiciárias – conhece igualmente coordenadas próprias.

Grande número de países aceita hoje a conveniência em se abolir ou mitigar fenómenos de “carreirismo judiciário” que reduziram o magistrado a elo de uma máquina hermética e

burocratizada, progredindo segundo critérios meramente temporais e, por tal sorte, que apenas razões de longevidade e robustez física fizeram, algumas vezes, de um sofrível magistrado de primeira instância um medíocre magistrado do Supremo Tribunal. Começa outrossim a entender-se que as magistraturas só ganham com a não estratificação corporativista das carreiras e que se aproxima o momento em que já não terá sentido discutir-se a legitimidade de um cidadão exercer uma função de soberania só pela circunstância de não ter aguardado na mesma “bicha” em que marcaram passo elementos profissionalizados desde início.

A vizinha-se, noutra perspectiva, o tempo da simplificação e desburocratização processual que reconduzirá o magistrado à sua função originária, desestimulando-o da sobrevalorização das fórmulas e do apego às decisões prejudiciais da instância.

Situação que está, de resto, a acontecer com a nova maneira de legislar. Começa a ser corrente a adjunção de regras processuais a diplomas elaborados com a participação de grupos ou forças sociais. A crise de desconfiança acerca das instituições judiciárias leva as pessoas a reclamar a normatização não só do conteúdo dos direitos mas igualmente do seu exercício.

Encontrando-se, assim, as magistraturas confrontadas com realidades que as projectam para uma nova identidade, qual o papel específico que é possível distinguir na magistratura judicial e na do Ministério Público? Eis a terceira questão.

Não irei desenvolver os termos da polémica gerada à roda do enquadramento constitucional do Ministério Público, desde a concepção clássica, provavelmente bebida no sistema judiciário francês, que o reduziu a longa *manus* do poder governamental, até à corrente que viria a tomar forma em meados deste século e que teve como expressão precursora e mais acabada a Constituição Italiana de 1947 ao instituir o Ministério Público como órgão judiciário *stricto sensu*.

É, no entanto, conveniente esclarecer que, em países que ainda não institucionalizaram a autonomia do Ministério Público, estão a surgir praxes políticas ou regras jurisprudenciais que proíbem ou condicionam a ingerência dos governos nos assuntos do Ministério Público.

Apesar de se ter de reconhecer que as actuais formas organizativas dos chamados Estados de Direito – em que os governos aparecem muitas vezes politicamente responsabilizados perante os parlamentos e destes dependentes – tornam algo problemática uma total desvinculação em relação ao executivo, é possível encontrar o necessário ponto de equilíbrio entre as exigências da autonomia e as de evitar o bloqueamento do sistema político.

O que é certo é que a imagem do Ministério Público sofreu uma profunda alteração e que estão hoje fora de questão princípios como os da legalidade e da objectividade, por toda a parte aceites e defendidos como centrais à instituição.

Pode, é certo, ter de perguntar-se se a judicialização crescente do Ministério Público o não

estará a converter numa espécie de segunda natureza da judicatura, órgão passivo e requerido, que deixará em aberto um espaço – autêntica terra de ninguém – onde faltará um verdadeiro órgão impulsionador e dinamizador do interesse social.

Não cremos que haja tal risco, aliás, denunciado já por Foshini a respeito do exercício da acção penal.

Pelo contrário, parece-nos que a magistratura judicial e a magistratura do Ministério Público correspondem hoje à necessidade de autonomizar dois diferentes momentos teleológicos da intervenção dos tribunais: a tutela dos valores de justiça e a tutela dos valores de Estado.

Não pode duvidar-se que os Estados, com a sua actual vocação para o dirigismo económico e social, correm o risco de se converterem em máquinas devoradoras daquilo a que se convencionou chamar iniciativa individual. Países mais sensíveis a esta temática, como é o caso da Inglaterra, começam a inquietar-se quanto ao perigo de “erosão dos direitos individuais”.

Contrapartida ou não desta tendência, multiplicam-se, no âmbito de organizações internacionais, as convenções e os acordos destinados a garantir os direitos dos cidadãos. E já não seria inédito o facto de um Estado se apresentar perante um tribunal internacional a declarar o seu “mea culpa” quanto à infracção a tais direitos.

Isto aconselha a que se entregue a entidades distintas a defesa das duas ordens de valores. O Ministério Público ficará com a função de promover e dinamizar os valores que o Estado, em dada conjuntura, intenta realizar. Função a que corresponde uma actividade de intervenção imediata, de iniciativa e de criatividade.

A judicatura constituirá a rectaguarda da protecção dos valores de justiça. Valores que podem, em situações-limite, transcender a própria expressão do direito codificado. É uma actividade de mediação e, mais remotamente, de criatividade.

As duas magistraturas são, afinal, pedaços de um todo, em que se presente um objectivo de “arquitectura social”: ordenar a sociedade, através de uma aplicação pedagógica, criadora e, como tal, interveniente, do direito.

Objectivo que é, hoje, um desafio à nossa capacidade mas também motivo de esperança e de legítimo orgulho.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O insustentável Peso do “Ser” e o “Mal-Estar”



[José Narciso da Cunha Rodrigues]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Insustentável Peso do “Ser” e o “Mal-Estar”

Publicado na Revista Ser Juiz Hoje, Associação Juizes pela Cidadania, Almedina, Lisboa, 2008, pp. 45 e sgs.

O exercício de funções numa instituição multicultural reforçou a minha convicção sobre a riqueza da língua pátria.

Confirmei esta percepção quando me informaram do tema que deveria desenvolver:

“Ser juiz, hoje!”.

Assaltaram-me então algumas ideias, ainda pouco organizadas, mas sempre girando em torno de um eixo em que, de um lado, está o “ser” e, do outro, o “estar”.

Por reacção mais intuída que racionalizada, reflecti que, nas sociedades complexas, a posição do juiz está perigosamente a encaminhar-se para um anti-clímax do “ser” e para um deslizamento do “estar”.

O meu contributo para este debate partirá de uma hipótese em que a figura do juiz, auto-analisada ou hetero-observada, tende para a hiperbolização do “ser” e para a desvalorização do “estar”.

Falarei, por um lado, do insustentável peso do ser e, por outro lado, do mal-estar.

Distanciado do meu país e sujeito a uma obrigação de reserva em relação aos Estados-membros da União, é meu dever esclarecer que, na exposição que se segue, quando for meu propósito concretizar, di-lo-ei.

No restante, procurarei fazer uma descrição de carácter geral, certamente beneficiária de factos históricos, mas que não deverá ser aproveitada para ilações fáceis. Proponho, neste sentido, que seja aceite a presunção de que, quando o contrário não resultar do que afirmo (a fórmula não é da minha autoria, como sabem) qualquer semelhança com a realidade portuguesa será pura coincidência.

Os modelos de justiça oscilaram com os tempos e, quase sempre, agrilhoaram o juiz a determinadas caricaturas.

O juiz da antiguidade é visto como intermediário dos deuses e oráculo da verdade e, por isso, envolvido na transcendência das religiões e dos mitos; na idade média, é longa mão dos

senhores feudais e, deste modo, servidor de poderes dispersos; na modernidade, segundo a caricatura de Torga e a inspiração de Chaplin, tende para ser “parafuso da engrenagem social; na pós-modernidade, dizem-no uma espécie em busca de refundação, ofuscada pela incandescência de novos actores sociais mas, paradoxalmente, último responsável pela “ordem” e pela “desordem”.

Eis um *ser* permanentemente exposto a identidades mutantes e contraditórias.

Identidades devastadoras no plano pessoal e profissional.

Se revisitarmos o tempo de duas ou três gerações e utilizarmos apenas a memória dos vivos, recordaremos o número incontável de servidões que pesavam sobre o juiz. Uma vez, impostas por normas estatutárias, outras vezes resultando de regras de conduta, frequentemente meros perfis de uma formação ou de uma deformação adquiridas em muitos anos de exercício do cargo.

Eis uma lista não exaustiva de interditos:

- o juiz não podia exercer funções na comarca em que tivesse nascido. Não tendo ainda despontado o problema das valências hospitalares, era suposto que o tipo normativo de juiz era o da criança nascida em casa dos pais, berço a que não deveria regressar como profissional;
- o juiz não podia exercer funções na mesma comarca, mais que seis anos, salvo nas grandes metrópoles. Pensava-se que o juiz integrado na comunidade perdia a sua independência e a sua aura de intocabilidade;
- o juiz não podia exercer funções em tribunais em que trabalhassem parentes ou afins, o que entroncava directamente em razões de independência e imparcialidade;
- o juiz deveria residir na sede da comarca. Assegurava-se, por esta via, a disponibilidade e a visibilidade das funções;
- o juiz não podia falar de processos e deveria ser reservado nas opiniões. Estavam aqui em jogo a discricção, o princípio da suficiência do direito dito pelas formas legais e uma concepção de *justiça poder nulo* à maneira de Montesquieu.
- o juiz estava obrigado, (refiro-me, nesta parte, a um tempo anterior ao 25 de Abril), a subscrever um documento em que declarava encontrar-se inserido na ordem estabelecida, com activo repúdio do comunismo e de todas as ideias subversivas.

Ao lado destas servidões legais, havia outras motivadas pela origem do recrutamento e pela estruturação da personalidade.

Como se pode ver de abordagens sociológicas então realizadas, uma razoável parte dos magistrados judiciais tinha feito estudos preparatórios em seminários e cultivava uma disciplina forjada nas humanidades.

Era, por outro lado, particularmente sensível à ideia de missão e às questões da moral e da ética.

Quando, aos quarenta e muitos anos, chegava a uma comarca urbana, o juiz (falo no masculino para ser fiel à história) tinha assimilado o estatuto de “nómada” e era “chefe” (continuo a reportar-me à história) de uma família desenraizada.

Estava normalmente imbuído de um conceito de ascensão profissional estratificado por categorias. Começava por delegado do procurador da República, chegava a juiz e, dentro de cada carreira, percorria três escalões – terceira classe, segunda classe e primeira classe.

Naturalmente, havia filhos nascidos em comarcas diferentes, o que, quando se tratava da época das matrículas escolares, constituía um quebra-cabeças para juízes mais distraídos que hesitavam sobre as conservatórias a que deveriam pedir as necessárias certidões de nascimento.

Esta situação prestava-se a exercícios de humor de esposas virtuosas que nem sempre representavam o que a afirmação continha de psicologicamente rigoroso quando diziam:

“Temos quatro filhos, cada um de pai diferente: dois, do delegado, um, do juiz e o último, do corregedor!...”.

É difícil saber em que medida estes traços ou alguns destes traços permanecem, como cicatrizes, na personalidade de determinados magistrados judiciais.

É certo que o mundo judiciário se revolucionou, desde logo com a entrada da mulher nas magistraturas.

Mas alguns sintomas subsistem.

O sexénio desapareceu, mas agora é a desertificação do interior a atrair os magistrados para comarcas onde tenham melhores condições de vida, o que implica um itinerário progressivo das terras altas para o mar ou das ilhas para o continente.

O dever de residência “anarquizou-se”, mas as obrigações de presença aumentaram.

Os juízes continuam impedidos de exercer funções em contiguidade com parentes e afins.

Os deveres de reserva permanecem, agora em condições históricas radicalmente diferentes.

O urbanismo e a porosidade demográfica explodiram e a visibilidade social do juiz “democratizou-se” muitas vezes no pior sentido.

Numa grelha de análise de duas ou três gerações, o modo de *ser* de ontem era o de um magistrado isolado da sociedade mas numa fácil relação com a comunidade, na medida em que esta era homogénea, avessa à pluralidade, obediente à ordem e regulada por um sistema de normas calibrado para um mundo essencialmente rural.

O juiz era também o representante mais visível e mais facilmente aceite de todos os protagonistas da coerção e da pacificação.

Representava o universo dos valores e a sua presença era, em si mesma, sinal da importância de uma determinada comunidade.

No plano simbólico, garantia os anseios de liberdade e de segurança e tinha, nas representações sociais, uma importância que excedia as funções que lhe estavam cometidas.

Efectivamente, o juiz foi, durante o Estado Novo, titular de funções que aplicavam saberes predominantemente técnicos.

O sistema judicial estava organizado de forma a que as questões de poder estivessem fora das jurisdições ou concentradas em jurisdições especiais.

Por outro lado, ao invés do mundo anglo-saxónico e mesmo de certas tendências da Europa continental, a cultura judicial prevalecente era positivista e muito formalista, particularmente depois que as escolas de Coimbra e de Lisboa fizeram subir a cotação científica do processo civil e os inspectores judiciais se encarregaram de construir um conceito de mérito muito colado à proficiência com que os juízes manejavam os códigos de processo.

As elites do regime apreciavam este modelo de juiz: vigilante dos costumes, irrepreensível na postura, trabalhador incansável aplicando com sentido de missão saberes geralmente desligados das questões sociais, pouco sensível ao pluralismo e às incidências do poder.

Não é escandaloso reconhecer que, em muitos tribunais, não existia nenhum texto compendiado da constituição.

Muito em consequência do que acabei de descrever, o juiz cultivava, no plano do *ser*, um grande individualismo (que crescia à medida que ascendia na carreira), estava excessivamente virado para dentro de si e do seu grupo familiar, descolava da realidade ou observava-a normativamente e declarava-se, quase sempre, manietado pelo volume de trabalho.

Como pessoa, era comum a sua preocupação em fazer com que a relativa magreza do salário assegurasse a dignidade e a relevância do estatuto social. Como profissional, aguardava com serenidade ou com ansiedade, segundo a natureza temperamental, a promoção aos tribunais superiores.

Uma vez aposentado, aguardava-o uma velhice de profunda solidão, com memórias dispersas por dezenas de lugares, familiares repartidos por onde tinha passado e apenas alguns

motivos de congratulação pessoal: o título correspondente ao último cargo, a consciência do dever cumprido e o respeito dos vizinhos, se acontecia regressar à terra de origem.

Este modo de *ser* reflectia-se na maneira de *estar*.

As relações com o poder político eram de uma sobriedade elementar, somente perturbada quando havia que preencher lugares de escolha e, mesmo aqui, mais alimentadas pelo rumor que pelo conhecimento.

De uma certa maneira, podia dizer-se que o *ser* se sobrepunha ao *estar*.

Podia falar-se do homem-juiz como alguém impregnado de um estatuto que compreendia um corpo de doutrina, uma mundividência e um estilo de vida. Este estilo caracterizava-se por uma aptidão profissional de natureza técnica e por uma disponibilidade em que o aprimoramento cultural, a família e as relações sociais tinham o espaço consentido pelos processos.

Não se pense que fiz o esboço de gerações de infelizes condenados à profissão de juiz.

Pelo contrário, a sociedade da época permitia que as funções fossem exercidas com grande interioridade, com reconhecimento público e com o sentido (relativo, dadas as contingências que referi) de utilidade social.

Por isso mesmo, retenho na memória narrativas de muitos juizes sobre os incontáveis sacrifícios que o cargo impunha mas ser-me-ia difícil recordar casos em que o desabafo não terminasse com este epílogo:

“Se pudesse regressar à minha juventude, voltaria a ser juiz!”.

Poderei então classificar este *flash* como retrato de juiz com regime autoritário e sociedade pós-rural ao fundo.

O quadro que descrevi não era, no entanto, exclusivamente português.

Se alargarmos os horizontes, encontraremos, noutros países, situações que não eram substancialmente diferentes.

O que as separava era a natureza e o grau de evolução da sociedade envolvente.

Com efeito, se descontarmos os países em que vigorava o modelo anglo-saxónico, depararemos, na generalidade, com sistemas judiciais profissionalizados, em que eram marcantes as origens napoleónicas e em que o elemento mais diferenciador, considerada a situação portuguesa, repousava numa mais profunda integração social do cidadão-juiz e na atitude política e cívica que as funções judiciais suscitavam na opinião pública.

Os últimos trinta anos globalizaram muitas das condições que rodeavam o funcionamento da justiça.

Desde logo, desvaneceu-se a centralidade do direito e da justiça.

As sociedades passaram a ciclos mais rápidos de estruturação e de desestruturação e o charme discreto do jurista cedeu lugar a outros protagonistas que falavam em nome de saberes mais acessíveis ao conhecimento e sugestivos para as crenças.

Em particular, a economia, observada como instrumento do desenvolvimento e do consumo e a gestão, com a sua conotação de fiabilidade típica das ciências exactas, substituíram, no mercado de trabalho, postos até então reservados a juristas.

Ao mesmo tempo, as leis trivializaram-se pela inflação e pela retórica política. Legislar passou a ser uma forma de “governar”.

Noutra perspectiva, pareceu indicado aplicar o modelo do Estado-providência à justiça.

Devendo a cada direito corresponder uma acção, entendeu-se modular o acesso à justiça tendo por único critério as necessidades do utilizador. Dito de outra maneira, quem julgasse ter um direito deveria poder introduzir uma acção em justiça e, onde dinheiro não houvesse, el-rei o pagaria....

Nasceu daqui uma das maiores frustrações dos Estados de direito.

Como todos os sistemas de produção intelectual, a justiça tem uma flexibilidade limitada.

A breve trecho, falhou a capacidade de resposta.

Mais grave foi ter de reconhecer-se que a grande expectativa que se tinha posto numa concepção de juiz mais orientada para a tutela da cidadania e dos direitos fundamentais tinha afinal uma imponderável carga de utopia.

A fragmentação dos saberes, as novas aquisições das ciências e das tecnologias, a explosão e a globalização dos mercados que não conhecera maior ruptura desde que, no século dezassete, se substituíra o valor de uso pelo valor da troca, todo este movimento originou uma multiplicação de disciplinas jurídicas e produziu sobre-especialização.

A ideia do juiz formado na unidade de saberes e tão dotado de sabedoria como atento às ciências foi substituída pela tentação enciclopédica, pela tecnocracia e pela burocracia judicial.

E, não obstante, dificilmente se encontrou uma época em que fossem melhor asseguradas as condições formais de independência dos tribunais.

A criação de conselhos superiores, particularmente em países que tinham sofrido regimes autocráticos e uma maior atenção aos problemas de separação de poderes, mesmo no interior dos sistemas judiciais, outorgaram aos juízes um estatuto formal sem precedentes.

Esta evolução, como todos os acontecimentos sociais, era portadora de ambivalências.

Uma, e não pouco importante, foi a de ter potenciado a independência funcional à custa do isolamento do juiz face a outros importantes actores, especialmente os políticos.

Outros factores, todavia, emergiram, com influência nos modos de *ser* e de *estar* do juiz.

Referirei quatro: as relações com o poder político, a sociedade da comunicação, o sindicalismo judiciário e a opinião pública.

As relações com o poder político evoluíram, na generalidade dos países, para uma considerável autonomia em proveito do judicial.

Este movimento iniciou-se como reacção a regimes totalitários ou autocráticos e expandiu-se, depois, como garantia de independência dos sistemas judiciais e de aprofundamento do Estado de direito.

Os Estados europeus que primeiramente adoptaram esta experiência saravam ainda as feridas da guerra e procuravam na protecção dos direitos fundamentais e no projecto pan-europeu formas sustentadas de crescimento democrático, económico e social.

Neste objectivo, os tribunais foram vistos como aliados.

Como é conhecido, a convenção europeia dos direitos do homem constituiu um dos primeiros instrumentos verdadeiramente abertos à judicialização de direitos. Mas quem quiser fazer a história da evolução da ordem jurídica comunitária, no potencial que foi adquirindo de tutela dos direitos fundamentais, verificará que os tempos fundadores se cumpriram num diálogo intenso e, por vezes, difícil entre o Tribunal de Justiça das comunidades europeias e o Tribunal Constitucional alemão.

A esfera política e a esfera judicial estavam já então bem definidas e pensava-se que a autonomia dos tribunais só poderia contribuir para esta clareza de fronteiras.

Isto mesmo foi dito, entre nós, durante a Constituinte, em particular quando foi apreciada a questão do Ministério Público.

Já nessa altura, em resultado nomeadamente da influência de correntes de pensamento formadas no seio de associações e sindicatos de magistrados, se dizia, em alguns países da Europa, que nada seria como dantes.

E não foi.

O futuro reservava, porém, outras e maiores surpresas.

Enquanto a teoria do Estado não beneficiava de novos e substanciais contributos, a vida política, essa sim, confrontava-se com solicitações que deslocaram o centro de gravidade dos poderes.

Os problemas da participação, da transparência e do acesso dos cidadãos aos processos de decisão inundaram a vida política e a resposta encontrada foi, aqui também, a mais apropriada às exigências de ciclo: legislar, legislar, legislar...

A repriminção e ampliação dos crimes de responsabilidade, a expansão das providências cautelares, o controlo de incompatibilidades, o controlo de rendimentos de titulares de cargos políticos, o controlo do financiamento de partidos políticos, o registo de interesses, os códigos e conduta, tudo isto deu lugar a ordenamentos complexos ou a meros instrumentos de *soft law* cujo destinatário final seria inevitavelmente o sistema judicial; num primeiro impacto, o Ministério Público; logo a seguir, o juiz.

Este movimento determinou o aparecimento de rotas de colisão entre o poder político e o sistema judicial e, mais tarde, o alastramento de suspeições.

É inoperante procurar responsáveis ou contabilizar perdas.

Mais indicado é reflectir sobre as causas, interpretar os sintomas e encontrar respostas.

Uma primeira observação é comum a países de tradição anglo-saxónica ou continental.

Depois de judicializada a vida política (e quem o podia fazer senão o legislador?) os responsáveis começaram a lançar sobre o sistema judicial o grande anátema, em palavras que o Senhor de la Palice invejaria:

“A vida política – concluíram –... está judicializada!”.

As reacções de incompreensão foram recíprocas e, em alguns pontos, fundadas.

Os agentes políticos alegavam que a regulamentação da transparência comprimiu, de forma desproporcionada, os seus direitos cívicos, que a actividade política deveria fundar-se em critérios de *public choice* inconciliáveis com o controlo jurisdicional, que a lentidão da resposta dos tribunais era incompatível com exigências de governo e que a justiça tinha tirado a venda dos olhos e passara a adoptar programas e *timings* em função de calendários políticos.

Estas suspeições recaíram inicialmente sobre o Ministério Público e, em seguida, sobre a magistratura judicial.

Da parte dos juízes, foram manifestas as dificuldades de lidar com este tipo de conflitos e defender a autoridade dos tribunais.

Mais adiante, voltarei a este aspecto.

De resto, é interessante sublinhar o paralelismo da evolução verificada em alguns países de *common law* e em sistemas de tradição semelhante ao nosso, nomeadamente de autonomia judicial. Como, num interessante estudo, referiu Helen Cunningham, a função de manutenção da confiança na justiça e de resposta a tendências da opinião pública foi tradicionalmente reconhecida ao procurador-geral e ao parlamento. Exercendo, por inerência, funções executivas, o procurador-geral juntava-se aos membros do parlamento para sair em defesa dos juízes com o objectivo de restituir a confiança e de assegurar a serenidade que é essencial à função de julgar.

Esta tradição quebrou-se com a judicialização da vida política.

As intervenções políticas passaram a ser feitas não para salvaguardar a confiança nos tribunais mas para restituir a confiança na vida política, algumas vezes, como se pode imaginar, com reflexos no modo como o cidadão comum passou a encarar a afinação da balança da justiça.

Curiosamente, idêntico fenómeno sucedeu, por diferentes razões, onde nem sequer nenhuma tradição existia a este respeito. As expedições do procurador-geral em defesa da justiça foram, a curto trecho, analisadas por juízes ou por associações de juízes como tentativa de expropriação das competências ou do protagonismo da magistratura judicial e não raro vilipendiadas, o que contribuiu para a imagem de um sistema judicial corporativo, desregulado e conflitual.

A segunda questão é a do sindicalismo judiciário.

A primeira perplexidade – tem sido dito - reside na contradição de titulares de um órgão de soberania associados sindicalmente.

É compreensível a observação, mesmo quando feita à luz de acontecimentos datados, como são, por exemplo, os que acompanharam, em Portugal, a transição democrática.

Vendo, todavia, mais fundo, não pode ignorar-se a tendência que alastrou a muitos países, de dotar os juízes de estatutos idênticos aos do funcionalismo do Estado. O que quer dizer, titulares de órgão de soberania quando julgam mas, no resto, funcionários públicos.

O sindicalismo surgiu com carácter de necessidade.

E, como em todos os movimentos, trouxe progresso e regressão.

Numa síntese relativa aos últimos trinta anos, na Europa, direi que foi, em muitas situações, um baluarte na defesa da independência dos tribunais, promoveu diuturnamente a dignidade da administração da justiça e constituiu-se em interlocutor eficaz dos decisores políticos quando, em virtude das referidas transformações, se acentuou o isolamento do judicial.

Em sentido negativo, admito que trouxe perplexidade e confusão à opinião pública, gerou, algumas vezes, nomenclaturas que disputaram o espaço de hierarquias oficiais e incorporou aspectos do sindicalismo que a natureza do judicial repudia, como é o caso da greve por motivo político.

Nesta espécie de balanço, o saldo é pouco importante.

O que é decisivo é reconhecer a existência deste espaço problemático do sistema judicial; para uns, vital; para outros, negativo; para muitos, indiferente.

Para mim, merecedor de atenção.

A independência dos juízes não pode ignorar a possibilidade de pressões internas e a liberdade crítica é feita de auto-vigilância.

Saber o peso que, na actualidade, a componente sindical representa na função profissional do juiz continua a ser uma boa questão.

Também a sociedade da comunicação (falo de coisa diferente da sociedade da informação) alterou o modo de *ser* e de *estar* do juiz.

Não tanto por aquilo a que, por vezes, se chama “quarto poder” para realçar o papel dos *media* no funcionamento do Estado mas, sobretudo, porque invadiu o quotidiano da justiça, exercendo sobre ele uma considerável pressão.

A vários níveis.

Em primeiro lugar, uma pressão sobre os intervenientes nos actos judiciais (partes, peritos, testemunhas, etc.), produzindo osmose entre factos e opinião, transformando agentes processuais em protagonistas, o que conduziu à adulteração das provas em função das expectativas da opinião publicada. Em segundo lugar, uma pressão sobre os tribunais, qualquer que seja a apreciação que se faça sobre a resistência e a imunidade dos juízes. Em terceiro lugar, uma pressão sobre o público, fomentando estados de opinião e influenciando a aceitação ou a rejeição das decisões, o que quer dizer a confiança.

Outros o disseram: como na biologia aplicada, a simples presença do observador altera o terreno observado. O valor-notícia dos casos judiciais, particularmente no domínio criminal, aproximou os *media* do pretório e transformou o terreno judicial.

Noutros tempos, a imprensa escrita limitava-se a casos de polícia e a crónicas de costumes inspiradas na alacridade do julgamento.

Hoje, os espaços reservados aos tribunais pela imprensa escrita e falada são impressionantes e novos actores mediáticos, inicialmente tirocinados na política, passaram a ocupar-se da justiça: *analistas* que procuram, no escrutínio da justiça, explicação para os males sociais; *juízes* que, a partir da compreensão epidérmica do processo, antecipam o desfecho e satisfazem a curiosidade do público; *examinadores* que classificam de zero a vinte os acontecimentos da vida colectiva e os seus protagonistas; ou, na linguagem bem-humorada dos brasileiros, simples *achistas* que começam normalmente por esclarecer que não são juristas nem conhecem o processo para, logo a seguir, “acharem que”...

Alguns dos referidos agentes de comunicação foram antecipados por filósofos do Estado quando definiam modelos de sociedades utópicas.

Quero pensar que é genuína a presença destes observadores e que o agenciamento de interesses ou até a intervenção por encomenda (registada em casos pontuais) constituem verdadeiras e lamentáveis excepções.

A verdade é que o juiz, como qualquer cidadão, é atingido por esta informação saturada, ficando, muitas vezes, com um dilema: isolar-se, correndo o risco de se transformar em ausente, ou prestar atenção, mas tendo então de adoptar medidas de profilaxia intelectual.

Noutros tempos, o juiz apoiava-se numa tensão interior, balizada pelo estudo e pela reflexão. Hoje, a informação converteu-se em ambiente e o juiz tem de defender-se da poluição.

Este espaço mediático expandiu-se e compreende actualmente a blogosfera.

E, aqui, novas questões se apresentam.

É errado ignorar esta componente da sociedade da comunicação que se está a impor pela acessibilidade, pela relevância das fontes, pelo imediatismo e pela qualidade científica e intelectual de muitos intervenientes. Mas ela veio ampliar as angústias descritas por Karl Popper quanto às reais possibilidades de auto-regulação dos *media* e de defesa dos direitos fundamentais.

Mais que nunca, navegar é preciso.

Mas é necessário estar atento aos escolhos.

Finalmente, a opinião pública.

Durante muito tempo, a justiça pode dizer o direito de uma forma pouco ou nada escrutinada. Era um terreno apenas acessível a iniciados e a mediatização era feita com respeito pela racionalidade própria do direito.

As formas e a profundidade do escrutínio dispararam com as novas tecnologias e com o interesse suscitado pela justiça.

Enquanto isto, os modelos processuais e de comunicação conservaram o seu tradicional imobilismo.

A voracidade da opinião pública sempre encontrou, na justiça, oportunidades inesgotáveis.

Agora, as tecnologias e o mercado alteraram as propriedades da comunicação.

Coisas que pareciam elementares, como o método jurisdicional de aproximação à verdade pela eliminação do erro em que se baseiam os meios de impugnação das decisões jurisdicionais são vistas como contradições ou percursos erráticos.

Aproveita-se o trivial para decretar que a justiça está morta e em estado de decomposição.

Os juízes ingressam na bolsa de opinião, com cotações anunciadas em setas para cima e para baixo ou em sinais de igual significado.

É certo que pode falar-se em espírito do tempo.

Estamos numa fase de transição de paradigmas e não dispomos ainda de chave para a resolução de alguns problemas.

Mas não devemos esperar, sentados.

A título de exemplo, uma das críticas que recorrentemente são feitas é a de que, por regra, os magistrados não sabem comunicar.

E é verdade que a linguagem jurídica é geralmente hermética e complexa.

Deveremos, porém, diminuir o rigor do discurso quando outros saberes técnicos mantiveram a sua linguagem específica e encontraram mediadores para os levarem até à opinião pública?

Ou o problema estará, por um lado, em que, na justiça, esses mediadores não existem ou são insuficientes e, por outro lado, em que a banalização e adulteração do discurso jurídico são mediaticamente rentáveis?

São elementos que causaram e continuam a causar uma erosão do sentimento de confiança, sem o qual a justiça perde uma condição essencial de aceitação e de eficácia.

Ser juiz, hoje, é, por todas estas razões, exercer uma profissão de desgaste rápido, especialmente para aqueles que não souberem descobrir o lugar em que se resolvem os conflitos de harmonização e de concordância prática a que se encontram expostos.

É viver permanentemente entre limites.

É resistir à tentação individualista (sou apenas eu e a minha circunstância).

É recusar o pensamento colectivo que interfere com a liberdade de consciência.

É estar atento às grandes aspirações sociais na fidelidade à lei e aos valores jurídicos.

É conservar o olhar crítico sobre o excesso.

É saber lidar com a certeza e a álea, com a verdade e a mentira e com o singular e o universal, com o mesmo rigor ético e intelectual e com adequadas ferramentas profissionais.

Devo confessar que uma impressão que me acompanhou desde os recuados anos da juventude foi o risco que os magistrados correm de confundirem interioridade com individualismo.

Nessa época, a retórica forense afagava demasiadamente o *ego* dos magistrados.

Um advogado que conheci, em comarca de província, iniciava frequentemente as suas alegações, citando um autor francês que teria escrito (facto que nunca comprovei) que poucas coisas se assemelhavam tanto ao sol como as sentenças de um bom juiz; pelo brilho, pela intensidade e pela limpidez – discorria.

Cada dia que eu acrescentei à minha experiência profissional constituiu ocasião para confirmar o excesso do conteúdo e do contexto da frase.

A função do juiz é estimável como qualquer outra mas insusceptível de competir com o astro rei.

A grande diferença está na responsabilidade, pois decide sobre a liberdade, a honra e o poder.

Por isso, o juiz deve transformar o seu cargo num exercício de dedicação e de exigência mesmo no que se refere à atitude social.

Não revejo este exercício no tipo de personalidade que confunde a esfera pública com a privada e que reivindica, nos tempos e lugares comuns, a etiqueta de “juiz”. Impressionam-me, também, devo confessar, os juízes que, onde se apresentam, dão a impressão de gente que carrega o peso do mundo.

O estar mal na profissão é causa de mal-estar.

Não dispondo de soluções finais, gostaria de contribuir para a reflexão com três palavras: autoridade, responsabilidade e confiança.

Um dos mais delicados e interessantes problemas de tendência na magistratura portuguesa é o do exercício da autoridade.

Dotados de um invejável capital técnico, os juízes revelam, algumas vezes, uma visível dificuldade em encontrar o adequado registo para o exercício da autoridade. Acredito que se trata de uma carga genética que começou com cinquenta anos de *poder nulo* e de aplicação de leis autoritárias, foi, depois, sequenciada, por um surto libertário e culminou com o despontar de antagonismos de poder e o crescimento da exposição mediática.

Ora, a distinção entre autoritarismo, autoridade e permissividade é crucial.

Não se veja na minha observação qualquer pretensão de superioridade ou de me colocar de fora.

Uma das maiores surpresas, no início das minhas actuais funções, foi a atenção dada a este ponto e como ela contrastava, em muitos aspectos, com a cultura a que eu pertencia.

A autoridade implica intransigência na disciplina do processo, ética profissional irrepreensível e método atento às questões da cidadania e sensível à fragilidade dos que ocorrem aos passos perdidos da justiça.

Quanto à questão da responsabilidade, invoco-a na acepção em que hoje se fala de “accountability”.

Não se trata do problema da responsabilidade pelas decisões. Refiro-me à questão de saber quem, em cada momento, responde porquê.

O peso das atribuições conferidas aos juízes é, a meu ver, insustentável especialmente no que se refere à gestão de recursos humanos e materiais.

Se me permitem um apontamento que proporia que não fosse utilizado como termo de comparação porque se trata de uma jurisdição bem distinta das que existem na ordem jurídica

interna, direi que me aproximo de sete anos no exercício de funções no Tribunal de Justiça. Não presenciei um único caso de adiamento de audiência e, ainda hoje, não conheço os responsáveis pelo serviço de gravação sonora, embora saiba das reacções e das consequências desencadeadas por uma simples avaria técnica ocorrida em determinado processo.

A terceira palavra é confiança.

É tempo para retomar o debate sobre a importante e nunca esgotada questão de saber a quem cabe o ónus de velar pela manutenção dos níveis de confiança exigidos pela administração da justiça, inclusive no que respeita às suas dimensões simbólicas.

Outrora, foi consensual que era uma tarefa do Estado, com o poder político na primeira linha.

Hoje, os riscos são dispersos e os instrumentos de resposta conflituais e fragmentados.

Pelo seu estatuto, de que a maioria dos princípios são inarredáveis, os juízes têm limitações quanto à possibilidade de intervirem junto da opinião pública (o que, aliás, foi reconhecido por recomendações adoptadas no seio da Organização das Nações Unidas).

Outros deverão assumir esta responsabilidade.

Também neste contexto, a constituição da Associação de Juízes pela Cidadania merece ser saudada.

Mas os juízes desempenham um papel insubstituível na realização deste objectivo: pelo correcto exercício da autoridade, pela assumpção de uma ética de responsabilidade e pelo saber *estar*.

Este *estar* é o outro lado do *ser*.

E, sobre o *ser*, não terminarei sem dizer que a singularidade e a responsabilidade das funções do juiz não podem nunca traduzir-se em renúncias de cidadania e de vida social activa.

Para o que não é sem pertinência explorar uma das receitas legadas por Pablo Picasso:

“A única pessoa que te acompanhará toda a vida és tu mesmo.

Mantém-te vivo, enquanto viveres!”.

Diz àqueles que amas que realmente os amas em todas as oportunidades.

E lembra-te sempre de que a vida não é medida pelo número de vezes que respiraste, mas sim pelos momentos em que perdeste o fôlego:

- de tanto rir...
- de surpresa...
- de êxtase...
- de felicidade...

O Juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça



[Sydney Sanches]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça

Publicado em “Curso de Deontologia das Magistraturas”, 1992, pp. 27 a 36

1. Sou muito grato ao ilustre Juiz José Renato Nalini, Conselheiro da Escola Paulista da Magistratura e Coordenador do 1 Curso de Deontologia do Magistrado, pelo convite que me fez para esta participação e pela oportunidade, que me propicia, de retornar ao agradável convívio dos colegas de São Paulo.
2. O primeiro tema, que me foi proposto, para a exposição “O juiz e os valores dominantes”, já suscita algumas questões.
Que são valores dominantes? A moral? A ética? A verdade? A justiça? A caridade? O trabalho? A busca de conhecimento e de perfeição?
Sem dúvida todos são valores sempre dominantes.
Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu são lemas do direito e da justiça. E têm muito a ver com a moral, com a ética, com a verdade.
O trabalho e a busca do saber e do aperfeiçoamento são o instrumento e o meio, pelos quais se pode chegar à prática desses valores.
3. O direito positivo e a moral nem sempre caminham juntos.
Às vezes se afastam muito. O direito, porém, não deve ser interpretado imoralmente.
Ao interpretá-lo, deve o juiz entender a moral da época em que elaborado e aquela em que deverá aplicá-lo, à busca de solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias, sem refugir à inspiração da norma que interpreta.
4. Bom caminho para o juiz é o do culto profundo do direito, o aprimoramento do senso de imparcialidade, de responsabilidade e de justiça, a preocupação com os direitos e faculdades, deveres e obrigações das partes em conflito e com a solução adequada das lides. Tudo sem menosprezo ao interesse público e à necessidade de paz social.

Num país de enormes conflitos sociais, políticos, jurídicos, económicos e morais, como é o Brasil, ganha enorme relevo o poder daquele a quem se confere, em nome da Nação, a missão de dirimi-los. Cresce, em proporção geométrica, sua responsabilidade, para evitar que, mediante decisões temerárias, arbitrárias e injustas, ao invés de dirimi-los os amplie ou perpetue.

5. O juiz deve ser estudioso dos autos e do direito, trabalhador infatigável, corajoso, independente, enérgico, quando necessário, mas também prudente, sereno, equilibrado. O juiz tem um poder tão grande, dentro de limites constitucionais e legais, que deve cuidar sempre e sempre de não incidir em abuso.

A independência do juiz mede-se pelo perfeito ajustamento entre as soluções que encontra, as decisões que profere, e os ditames de sua consciência jurídica.

A consciência jurídica de cada juiz depende de sua formação técnica e filosófica, no sentido mais amplo, abrangendo-lhe a cultura jurídica, a visão política, econômica, social, moral, e, até, eventualmente religiosa (se professar religião).

E como essa formação se dá com enorme diversidade entre as pessoas, oriundas das mais distintas classes económicas e sociais, é inevitável que, mesmo juízes independentes, isto é, que só decidem de acordo com sua consciência jurídica, cheguem, apesar disso, a conclusões parcial ou totalmente divergentes.

Isso também explica por que juízes da mesma comarca, do mesmo Estado, da mesma região, encontram soluções nem sempre convergentes para as mesmas questões.

Isso igualmente explica as discrepâncias nos órgãos colegiados de jurisdição ordinária ou extraordinária.

Mas a constatação leva também à necessidade de cultivar o respeito pelo entendimento alheio, sempre que ditado pela consciência jurídica.

Não deve o juiz ceder à tentação de proferir decisões simpáticas, só por serem simpáticas, se não forem justas. Não deve ceder à tentação de ganhar notoriedade, à custa de decisões temerárias, arbitrárias e injustas. Ou apenas para suscitar polémica e obter destaque pessoal.

Mas também não se deve intimidar diante da possibilidade de decisões que, tomadas de acordo com sua consciência jurídica possam repercutir negativamente na chamada “opinião pública”. Até porque nem sempre ela se forma pelo caminho da verdade, mas frequentemente, da versão, mediante deturpação de fatos, desinformação e manipulação maliciosa e interesseira de dados reais. E até de informes irreais. A Isenção do juiz, em face das partes e dos interesses em jogo, quando voltada para o

estudo cuidadoso dos autos e do direito, é indispensável ao encontro de soluções corretas. E a tudo se soma o senso do justo.

Quando a lei não favorece uma interpretação justa para o caso concreto, busque o juiz interpretá-la com justiça. Não lhe é dado, porém, recusar-lhe aplicação, como revogador de lei. Ou como legislador.

6. A segunda parte da exposição concerne ao *“desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por Justiça”*.

Aqui não devemos ficar apenas no enfoque do posicionamento técnico e filosófico do juiz.

É preciso descer também ao exame de sua conduta funcional e pessoal.

Essa colocação põe em evidência a necessidade do exame dos deveres dos magistrados.

7. Como sabem os Senhores, o Supremo Tribunal Federal está concluindo o exame de um esboço de anteprojeto do Estatuto da Magistratura Nacional, a ser enviado brevemente ao Congresso Nacional.

Nele, até aqui, foram arrolados como deveres dos magistrados:

- manter conduta irrepreensível na vida pública e particular;
- zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função;
- praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com independência, serenidade e exatidão;
- comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente, audiência ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;
- não exceder, sem justo motivo, os prazos para decidir ou despachar;
- determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;
- não manifestar opinião, por qualquer meio de comunicação, sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou decisões de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério;
- exercer permanentemente fiscalização sobre os servidores subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas, emolumentos e despesas processuais, mesmo que não haja reclamação dos interessados;
- tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o

procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;

- residir na sede de sua jurisdição.

8. Como sabem os Senhores, o Supremo Tribunal Federal está concluindo o exame de um esboço de anteprojeto do Estatuto da Magistratura Nacional, a ser enviado brevemente ao Congresso Nacional.

Aos desavisados e principalmente aos não vocacionados, pode parecer que se pretende impor um regime colegial ou até militar.

Na verdade, o que se pretende é a formação de juízes (homens e mulheres), em cujo exemplo a sociedade, a que servem, deve-se mirar.

E do qual se pode orgulhar.

- a. Precisa o juiz manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, para que possa ter condições de julgar as partes e seus conflitos, sem constrangimentos pessoais, com sentimentos limpos e avaliações seguras.
- b. Deve o juiz zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função, não para ostentar força e posição social, mas para mostrar que a Justiça é instituição séria e que merece respeito e confiança.
- c. Deve o juiz praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com independência, serenidade e exatidão, porque só assim terá autoridade para exigir que todos o façam.
- d. Deve comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente, audiência ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término, não para parecer um burocrata disciplinado, mas, sim, uma autoridade que cumpre seus deveres e por isso exerce seus poderes.
- e. Para que seus subordinados não se valham de seu mau exemplo e se animem a insubordinações, que tenham, por isso mesmo, de ser toleradas.
- f. Sem justo motivo, não deve exceder os prazos para decidir ou despachar. Como se sabe, nem sempre é possível cumprir os prazos, diante do volume de processos e de responsabilidades concomitantes. Mas sempre se há de poder demonstrar a existência de justo motivo para eventual retardo.
- g. Para que os atos processuais se realizem nos prazos legais, deve o juiz determinar providências necessárias. Sobretudo preventivas. E, quando justificáveis, também repressivas.

- h. O juiz não opina. Decide. E só decide causas que lhe estejam afetas, na oportunidade própria e nos autos. Não antecipa seus pontos de vista nem faz pré-julgamentos. Não se manifesta sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem. Não emite juízo depreciativo sobre votos ou decisões de órgãos judiciais. Apenas se lhe ressalva a possibilidade de crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.
- Tudo isso se justifica: a instituição, para ser respeitada, precisa estar composta por pessoas que se respeitam.
- E o direito à crítica, apesar disso, subsiste nos limites e circunstâncias já referidos.
- i. Exercer permanente fiscalização sobre os servidores subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas, emolumentos e despesas processuais, mesmo que não haja reclamação dos interessados.
- Isso para que, com sua omissão ou negligência, não acabe o juiz contribuindo para os abusos e para a corrupção.
- j. Tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, enfim, todas as pessoas que o procurem, é dever funcional do juiz, ditado pelas regras de educação e de convivência humana.
- k. Atender aos que o procurem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência, nos limites de sua competência, é dever que, ao invés de aviltar, enobrece a função do juiz e que alcança enorme repercussão na verdadeira opinião pública. Naturalmente também saberá avaliar quando está sendo molestado ou procurado desnecessária ou abusivamente.
- l. Residir na sede de sua jurisdição é dever que se justifica, pela necessidade da presença permanente do magistrado no local do exercício da função. Quando não for possível a residência, por razões justificáveis e compreensíveis, estas devem ser submetidas ao órgão judiciário competente.
9. O esboço ainda estabelece, para o juiz, o dever de remeter, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente, informação sobre os feitos distribuídos, julgados ou em andamento, no mês anterior.

10. E veda ao magistrado:

- exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

- exercer atividade político-partidária;
- exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista;
- exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe de magistrados e sem remuneração.

Não se incluem, entre as vedações referidas em alguns desses itens, as atividades exercidas em curso ou escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, criados ou reconhecidos pelo Poder Judiciário.

11. Permite-se ao magistrado o exercício de um cargo ou função de magistério, porque isso propicia a atualização e aperfeiçoamento de seus conhecimentos, no interesse de bom exercício da missão de julgar. E não mais que um cargo, para que não se exceda em aulas e descure dos deveres de juiz.

- a. Repugna à Constituição tolerar que o juiz, a qualquer título ou pretexto, receba custas ou participação em processo. A tolerância, como é óbvio, poderia incentivá-lo a interesses menos nobres, com a procriação de feitos, seu retardamento e encarecimento.
- b. A militância na política partidária retiraria do juiz a indispensável imparcialidade e impregnaria seus atos de suspeição. Sobretudo durante processos eleitorais.
- c. Praticar o comércio ou participar de sociedade comercial é algo que se não deve permitir ao juiz, para que não desvie suas atenções e não passe a competir com setores cujos interesses ele próprio tem de julgar com isenção. Tolerá-se, porém, que figure como acionista ou cotista de sociedade de economia mista, ficando, entretanto, impedido de atuar em causas de seu interesse.
- d. A proibição de exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, também busca evitar que o magistrado diversifique demais seu campo de atuação, descuidando do que lhe é próprio. Permite-se, porém, a direção de associação de classe, porque não é atividade desprimorosa e, bem exercida, pode trazer proveito à instituição, que não se inspira em interesses pessoais e fisiológicos, mas no idealismo dos homens de bem. Não pode, todavia, tal atividade ser remunerada, pois, então, a nobreza da atuação poderia ser ao menos questionada.
- e. E as vedações, contidas em alguns desses pontos, não se aplicam às hipóteses em que as atividades do juiz são exercidas em curso ou escola de formação e

aperfeiçoamento de magistrados, criados ou reconhecidos pelo Poder Judiciário, porque tal atividade, quando criteriosamente exercida, favorece sua cultura e a própria instituição.

12. Como é sabido, o futuro Estatuto da Magistratura Nacional apenas fixará normas relativas à organização e funcionamento do Poder Judiciário e ao regime jurídico da magistratura nacional, observados os princípios da Constituição Federal. Mas as leis de organização judiciária, desde que respeitem a Constituição e o Estatuto Nacional, poderão impor outros deveres aos magistrados, segundo as peculiaridades locais, sem lhes afetar as garantias, prerrogativas e direitos, como é óbvio.

13. O esboço, como cuidou de deveres de magistrados, precisou cuidar também de sua responsabilidade disciplinar, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal.

14. E naturalmente teve de regular também as penas disciplinares.

- a. Estabeleceu que a atividade censória dos Tribunais e seus órgãos disciplinares será exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado, a este sempre assegurada ampla defesa.
- b. Esclareceu ainda: salvo os casos de grave incontinência de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir. Quanto a esse ponto, devo destacar que o juiz, mesmo quando provocado por incontinência de linguagem de uma das partes ou de seus representantes, deve manter linguagem adequada à seriedade do processo e da Justiça, ainda que intimamente se sinta tentado a expressões de desabafo e de revolta. Sem prejuízo, é claro, de eventual exercício do direito de provocar a instauração de processo, por crime de injúria, calúnia ou difamação, quando for o caso.
- c. Teve o esboço de cuidar, também, das penas disciplinares, quais sejam a de advertência, censura, disponibilidade e demissão. As penas de advertência e censura são aplicáveis a qualquer magistrado; a de disponibilidade exclusivamente a juiz vitalício; e a de demissão apenas a juiz não-vitalício.
- d. As penas de advertência, censura e demissão somente são imponíveis pelo voto da maioria absoluta do respectivo Tribunal, e a de disponibilidade, por voto de dois terços, assegurada, em qualquer caso, ampla defesa. A de advertência é aplicável reservadamente, por escrito, em caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.
- e. Prevê, ainda, que, na hipótese de disponibilidade punitiva, o Tribunal, a requerimento do interessado, passados cinco anos do termo inicial, examinará a ocorrência, ou não, de cessação do motivo de interesse público, que a determinou.

f. A pena de censura é de se aplicar, reservadamente, por escrito, em caso de reiterado descumprimento dos deveres do magistrado, se a infração não justificar pena mais grave. Estatui-se, ainda, que o juiz punido com censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena. A pena de demissão, a juiz não-vitalício, é prevista para as seguintes hipóteses:

- negligência contumaz no cumprimento dos deveres do cargo;
- procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;
- escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou procedimento funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário;
- prática de atos vedados pelo estatuto.

Já o magistrado vitalício, segundo o esboço, só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado:

- em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;
- em ação cível para a perda do cargo, nas hipóteses de exercício de atividades vedadas pelo esboço de anteprojeto de estatuto.

Estuda-se, ainda, no Supremo Tribunal Federal, a questão relativa à legitimação ativa para a ação cível de perda do cargo de juiz vitalício e sobre órgão judiciário competente para seu processo e julgamento.

15. Todas essas considerações, a respeito de regime disciplinar, estão sendo feitas, por mim, obviamente com certo desconforto. Mas é que o tema proposto, ligado a deveres do juiz, em sua conduta pública e privada, exige que elas sejam enfrentadas.

16. Na verdade, porém, o que mais importa é que o juiz possa ser tido como exemplo de bom comportamento, em sua vida funcional, social e familiar. E para isso muito influirão os valores dominantes de sua formação. É de se lembrar, ainda, que qualquer que seja a conduta pessoal e funcional do juiz, ela se refletirá em imagem positiva ou negativa da Justiça, do Poder Judiciário, para o cidadão que o observa, para a sociedade em que vive.

17. A Escola Paulista da Magistratura, preocupando-se com valores dessa ordem, na formação e aperfeiçoamento de seus juízes, está dando um bom exemplo para toda a sociedade paulista e brasileira. Pretende, com isso, conservar e até aprimorar a boa imagem, que sempre teve, no cenário jurídico do Brasil. E os magistrados, que se animaram a se inscrever para o Curso e ouvir as exposições programadas, estão a evidenciar a seriedade de suas preocupações com a função que exercem.

18. Congratulo-me com a direção da Escola e com o Coordenador deste Curso e seus colaboradores, pela iniciativa que tiveram. Espero que minhas modestas e despretensiosas opiniões, aqui exaradas, produto de uma longa vida dedicada ao Direito e à Justiça, não sejam vistas como preocupações com costumes antigos, como expressões de puritanismo obsoleto ou de falso moralismo, mas, sim, como o depoimento sincero de quem muito viu de bom, mas também de ruim, na instituição, mas que a ama intensamente, a ponto de às vezes parecer intransigente ao procurar defendê-la e preservá-la. Acredito que tenham compreendido os propósitos desse colega mais velho e perdoado a defesa de ideias que possam estar em divergência com as de cada um dos presentes.
19. Ao final, renovo a esperança de que a magistratura paulista e brasileira corresponda, cada vez mais, aos anseios do povo, a que deve servir. Sobretudo pelo exemplo de coragem, de independência, de dedicação ao estudo e ao trabalho, de eficiência, de serenidade e de equilíbrio, enfim de senso de responsabilidade e de justiça. Qualidades e virtudes que não podem faltar na atuação de um bom juiz, de um ser humano respeitado e respeitável, admirado e admirável, que faz jus ao nobilitante mister que exerce.
20. Muito grato pela presença e atenção de todos.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Cinco Estórias Exemplares



[António Quirino Duarte Soares]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Cinco Estórias Exemplares

Publicado na Revista Subjudice, n.º 32, 2005, pp. 49 a 66

1. Maria, juíza de direito, goza de justificada fama de excelente jurista, granjeada nos tempos da faculdade, consolidada e ampliada no exercício da profissão.

Após a formatura, foi convidada a prosseguir a carreira académica, mas o apelo da magistratura, sonho de criança, foi mais forte e recusou o convite.

Nas comarcas onde esteve colocada, deixou um rasto de competência e autoridade científica, que lhe valeram o estatuto de informal conselheira de muitos colegas.

O gosto e preferência pela análise e pela solução de casos jurídicos concretos, razão primeira da sua opção pela judicatura, não lhe esmoreceram o interesse pela dogmática e pela especulação e foi assim que, na imprensa especializada, ao par de muitas decisões judiciais da sua lavra, passaram, também, a aparecer, com frequência, estudos de direito vários com a sua assinatura.

A qualidade de umas e outros suscitaram, de novo, o interesse do meio universitário público e privado, e, por isso, Maria passou a ser convidada, com frequência, a participar, como palestrante, em cursos de pós-graduação, conferências e congressos vários e, inclusive, a fazer parte do corpo docente de uma universidade privada.

Maria conhecia as limitações que, sob a designação e forma de *incompatibilidades*, lhe eram constitucional e estatutariamente impostas, mas, em todo o caso, tinha dúvidas acerca do procedimento que deveria seguir, designadamente, se deveria dar conhecimento ao Conselho Superior da Magistratura, se lhe devia pedir autorização, se poderia aceitar alguma retribuição monetária ou outra.

2. Miguel deixou para trás, subjugada pelo apelo maior da judicatura, uma especial vocação para a vida político-partidária, que ele entendia fazer parte do mesmo pendor para a *coisa pública* que sempre o animou.

Tratando-se, porém, da resolução de conflitos de direitos ou interesses, isto é, de fazer justiça, aí estava, definitivamente, a sua primeira preferência, aquela actividade que mais o entusiasmava.

Por isso, decidiu ser juiz.

Mas, nunca deixou de acompanhar com entusiasmo intenso a vida do partido da sua preferência, tanto no afã das campanhas eleitorais como no fervor dos congressos, tanto no dia-a-dia das realizações dos órgãos do partido como na decepção ou na alegria das derrotas ou vitórias eleitorais.

Nas conversas do gabinete, nas discussões de café, nos almoços e jantares privados, nas reuniões sociais que acompanhavam as cerimónias públicas para que era convidado, Miguel nunca escondeu a sua inclinação partidária.

Este modo descontraído de afirmação sócio-política do juiz Miguel encorajou, naturalmente, as estruturas locais do partido da sua preferência a lhe enviarem os papéis para filiação e a convidarem-no para sessões de esclarecimento e conferências a realizar na sede local.

Na mais recente vitória eleitoral do partido, o juiz Miguel foi visto a festejar nas ruas da sede da sua comarca, integrado numa fila de automóveis.

Este entusiasmo mais recente gerou falatório e críticas que um dedicado funcionário lhe fez chegar aos ouvidos, e foi então que, parando para pensar, Miguel pôs em questão para si mesmo a compatibilidade com o seu estatuto profissional de todas as suas pregressas manifestações de simpatia partidária, nomeadamente, a integração no desfile automóvel, o que, por outro lado, o levou a ponderar com mais cuidado a proposta de filiação e os outros convites.

3. José trocou uma auspiciosa carreira de futebolista pelos estudos e foi para Coimbra cursar Direito.

Nem, mesmo, o apelo da secção de futebol da Associação Académica o demoveu da dedicação exclusiva aos estudos.

O futebol passou a ser um mero passatempo.

Concluído o curso, concorreu ao ingresso na magistratura e teve êxito.

É, hoje, juiz de direito, em funções num tribunal de trabalho.

Fora do âmbito profissional, o tema preferido das suas conversas é o futebol, quer no aspecto estritamente desportivo, quer no estatutário e administrativo.

À noite, uma vez por semana, participa em animados jogos de futebol de salão, com os companheiros habituais: advogados e oficiais de justiça.

Com o tempo, José e os seus companheiros concluíram que tinham equipa para fazer boa figura no campeonato regional de futebol de salão que, desde há anos, se vinha realizando com muito entusiasmo e elevada participação, englobando equipas de variados extractos profissionais.

Mas, José hesitou. Pensou no seu estatuto profissional e duvidou.

Hesitou, ainda, quando, pela mesma altura, um amigo, sabedor dos seus conhecimentos de direito de trabalho, lhe transmitiu o convite da Liga Profissional de Futebol para fazer parte da

comissão arbitral destinada ao julgamento das questões laborais entre clubes e respectivos jogadores profissionais, com direito a senhas de presença, ajudas de custo e pagamento das despesas de transportes.

Hesitou, finalmente, quando um outro amigo, ligado à arbitragem, lhe fez o convite para ingressar no curso de preparação de árbitros da Federação Portuguesa de Futebol, com vista a arbitrar jogos dos campeonatos regionais.

4. Joana, juíza numa cidade grande, onde nascera, tinha, ali, uma vida social intensa, na linha de uma tradição familiar.

No meio, era conhecida não só pela excelência da carreira como, também, pelas suas qualidades de ponderação e bom senso.

Família amiga, de grandes recursos económicos, debatia-se, há alguns anos, com um complicado problema de gestão e partilha de um património indiviso.

Os advogados constituídos pelos diferentes grupos não tinham conseguido o necessário entendimento, e a gestão, nestas circunstâncias, não agradava a nenhum dos herdeiros.

Foi então que um deles se lembrou daquela dedicada amiga da família como sendo a pessoa ideal para a solução dos vários problemas que se foram acumulando.

Uma mulher com as qualidades humanas e profissionais de Joana era a pessoa certa e, também, aquela em que, sem dificuldades, todos poderiam confiar.

Numa reunião familiar expressamente convocada, a pessoa da juíza Joana colheu rapidamente o consenso geral.

Foi deliberado, então, propor-lhe um contrato de mandato oneroso, com plenos poderes de administração e disposição dos bens da herança indivisa, e posterior divisão.

A remuneração ficaria ao critério de Joana, em que a família punha toda a confiança.

Recebida a proposta, Joana predispôs-se a aceitar, não só por uma questão de amizade mas, também, porque lhe não foi indiferente o rendimento que a gestão, liquidação e divisão de uma tão considerável fortuna lhe poderia proporcionar.

Mas, pensou, também, nos seus deveres estatutários e hesitou.

5. Bernardo, juiz de direito, apesar de oriundo de uma família de classe social elevada, foi, desde pequeno, pouco propenso a formalidades e convenções.

O seu temperamento descontraído e espontâneo não o deixava prender-se a rituais, a conformar-se com os padrões habituais de vestir e se apresentar, e, também, a calar a boca, sempre que tinha vontade de falar.

Na pequena comarca onde prestava funções, suscitavam alguma estranheza os seus habituais *jeans* e *t-shirt*, e os blusões de ganga ou pele.

Por vezes, nas salas ou corredores do tribunal, era visto a discutir informalmente com os advogados questões relativas a processos pendentes, o que chegou a suceder no próprio café que frequentava.

Muitas outras vezes, no decurso das audiências de julgamento, não escondeu a irritação perante testemunhas que lhe parecia estarem a faltar à verdade e antecipava uma apreciação sobre o valor probatório do depoimento.

Estes e outros de idêntica natureza foram factos que o inspector judicial apontou como negativos, na parte do relatório da inspecção reservada ao comportamento profissional e cívico do juiz.

No entanto, Bernardo discordou, e pensou, por isso, em reclamar, não obstante a classificação de serviço proposta ser positiva.

6. Maria, Miguel, José, Joana e Bernardo eram bons amigos e reuniam-se regularmente num jantar que se prolongava pela noite fora, onde discutiam problemas profissionais.

Naquela noite, cada um deles vinha com interesse em ouvir a opinião dos colegas acerca das dúvidas que os afligiam.

E, não obstante um consenso generalizado acerca dos princípios deontológicos e dos deveres estatutários fundamentais, dúvidas várias ficaram acerca da solução de várias das questões concretas postas sobre a mesa. Esgotados os argumentos, Maria sugeriu que se convidasse Salomão, para o café.

Salomão era presidente de tribunais colectivos e, nessa qualidade, já trabalhara com todos eles.

Tinham grande apreço pelas suas opiniões, sendo costume aproveitarem as deslocações dele ao tribunal onde prestavam serviço para lhe colocarem um rol de dúvidas que iam deixando, propositadamente, em apontamento.

Por isso, a ideia foi aclamada e, por sorte, Salomão estava disponível.

7. Posto perante o relato que cada um fez das suas dúvidas, Salomão falou assim:

– *A função jurisdicional consiste em administrar a justiça e é uma das expressões fundamentais da soberania, confiada aos tribunais*¹.

*Administrar justiça significa restaurar ou acautelar os direitos e interesses violados ou em perigo de violação e repor a legalidade democrática, através da imposição de sanções*².

¹ Art. 202.º, 1, da Constituição da República (adiante apenas designada por Constituição) e 1.º da LOFTJ (Lei n.º 3/99, de 13/01, e sucessivas alterações).

² Art. 202.º, 2, da Constituição, e 2.º, da LOFTJ.

Para bem cumprirem a sua missão, os tribunais são independentes, apenas estando sujeitos a lei³.

Isto é, a função jurisdicional é exercida sem qualquer tutela dos demais órgãos da soberania do Estado, ou, tão pouco, do poder local.

Os tribunais são órgãos de soberania e os respectivos titulares são os juízes.

Compete aos juízes, pois, administrar a justiça⁴.

Para isso, os juízes são rodeados de um conjunto estatutário de requisitos considerados indispensáveis à garantia da independência constitucionalmente reconhecida aos órgãos (tribunais) de que são os titulares.

O primeiro e estrutural baluarte da independência dos juízes é a unidade da magistratura, tal como vinha consagrada na epígrafe do art. 220.º, da Constituição, na sua versão originária.

A unidade dos juízes é indissociável da independência dos órgãos que dirigem.

A divisão mina os alicerces da independência, através da possibilidade de criação de grupos privilegiados.

A unidade da magistratura, ideia constitucional generosa, veio, infelizmente, a ser abastardada.

Não falo dos juízes militares⁵, nem dos juízes “estranhos à carreira” que compõem o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Contas.

Na base de uma tal dispersão, encontram-se compreensíveis, embora discutíveis, razões políticas, a que, quanto aos juízes militares, acresce a da especialíssima natureza da vida castrense.

Falo, sim, dos juízes dos tribunais administrativos e fiscais, que, ao contrário, p. ex., dos juízes dos tribunais marítimos, que são tribunais judiciais de 1.ª instância e competência especializada⁶, constituem uma estrutura paralela à dos juízes dos tribunais judiciais, a casa grande da organização judiciária⁷.

A institucionalização e constitucionalização de um órgão superior de gestão e disciplina, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, consolidou a realidade de duas carreiras judiciais paralelas, e, portanto, mais uma divisão no corpo, já retalhado, dos juízes, esta verdadeiramente grave, porque entre magistrados de carreira, saldos do mesmo concurso público ou da mesma escola de magistratura.

³ Art. 203.º da Constituição, e 3.º, da LOFTJ.

⁴ Cfr. art. 3.º, 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais – Lei 21 /85, de 30/07, e, adiante, apenas designado por Estatuto, sempre que não seja necessário especificar.

⁵ Que integravam os extintos tribunais militares, e, agora, os tribunais comuns.

⁶ Art. 1.º, n.º 1, da Lei 35/86, de 04/09.

⁷ Art. 211.º, n.º 1, da Constituição.

A “unidade da magistratura” está, hoje, acantonada no art. 1.º, n.º 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Mas, sem conformismos, isto é, não desesperando de ver, um dia, unificada uma casa indevidamente dividida, podemos, ao menos, descansar na confortável ideia de que, quanto ao estatuto profissional e à deontologia, a unificação é uma realidade, atendendo ao que dispõe o n.º 3, do art. 3.º, da Lei 13/02, de 19/02)⁸.

O Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei 21/85, de 30/07) reitera o princípio da independência dos tribunais, agora como adorno dos respectivos titulares, os juízes⁹.

A independência significa, assim, que o juiz, ao julgar, apenas tem como guia a Constituição e as leis.

Mas, ao aplicar a lei, o juiz não exerce uma operação automática, ele não é, digamos assim, a “longa manus” do legislador, o que não seria próprio da sua condição de titular de um poder soberano.

A lei, uma vez publicada, é património da comunidade constituída em Estado, e a função dos juízes que exercem a jurisdição em nome daquela¹⁰ é a de a conformar às situações da vida, inspirados nos valores ou interesses que a mesma comunidade, através da produção legislativa dos respectivos representantes eleitos, pretendeu acautelar ou promover.

Nesta função de intérprete oficial e soberano do significado do querer auto-organizativo do povo que serve, tem o juiz, como está fácil de ver, um grande poder (um poder soberano) nas mãos.

Deve usar a sua independência por isso, com um grande sentido de responsabilidade moral, de humildade perante a grandeza do que o Estado dele espera, sempre consciente de que, como magistrado, é o privilegiado intérprete da ideia de justiça imanente na comunidade de que faz parte e que serve.

No exercício da autoridade, apenas tem o limite formal do dever de acatamento das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores¹¹.

Neste acatamento, há-de o juiz ser humilde, para prestígio da função¹².

⁸ “Os juízes da jurisdição administrativa e fiscal estão sujeitos às incompatibilidades estabelecidas na Constituição e na lei e regem-se pelo estatuto dos magistrados judiciais, nos aspectos não previstos nesta lei”.

⁹ Os juízes, reza o art. 4.º, 1, “julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores”.

¹⁰ Art. 202.º, 1, da Constituição.

¹¹ N.º 1, do art. 4.º, do Estatuto.

¹² Como explicarei mais adiante, impõe-se, aqui, com as devidas adaptações, o rol de deveres impostos ao funcionalismo público, designadamente os de *obediência* e *correção*, referidos e definidos no art. 3.º, n.º 4, c

Acontece, por vezes, não concordar o juiz com a decisão que, em via de recurso, revogou a que, anteriormente, proferira.

Por muita injustiça que o juiz veja nesse facto, nada mais tem a fazer senão acatar disciplinadamente o decidido e sem quaisquer referências apreciativos ou críticas, no processo ou fora dele.

Assim o exigem o prestígio da autoridade e a força suasória da decisão final.

São de todo contrárias às regras da ética profissional e não menos prejudiciais ao prestígio dos tribunais e dos juízes, e à autoridade das decisões judiciais, quaisquer comentários dos juízes dos tribunais inferiores às decisões dos que lhe estão acima na hierarquia funcional (fora, é claro, das revistas da especialidade).

Para reforço da independência, o legislador constitucional armou os juízes de duas garantias essenciais.

São elas: a inamovibilidade e a irresponsabilidade¹³.

Inamovibilidade

Significa que apenas a lei tem força bastante para tirar o juiz do lugar onde se encontra a prestar serviço.

O lugar do juiz é tendencialmente vitalício (ressalvadas as hipóteses de primeira colocação após o exercício de funções em comarca ou lugar de 1.º acesso¹⁴).

A transferência, a suspensão, a aposentação e a demissão dos juízes só podem operar-se nos casos previstos no Estatuto¹⁵.

A única autoridade com poderes para, com base na lei, transferir, suspender, aposentar ou demitir um juiz é o referido Conselho Superior da Magistratura, que é o órgão superior de gestão e disciplina dos juízes¹⁶, órgão político-judiciário, absolutamente autónomo dos demais poderes do Estado, mas integrando uma forte componente de representação político-partidária¹⁷.

A inamovibilidade do juiz representa muito mais que o direito de qualquer trabalhador ao seu posto de trabalho, ou do funcionário ao seu lugar.

e f, 7 e 10, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, por reunião do art. 32.º, do Estatuto.

¹³ Art.216.º, n.º 1 e 2, da Constituição.

¹⁴ Art. 43.º, n.º 3, do Estatuto: a transferência após a primeira colocação em lugar de acesso final só pode ocorrer a pedido ou como sanção disciplinar.

¹⁵ Art. 216.º, n.º 1 da Constituição, e 6.º, do Estatuto.

¹⁶ Art. 218.º, da Constituição e 136.º e ss. do Estatuto.

¹⁷ A composição do CSM tem assento constituctonal, no Art. 218.º, da Constituição.

É que não há razões de serviço, excepcionais ou não, que possam legitimar a retirada do lugar ao juiz.

A inamovibilidade serve a independência e esta serve os cidadãos, não o juiz.

O outro baluarte da independência é, como disse, a irresponsabilidade significa que, ao decidir, não tem o juiz de estar preocupado com a possibilidade de a parte vencida lhe pedir contas pelos prejuízos que uma decisão desfavorável lhe provoque.

O princípio da irresponsabilidade é essencial à independência do juiz, porque, se não estiver liberto da referida preocupação, poderá faltar-lhe a coragem para resistir às pressões da parte económica ou politicamente mais forte.

Tem havido tentações de vários lados para romper o muro desta garantia essencial dos juízes.

No entanto, mexer no estatuto de irresponsabilidade seria o mesmo que atacar frontal, directa e imediatamente a independência; seria o mesmo que retirá-la.

E, sem juízes independentes, não há, verdadeiramente, poder judicial.

O princípio (caríssimo princípio) é, pois, o da irresponsabilidade.

Admitem a Constituição e a lei excepções, consagrando a última os casos em que, mi razão do exercício das suas funções, o juiz está sujeito a responsabilidade civil, penal ou disciplinar.

No que respeita à responsabilidade civil, “fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada mediante acção de regresso do Estado contra o respectivo magistrado, com fundamento em dolo ou culpa grave”¹⁸.

Trata-se de casos em que, da parte do juiz, existe uma gravíssima violação dos seus deveres, casos em que, digamos assim, o juiz se nega, conscientemente, como tal, e a que, portanto, não poderia deixar de corresponder responsabilidade civil.

Um juiz corrupto ou que abuse da autoridade, p. ex., colocou-se fora do contexto que justificava aquela garantia.

Assim, também, um juiz que faça tábua rasa da lei e dos seus valores, por ignorância ou pelo prazer de fazer a “sua” justiça.

Destes pressupostos de responsabilidade civil nenhum mal vem à independência da magistratura; e só lucram o prestígio e a dignificação do poder judicial.

Mas interessa, ainda, a um bem entendido princípio de independência, que a responsabilidade, a existir, seja actuada, como se encontra estabelecido, pela via do direito de regresso do Estado.

¹⁸ Art. 5, n.º 3 do Estatuto. Os trâmites da acção de regresso estão consagrados nos arts. 1083.º, e ss., CPC.

A possibilidade de demandar directamente o juiz teria, para além de um artificial aumento da litigiosidade, o efeito deletério de o colocar, enquanto tal, no confronto com destinatários das suas decisões.

Melhor que um regime de acção directa contra o magistrado será o aperfeiçoamento do sistema de controlo interno, aperfeiçoando e reforçando a reacção sancionatória contra as violações dos deveres estatutários e funcionais.

Existe, também, a responsabilidade criminal, que é, como se sabe, a prevista no Código Penal (refiro-me, é claro, à responsabilidade criminal que se relaciona com o exercício das funções).

Claro que, como qualquer cidadão, está o juiz sujeito à lei penal geral, apenas gozando de uma garantia especial, de natureza processual, destinada a evitar o inconveniente de julgamentos entre juizes da mesma categoria (art. 15.º, do Estatuto).

Finalmente, há a responsabilidade disciplinar, que diz respeito à violação dos deveres estatutários, processuais e da deontologia, em geral.

A função judicial, sendo uma Junção de soberania, está, no entanto, entregue não a representantes eleitos directa ou indirectamente pelas comunidades, mas, sim, a profissionais com uma carreira própria; os juizes organizam-se numa carreira profissional de serviço público, que, nesse aspecto, não se distingue, no essencial, das demais carreiras da Junção pública¹⁹, sendo, por isso, passíveis de responsabilidade disciplinar²⁰.

Há responsabilidade disciplinar sempre que o acto ou omissão do juiz viola deveres profissionais ou colide com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções²¹.

“Indigno”, na perspectiva estatutária e disciplinar, só o facto da vida pública (por oposição a vida privada), ou que, nesta, se reflecta.

A vida privada do juiz é foro privado do juiz.

Reflecte-se na vida pública o acto da vida privada que, por força das circunstâncias em que é praticado, mas não por ilícita indiscrição, passa a barreira da privacidade.

¹⁹ Tanto assim que, como já disse, o art. 32.º, do Estatuto, remete, em via subsidiária, para o regime da função pública.

²⁰ A parte do estatuto reservada à responsabilidade disciplinar está inserida nos art. 81.º, e ss.

A responsabilidade efectiva-se por meio de processo disciplinar, da competência do Conselho Superior da Magistratura, que é o órgão superior de gestão e disciplina dos juizes.

As penas disciplinares podem ir até à demissão (alínea g, do n.º, do art. 85.º), prevista para as faltas mais graves: abandono do lugar; inadaptação ou inaptidão profissional; desonestidade ou comportamento imoral ou desonroso; condenação por crime praticado em flagrante abuso da função ou manifesta e grave violação dos deveres da profissão.

²¹ Cfr., a este respeito, a fórmula adoptada no art. 82.º, do Estatuto, a propósito da definição de *infracção disciplinar*.

À cabeça dos “deveres profissionais”, avulta o dever estrutural de administrar a justiça²².

Dever estrutural porque inerente à condição de juiz, e do qual ele se não pode demitir, mesmo que o poder legislativo lhe não tenha fornecido a lei aplicável²³.

Deveres profissionais, são além desse, os múltiplos deveres funcionais consagrados nos diferentes códigos de processo²⁴ (de que se destacam o da observância do contraditório, do estatuto da igualdade dos contendores, e o do cumprimento dos prazos), os específicos deveres, de natureza orgânica, que constam dos art. 8.º e ss., do Estatuto²⁵, e os deveres gerais²⁶, da mesma natureza, consignados no art. 3.º, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central Regional e Local²⁷, aplicável por remissão do art. 32.º, do Estatuto, de que, sem qualquer pretensão de hierarquizar, mas, apenas, pela frequência do seu desrespeito, me permito destacar o da pontualidade: o desprezo do juiz pelo cumprimento dos horários que ele próprio fixa é um motivo importante de descrédito e desprestígio.

Dever com peso específico, enquadrável no “dever de zelo²⁸” é o de “competência”, entendida esta no sentido de permanente preparação para o cargo.

Para tal, o juiz não deve nem pode confinar a sua sabedoria às leis e ao direito.

O juiz, para além de bom jurista, tem de ser um cidadão culto, atento à realidade do mundo e da vida, a nível mundial, regional e local.

Tem de ser, repito e acentuo, porque esse é um dever da sua condição e do seu estatuto, que nunca pode descurar.

Não devemos querer que, dos juízes, seja dada a ideia satiricamente transmitida por um “cartoonista”, quando desenhou um homem de beca, sentado a uma secretária inundada de

²² Art.3.º, n.º 1, do Estatuto

²³ Cfr. os art. 8.º, n.º 1, do Código Civil e 3.º, n.º 2, do Estatuto.

²⁴ O Código de Processo Civil constitui, nesse e noutros aspectos, uma espécie de texto base (cfr., a este propósito, o disposto no art. 4.º, do Código de Processo Penal, e no art. 1.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

²⁵ Obrigação de domicílio (art. 8.º); obrigação de permanência (art. 9.º); obrigação de abstenção de actividade política (art. 11.º); dever de sigilo (art. 12.º); obrigação de não desempenhar qualquer outra função, pública ou privada (art. 13.º).

²⁶ Deveres que começam, desde logo, pelo dever geral de criar no público confiança na acção da justiça, em especial no que à sua imparcialidade diz respeito, e que, com as devidas e necessárias adaptações, se prolongam pelos de isenção, de zelo, de obediência, de lealdade, de sigilo, de correcção, de assiduidade e de pontualidade.

²⁷ Adiante designado por Estatuto Disciplinar.

²⁸ Art. 3.º, n.º 4, b, e 6, do Estatuto Disciplinar .

papéis, e que, de olhos pregados neles, respondeu, quando lhe perguntavam a opinião acerca da crise social que se vivia: qual crise?

O juiz tem de saber, p. ex., os malefícios da inflação e os mecanismos que a condicionam para julgar correctamente e com justo sentido das proporções um crime de especulação.

Tem de estar sensibilizado para a protecção da natureza e do meio ambiente para julgar a contento da comunidade uma infracção à lei da caça ou às regras que disciplinam os despejos industriais ou domésticos.

Tem de estar atento ao modo de agir e aos costumes das populações da sua comarca para compreender o significado ou o alcance deste ou daquele comportamento concreto.

Mas, não deverá usar a sua própria ideologia (política, moral ou religiosa), no exercício da jurisdição.

Enquanto cidadão, o juiz usufrui, tal como os demais, da sua liberdade de expressão e de intervenção sócio-política, dentro dos limites que lhe são impostos pelo estatuto profissional.

Enquanto magistrado, porém, apenas se poderá nortear pela justiça, segundo os valores dominantes da comunidade que o mandatou para, em seu nome, dizer, em cada caso, o que é ou não e justo.

Assim, ao julgar um especulador, o juiz que, porventura, tenha bebido na tradição marxista-leninista, deve reprimir a apetência para cavaleiro andante da classe operária explorada;

ao decidir um processo crime por aborto ou uma acção de divórcio, tem de esquecer as suas convicções e práticas de católico;

ao julgar e decidir uma acção de despejo deve esquecer as ideias anticapitalistas com que, porventura, simpatize;

ao julgar uma infracção à lei da caça ou às regras que disciplinam os despejos industriais ou domésticos, deve pôr de lado os excessos fundamentalistas próprios de alguns movimentos ecologistas.

Como disse, e repito, apenas se poderá nortear pela justiça, segundo os valores dominantes da comunidade, consagrados no sistema jurídico.

Mas, o acto ou omissão do juiz pode, além disso, colidir com a “dignidade indispensável ao exercício das funções”, e, se assim for, ele deverá ser evitado, sob pena de infracção disciplinar.

É à volta deste conceito de “dignidade” que se impõe falar da ética e da deontologia dos juízes, e da oportunidade de um “código deontológico” que defina, por referência àqueles valores, os tipos de ilícito.

Não creio, todavia, na utilidade de uma tal codificação, ao menos com carácter e força de lei, dados a fluidez e o relativismo dos comportamentos censuráveis, nesta matéria.

Argumentar-se-á, em favor do código, com a vantagem de clarificar e de, assim, evitar comportamentos escusadamente defensivos e castradores.

Mas, pelas razões referidas, a precisão dos comportamentos proibidos nunca chegaria a ser completa, e, deste modo, o “código” poderia, até, constituir, um perigoso referencial para os juízes mais distraídos.

Como mero referencial da ética ou deontologicamente correcto, a exemplo do que sucede noutros países, é possível que tivesse utilidade, na tarefa de interpretação da lei.

Em todo o caso, com ou sem código deontológico, a dita atitude defensiva, mas não receosa, impõe-se.

O bom senso e a competência do juiz farão o resto, na senda da “dignidade”.

Esta ideia de “dignidade” anda colada, como uma pele, à função judicial.

Exprime o alto apreço do Estado pela justiça, como uma das suas funções primárias, porventura a mais importante.

Em que medida é que um acto ou uma actividade da vida pública do juiz, ou que, nesta, se reflecta, briga com a dignidade das funções que exerce é questão que, por causa da fluidez e relativismo já referidos, só em concreto pode ser avaliada.

O ilícito disciplinar escapa, com efeito, e por natureza, à regra da tipicidade própria do direito penal, sendo terreno propício à “nuance”, ao relativismo. Uma fórmula como aquela, que remete genericamente para a incompatibilidade do acto com a “dignidade das funções”, contém, não obstante, o indispensável de precisão para não ferir os princípios do estado de direito, designadamente, o da legalidade.

O acto da vida pública do juiz só será compatível com a “dignidade das suas funções” se disser respeito a actividades de interesse social de relevo (independentemente da grandeza do grupo ou associação que as desenvolve), com carácter recreativo, cultural, religioso, assistencial ou desportivo.

Claro está que seria de todo indigna a filiação do juiz em associações de carácter xenófobo ou racista, ou defensoras de ideais antidemocráticos.

Ou valer-se do prestígio e da autoridade do cargo para recolher vantagens para si ou para a associação de que faça parte.

Se pretendermos dar um critério de orientação geral para a actividade social do juiz, poderíamos dizer o seguinte:

não deve fazer parte de grupos ou associações que, quer a nível local, quer nacional, defendam ideias ou projectos fracturantes, ainda que maioritários, fundamentalistas ou integristas, nem deve sustentar publicamente tais ideias ou projectos.

O juiz nunca deve perder a confiança da sociedade, no seu todo.

Garantido contra a possibilidade de lhe pedirem contas dos seus actos decisórios (irresponsabilidade), e contra a eventualidade de lhe tirarem o lugar por qualquer outro motivo que não sejam os especificamente previstos na sua lei estatutária (inamovibilidade), o juiz pode decidir tranquilamente, porque imune a pressões, apenas escravo da sua própria consciência.

Mas, a independência não seria completa se, não obstante, pudesse o juiz expor-se voluntariamente a todo o tipo de dependências sócio-económicas.

É neste perspectiva, numa perspectiva, pois, de garantia e realização da independência, que se devem entender as chamadas "incompatibilidades" e o "dever de reserva".

Falando de incompatibilidades, quer-se significar que, para garantia da sua independência, já não perante os demais poderes públicos, mas face aos poderes de facto instalados na sociedade, há necessidade de limitar, na medida do indispensável e de modo adequado e proporcional²⁹, os direitos cívicos do juiz.

Limitação que houve o cuidado de elevar ao mais alto do escalão legislativo (a Constituição), e que, em súmula, significa que o juiz em exercício não pode desempenhar qualquer outra função pública ou privada, de natureza profissional, isto é, com a característica de um modo de vida sócio-economicamente aceite, e que também lhe está vedada a prática de actividades públicas de cariz político-partidário³⁰.

As incompatibilidades servem, por um lado, o prestígio da função e a imagem de neutralidade da justiça, e, por outro, para manter o juiz liberto de influências e despegado de outros interesses que não sejam os específicos da sua missão.

É indispensável preservar o juiz de influências públicas ou privadas, mas não o é menos mantê-lo inteiramente disponível.

Tão disponível que a ausência da circunscrição judicial onde exerce funções só se justifica em caso de licença, férias, sábados, domingos e feriados³¹.

Ficam ressalvadas da incompatibilidade as funções de docência ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, e, também, as de natureza não profissional, aí incluídas as de direcção em organizações sindicais da magistratura³²; quanto à actividade política, a ressalva respeita, apenas, ao exercício dos cargos de Presidente da República e de membro do Governo ou do Conselho de Estado³³.

²⁹ Art. 18.º, n.º 2 e 3, da Constituição.

³⁰ Art. 216.º, n.º 3 e 5, da Constituição, e 11.º, n.º 1, e 13.º, n.º 1, do Estatuto.

³¹ Cfr. art. 8.º e 9.º, do Estatuto, que, compreensivelmente, dispensa do "domicílio necessário" os juizes das Relações e do Supremo.

³² Citado art. 13.º, n.º 1, do Estatuto.

³³ Art. 11.º.

O juiz não pode, pois, dedicar-se a outra função profissional que não a sua.

Isto é, não pode dividir-se entre a sua função soberana e qualquer outra função, de natureza profissional, seja ela pública ou privada.

O Estado arroga-se uma pretensão de exclusividade, relativamente aos seus juízes.

Pretensão que quase chegou a ser obsessiva, quando alguns parlamentares constituintes pretenderam impedir as próprias comissões de serviço autorizadas pelo Conselho Superior da Magistratura³⁴.

Do regime da incompatibilidade não está excluído, ao contrário do que alguns sustentam³⁵, o chamado “acto isolado”, próprio de outra função, pública ou privada, de natureza profissional.

Em qualquer caso (exercício permanente ou acto isolado) justificam-se as preocupações com a disponibilidade e a independência dos juízes, que estão na base da teoria das incompatibilidades.

E, na verdade, tanto desempenha função pública ou privada de natureza profissional aquele que a exerce de maneira estável e habitual como aquele que pratica, aqui e além, hoje e noutro dia, actos próprios da mesma função.

Assim entendidas as coisas, não há que ter qualquer espécie de dúvida sobre a proibição, de princípio, de o juiz receber outra remuneração que não seja a que estatutariamente lhe cabe.

Serão de excluir dessa proibição, além das que resultem da lei, por outras actividades nela atribuídas aos juízes, as remunerações recebidas do Estado pela prática de tarefas ocasionais e não profissionais, de interesse público, requisitadas pelo Governo e aceites pelo juiz.

São os casos, p. ex., da participação em comissões de reforma legislativa.

Nestes casos, continua a ser o Estado o remunerador e não seria razoável que tarefas tão especializadas e trabalhosas ficassem sem compensação.

Foi para clarificar o sentido da proibição constitucional, atalhando a interpretações intoleravelmente limitadoras dos direitos fundamentais do cidadão-juiz, que o art. 13.º, n.º 1, do Estatuto, acrescentou o qualificativo “de natureza profissional” ao termo constitucional “função”, deixando, assim, ampla margem ao juiz para o desempenho, como qualquer cidadão, de toda a actividade de carácter estritamente social e cívico; o acrescento não visou, pois, tolerar o acto ocasional, próprio de outra profissão.

Do regime das incompatibilidades tem sido tradicional e pacificamente excluído o exercício, ainda que profissional, de actividade autoral, bem como o gozo dos correspondentes direitos patrimoniais.

³⁴ Cfr. Actas da Assembleia Constituinte; os juízes podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à judicatura desde que autorizados pelo conselho superior competente (art. 216.º, 2, da Constituição).

³⁵ Cfr. Boletim Informativo do Conselho Superior da Magistratura, Julho de 2005, a págs. 115-120.

São direitos inerentes à expressão do mais fundamental e íntimo da personalidade, que não seria razoável impedir ou restringir.

Já o mesmo não direi da participação em tribunais arbitrais, mesmo que “pro bono”, porque se trata de função de natureza profissional³⁶, que desviaria o juiz da sua função pública, com prejuízo do princípio fundamental da exclusividade.

Não estaria em crise, aqui, o princípio da independência³⁷, mas, tão só, como disse, o da exclusividade.

Trata-se, neste caso, de uma incompatibilidade justificada por razões de disponibilidade e não de qualquer tipo de dependência.

Falando, agora, do dever de reserva.

À imagem de neutralidade e ao prestígio do juiz, assim como à necessidade de preservá-lo do efeito de influências estranhas aos processos que dirige e julga, interessa, ainda, o art. 12.º, do Estatuto, onde se consagra o dito dever.

O dever de reserva é um indispensável componente do ambiente judiciário.

Tem por fim balizar o local e o tempo do pleito judicial, para preservar os magistrados de apreciações superficiais e precipitadas, e, como disse, protegê-los de influências estranhas às regras estabelecidas, assim garantindo a independência e a imparcialidade dos julgamentos.

Os juízes não podem fazer declarações ou comentários sobre processos, salvo para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo, e, mesmo assim, só quando superiormente autorizados³⁸.

Este dever de reserva dos juízes não abrange, porém, as informações que, em matéria não coberta pelo segredo de justiça ou pelo sigilo profissional, visem a realização de direitos ou interesses legítimos, nomeadamente, o do acesso à informação; nestas circunstâncias, o juiz pode fazer declarações ou comentários, sem necessidade de pedir autorização.

No dever de reserva, deve considerar-se, ainda, abrangida a necessária contenção verbal do juiz durante os actos públicos.

Embora seja tolerável alguma dose de informalidade, não deve nunca o juiz exteriorizar juízos antecipados, designadamente sobre a credibilidade de uma testemunha ou sobre o mérito da prova ou da pretensão que lhe foi dirigida.

Tais juízos são precipitados e põem em risco o prestígio e a credibilidade do juiz.

³⁶ Embora não regular, trata-se de uma actividade inerente a profissões jurídicas e outas, técnicas e económicas.

³⁷ Porque o árbitro é independente das partes, sendo remunerado pela conta do processo.

³⁸ Art. 12.º, do Estatuto; para este efeito, que é estranho ao acto de julgar e decidir, não funciona a independência estatutária dos juízes.

Não deve o juiz, em qualquer caso, transmitir uma imagem chocarreira ou desatenta, e isso constitui, também, um aspecto do dever de reserva.

Nem sempre é fácil o convívio do dever de reserva com o direito à informação³⁹, nas suas duas vertentes: a de informar e a de ser informado.

Estão fora de causa, evidentemente, as matérias abrangidas pelo segredo de justiça ou pelo sigilo profissional.

Mas, para além disso, os juízes não podem ficar alheados desse fenómeno moderno que é o da busca de cada vez mais e mais informação.

O juiz deve encarar com abertura de espírito e consciência profissional a avidez dos “media” pelo mundo judiciário, aplicando com generosidade mas, ao mesmo tempo, com cautela e rigor, a norma do n.º 2, do art. 12.º, do Estatuto, e encarando-a não como uma excepção ao dever de reserva, mas, antes, como uma tarefa normal das suas funções de soberania.

Sem que isso, porém, possa dar azo a promiscuidades espúrias e tão criticadas entre juízes e jornalistas.

Um dos principais entraves ao correito fluxo de informação entre os tribunais e a imprensa é o de o discurso judiciário conter, em regra, uma linguagem estranha para o cidadão comum e para o jornalista não especializado.

Deverá o juiz, então, renunciar à linguagem técnica e cultural das suas intervenções judiciárias?

De certo que não. É forçoso que, embora simplificado, o discurso do juiz continue a buscar o seu fundamento na lei e no direito, e com o máximo rigor, porque é precisamente na má compreensão das normas e dos princípios aplicáveis, ou no seu esquecimento, que o direito e a justiça acabam por se escapar, a cavalo de uma muito subjectiva, difusa e, portanto, muito perigosa ideia de justiça.

A concessão dos juízes à linguagem simplificada dos meios de comunicação social tem limites que não podem ser ultrapassados.

Que fazer, então, para que a justiça chegue, descodificada, ao Povo, que exige cada vez mais e mais transparência e informação?

Cabe, aqui, como está bem de ver, um papel importante de mediador à comunicação social e um necessário esforço de adaptação dos tribunais às novas e crescentes solicitações dos “media”.

³⁹ Direito de matriz constitucional – art. 37.º, 1, da Constituição.

É de levar em conta, neste particular, a Recomendação do Conselho da Europa 13, de 10/07/03, sobre o fornecimento de informações, através da imprensa, relativas a processos criminais.

É necessário, por outro lado, que a orgânica judiciária preveja a existência de gabinetes de comunicação, expressamente vocacionados para o atendimento e esclarecimento da comunicação social e do público, tal como, p. ex., já sucede na nossa vizinha Espanha⁴⁰.

É necessário que o tratamento e a reportagem dos casos judiciais e a dos problemas da justiça em geral sejam feitos por profissionais da informação especializados, ou, mesmo, credenciados.

Quando não regulamentadas (na Inglaterra, p. ex., são-no) é, pelo menos, necessário que as relações entre magistrados e imprensa façam parte dos currícula da formação daqueles profissionais.

Cabe, em suma, aos tribunais apetrecharem-se com gabinetes especializados em decodificar a linguagem e os gestos dos juizes, aos juizes simplificar as suas intervenções, despindo-as de formalismos ultrapassados e de culturalismos inúteis, e aos agentes da comunicação social, na sua missão informadora e formadora, o esforço necessário de aprendizagem dos tiques e do linguajar judiciário.

Mas, uma vez garantida a independência do juiz, importa livrá-lo de situações que possam fazer perigar a sua Imparcialidade. Independência e imparcialidade, não sendo, com efeito, conceitos coincidentes, também não são antagónicas. São, antes, conceitos complementares.

A imparcialidade é um atributo natural dos juizes, por causa da natureza mesma da função de julgar.

Como disse, a parcialidade dolosamente assumida é causa de responsabilidade do juiz protagonista.

Mas, a imparcialidade é uma flor delicada, que é necessário cultivar com esmero.

Importa não só garantir a imparcialidade efectiva como, também, a imparcialidade aparente.

Di-lo com muita sabedoria o n.º 3 do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local⁴¹.

Tanto ou mais importante que a imparcialidade no concreto é a aparência de imparcialidade.

É a velha história da “mulher de César”.

⁴⁰ O nosso Supremo Tribunal de Justiça já integra, na sua lei orgânica, uma assessoria de imprensa.

⁴¹ “É dever geral dos funcionários e agentes actuar no sentido de criar no público confiança na acção da Administração Pública, em especial no que à sua imparcialidade diz respeito”.

Atitudes de parcialidade podem resultar de situações que são evitáveis, sem grande ou significativo prejuízo para a vida particular e os direitos individuais do magistrado.

Assim é que, em determinadas condições nele estabelecidas, o art. 7.º, do Estatuto, veda ao juiz, para garantia da sua imparcialidade, o exercício de funções em circunscrição judicial onde sirvam outros agentes da justiça a ele ligados por laços familiares ou parafamiliares, ou em que o próprio tenha exercido funções de agente do M.º P.º ou de advogado.

Mas, outras situações de impedimento, além das indicadas no Estatuto, estão previstas nos diferentes códigos de processo, estas destinadas à garantia da imparcialidade relativamente a processos em que o juiz possa ter algum interesse moral ou material⁴².

Em todas as situações estatutária e processualmente previstas, constitui, pois, estrito e indeclinável dever do juiz denunciar a situação que implica o impedimento e declarar-se impedido.

E, embora não possa declarar-se voluntariamente suspeito⁴³, isso não quer dizer que não deva suscitar a questão, pelas correspondentes vias, sempre que, em concreto, se verifique algum ou alguns dos casos que podem justificar a arguição de suspeição.

Numa síntese, direi que a deontologia dos juízes está ao serviço da dignidade da função e dos valores essenciais da competência, disponibilidade, independência e imparcialidade dos que a exercem.

Assim falou Salomão.

Mas, apesar de longa, a fala do colega mais velho pareceu demasiado abstracta a quem, como qualquer um daqueles seus amigos, precisava de respostas concretas.

Salomão viu, logo, a insatisfação na cara dos seus ouvintes e percebeu que tinha que ir mais longe.

Afinal de contas, ninguém é bom juiz em causa própria, pensou, e por alguma razão, não, por certo, a de ouvir teoria, aqueles colegas mais novos lhe tinham pedido ajuda.

Em todo o caso, nem Salomão queria servir de juiz dos amigos sem que estes expressamente lho solicitassem, nem estes se sentiam à vontade para confessar que continuavam com dúvidas.

Foi Maria quem rompeu o silêncio e o embaraço, arranjando coragem para pedir a Salomão que fosse o mais concreto e explícito quanto possível.

Então, Salomão disse, por fim, dirigindo-se, em primeiro lugar à colega Maria:

⁴² Cfr. os art. 122.º, e ss., CPC; 39.º, e ss., CPP.

⁴³ Cfr. art. 126.º, 1, CPC, e 43.º, 4, CPP.

- *Maria poderá fazer parte do corpo docente da universidade privada que a convidou, desde que a regência seja gratuita e mediante prévia autorização do Conselho Superior da Magistratura.*

Esta prévia autorização justifica-se como uma forma de a entidade superior de gestão e disciplina dos juízes avaliar da conveniência e oportunidade desse compromisso de Maria.

E pode ser retirada, como é óbvio, desde que se alterem os pressupostos da conveniência ou da oportunidade.

Não se vá dar, sem a oportuna e adequada reacção, o caso daquele juiz que chega tarde e agastado a uma diligência urgente do seu turno de férias, por ter estado a fazer exames na faculdade onde, com autorização, exercia Junções docentes não remuneradas.

Claro que a autorização só poderá ser pedida e dada para o exercício da docência ou da investigação jurídicas, como é o caso.

Esta limitação tem, aliás, todo o sentido, pois, abrindo a porta a outros interesses profissionais do juiz, mantém-no, porém, ocupado no estudo do direito, e, além disso, numa tarefa de compatível dignidade; não numa magistratura, mas, em todo o caso, num magistério.

Já a intervenção ocasional em cursos de pós-graduação, conferências e congressos, ou outros eventos semelhantes, de qualquer natureza, jurídica ou outra, mediante a feitura de palestras, conferências, lições ou alocações, não suscita qualquer problema de incompatibilidade.

Não se trata, aí, do “exercício profissional” de qualquer função pública ou privada, e, portanto, não cria quaisquer tipo de dependências ou de incompatibilidade com a função do juiz, que apenas estará condicionado, como é óbvio, pela absoluta prioridade que tem de dedicar à sua função soberana.

Esta actividade ocasional pode ser exercida independentemente de autorização do Conselho Superior da Magistratura e pode ser remunerada, a título de direitos de autor⁴⁴, desde que se trate de “obras originais”, isto é, criações do próprio juiz.

Depois, dirigindo-se a Miguel, o que trocou a política pela justiça:

- *Nada impede que o juiz em exercício tenha uma filiação partidária, e, como tal, se inscreva como militante de um partido e possua e use o correspondente cartão.*

É um direito que, aliás, nem todos os Estados reconhecem.

Nada impede que, nas discussões de café, nos almoços e jantares em família ou entre amigos, o juiz manifeste a sua preferência partidária e defenda as posições dos dirigentes do seu partido. Trata-se de actos da vida privada que não seria lícito reprovar sem grave atentado aos direitos de cidadania.

⁴⁴ Cfr. art. 2.º, n.º 1, b, do Código dos Direitos de Autor.

O que o juiz não pode é transformar esses momentos em sessões de propaganda, aproveitando a presença de estranhos e elevando convenientemente a voz e adequadamente o estilo.

Nessas circunstâncias, já não poderia negar que estivesse conscientemente a exercer actividade político-partidária de carácter público.

Assim como o não poderia se ostentasse publicamente, na lapela do casaco, um distintivo partidário.

Não será, de igual modo, aceitável, à luz das regras deontológicas, que o juiz aproveite as conversas informais de gabinete ou as reuniões sociais à volta das cerimónias públicas em que figure para exprimir e defender as suas orientações político-partidárias.

Em qualquer dos casos, o juiz estaria a exercer actividade político-partidária de carácter público.

Por maioria de razão, deve o juiz, filiado ou não filiado, simpatizante ou não simpatizante, recusar todo e qualquer convite para intervir em sessões de esclarecimento, conferências ou outros eventos publicamente promovidos por uma organização partidária. Ainda que movido pela mais inocente das intenções.

E pela mesma maioria de razão, até agravada, e à qual acrescem outros motivos, como sejam a preservação da dignidade da função, são totalmente de excluir manifestações públicas de regozijo ou outras, na sequência dos resultados eleitorais.

Perigosamente degradada ficaria a imagem de independência e de imparcialidade do juiz se, dessa maneira excitada e emocional, se colocasse de um dos lados da disputa político-partidária.

Perigosamente manchada ficaria, além disso, a imagem de serenidade que o juiz deve transmitir aos eventuais destinatários das suas decisões.

Tanto mais grave será a quebra deontológica quanto mais pequeno for o meio social em que o juiz exerce as suas funções”.

Foi a vez de José pedir uma pronúncia do colega mais experiente sobre as diversas dúvidas que lhe expusera.

A explicação teórica dava-lhe, sem dúvida, pistas para a solução.

Mas, tratava-se de um assunto pessoal, acerca do que ele, José, se não sentia um decisor auto-suficiente.

Salomão retomou a palavra:

- Nada impede, sob nenhum dos aspectos em que se possa encarar a deontologia do juiz, que ele participe regularmente com os colaboradores mais próximos, em práticas desportivas.

A proximidade que uma tal prática envolve e propicia só pode ser benéfica.

Ela dá calor humano às relações meramente funcionais e institucionais, reforçando, desse modo, o mútuo conhecimento e compreensão, com vantagem para o trabalho do dia-a-dia.

Ponto é que o juiz, no jogar, seja virtuoso e companheiro.

Nada impede, também, e como é óbvio, que pratique desporto, individual ou colectivamente, no âmbito da sua vida privada.

Alargar a prática para além desse âmbito restrito só seria admissível, p. ex., num torneio entre tribunais ou outros serviços públicos, designadamente, de justiça, e num contexto meramente recreativo.

Participar em torneios organizados por entidades estranhas, oficiais ou não oficiais, para mais, com possibilidade de assistência de público, deve ser de todo evitado.

As imprevisíveis e incontroláveis circunstâncias conflituais em que o juiz se poderia envolver, principalmente durante os jogos, prejudicariam a sua imagem pública, destruindo a confiança que os cidadãos precisam de ter nos seus magistrados.

O risco seria grande de cair em situações de total incompatibilidade com a “dignidade indispensável ao exercício das funções”.

O mesmo, sem tirar nem por, é de dizer no que toca ao exercício da arbitragem.

A restrição quanto à prática pública do desporto amador só deve ser, porém, aplicada aos jogos colectivos.

A prática amadora, ainda que federada e integrada em qualquer associação desportiva, de desportos individuais, não colide, em princípio, com a dignidade inerente à função e pode constituir, mesmo, um referencial positivo para os cidadãos.

A participação “pro bono” de juízes em organismos de justiça da orgânica desportiva não deve ser encarada com desconfiança.

Ela pode assegurar o prestígio das decisões dali emanadas e constituir, ao fim e ao cabo, uma contribuição valiosa dos Juízes para a credibilização de um muito importante sector da actividade nacional, onde, como é sabido, tantos interesses e tantas paixões se confrontam.

Indispensável é que o juiz não esteja publicamente conotado com qualquer filiação ou simpatia clubística, que o torne, desde logo, vulnerável no clima de frequente suspeição que grassa em alguns meios, designadamente o do futebol.

Quanto a remunerações dessa actividade, o juiz só pode receber as que correspondam à compensação das suas despesas (ajudas de custo e transportes).

Como já disse, o Estado quer que os seus juízes sejam totalmente imunes a qualquer tipo de dependência.

Ser pago, para além das ajudas de custo e despesas de transporte, representaria uma dependência incompatível com o estatuto do Juiz, contrária ao espírito do n.º 1 e 2, do art. 13.º, do Estatuto.

Seria transformar uma actividade que se pretende de simples participação social e cívica num complemento da profissão do juiz.

Nada impede, é claro, que os montantes da ajuda de custo e das despesas de transporte sejam superiores àquelas que o Estado paga ao juiz quando ele se desloca em serviço.

Ponto é que esses montantes não constituam uma remuneração disfarçada.

Incompatível, no caso, seria, pois, apenas o recebimento de senhas de presença, porque estas acabam por ser, com efeito, uma remuneração, ainda que, porventura, justa, do trabalho do juiz nos processos.

A aceitação do convite, por outro lado, não dependia de participação nem de autorização do Conselho Superior da Magistratura, e isso porque não implicava uma vinculação de natureza profissional às entidades desportivas tutelares.

Em se tratando de organismos, não de justiça, mas de disciplina, a participação dos juízes não deverá ser, em princípio, admitida, dado que inadequado à imagem de imparcialidade que sempre deve acompanhar o juiz na sua vida pública.

Uma coisa é, com efeito, a justiça e outra, bem diferente, é a disciplina.

Acresce, ainda, a singeleza jurídica dos problemas, que não justificam a intervenção de magistrados, e a estreita proximidade com as exacerbadas paixões semanalmente desencadeadas.

Os julgamentos, em tais circunstâncias, são fonte de desprestígio do juiz, e, por isso, uma actividade incompatível com a dignidade da Junção judicial.

Foi a vez de Joana afirmar que, não obstante, continuava com dúvidas sobre aceitar ou não a proposta que a família amiga lhe apresentara, uma vez que o contrato que lhe propunham não implicava a prática profissional de uma função e que, em seu entender, a interpretação mais consentânea com o princípio da natureza excepcional das incompatibilidades era o de que só a prática, em regime profissional, de funções de natureza profissional, remuneradas ou não (com excepção, neste último caso, das de docência ou investigação na área do direito) é que estavam abrangidas pela proibição legal.

Salomão discordou e aconselhou, com veemência, a colega Joana a recusar a proposta, falando assim:

- O dinheiro não é coisa vil ou desprezível, e, portanto, não seria motivo de vergonha o juiz receber a devida compensação por qualquer trabalho honesto e lícito que fizesse para alguém, nos momentos livres da sua função.

O mal está na proximidade e na dependência que isso pode acarretar.

O Estado quer que os seus juízes tenham uma vida económica completamente independente dos interesses privados.

O Estado quer ser, e tem boas razões para isso, o único, o exclusivo destinatário do trabalho profissional do juiz, e, portanto, o seu único, exclusivo remunerador.

É tentador interpretar a “incompatibilidade” prescrita no n.º 3, do art. 216.º, da Constituição e no n.º 1, do art. 13.º, do Estatuto, na parte que respeita à remuneração, como dirigida, apenas, ao exercício paralelo de uma profissão.

Poderia argumentar-se assim:

se a ideia da lei fosse a de proibir a remuneração de todo e qualquer trabalho, profissionalizado ou não, tê-lo-ia dito de forma expressa, atendendo ao carácter excepcional e expresso das restrições aos direitos, liberdades e garantias⁴⁵;

é compreensível que a preocupação dos constituintes tenha sido com as ligações estreitas e variadas que uma ligação de carácter profissional proporciona, quer ela seja quer não seja remunerada Mas, como já disse, não é assim. A incompatibilidade põe-se relativamente a qualquer tipo de actividade de natureza profissional, esporádica ou não, remunerada ou não (com a única excepção já referida).

O que se pretende é a exclusividade do juiz, sob o ponto de vista profissional.

No caso, acresce um outro grave e importante motivo para recusar a proposta.

É que a aceitação implicaria o exercício ilegal de profissão titulada, ou dependente de preenchimento de determinadas condições, como sejam, p. ex., as de advogado, solicitador ou a de mediador imobiliário⁴⁶.

Bernardo, o mais jovem de todos, depois de ouvir tanta restrição e condicionamento à vida pessoal, não resistiu a dar um jeito na “t-shirt” antes de pedir a Salomão que lhe desse uma opinião sobre a viabilidade da sua projectada reclamação ao relatório do inspector judicial.

Disse Salomão:

- Não constitui, hoje, qualquer motivo de especial preocupação o modo de vestir do juiz.

As pessoas, quer dos meios urbanos, quer dos meios rurais, já não estranham que os seus magistrados vistam, em público, de modo descontraído e informal.

Mas, nos actos públicos a que deva presidir, e em que não seja obrigatório o uso do traje profissional, o juiz não deve esquecer a austera dignidade da função que exerce, devendo apresentar-se vestido em conformidade.

Por melhor que seja o “ambiente judiciário” local, não deve, nunca, o juiz falar de processos pendentes a não ser nos momentos processuais próprios. Nem com os advogados em causa, nem com outros.

Impõe-no claramente o dever de reserva a que me referi.

⁴⁵ Art. 18.º, 2, da Constituição.

⁴⁶ Art. 1.º, n.º 6, a, Lei 49/2004, de 24/08, art. 5.º, DL 211/2004, de 20/08, e art. 358.º, b, CP.

O dever de reserva fica, igualmente, gravemente comprometido quando o juiz confessa ao jornalista as dúvidas que teve ao dar como provados determinados factos fundamentais para a condenação, em determinado processo, de determinado arguido.

No decurso dos actos públicos, designadamente, durante as audiências, o juiz tem por dever mostrar uma atitude serena e atenta, desde o princípio até ao fim.

Deve evitar juízos antecipados, precoces, como quando, p. ex., verbera uma testemunha a propósito do depoimento que ela está a prestar, classificando-o, logo ali, de falso e de nulo valor probatório.

Das duas uma: ou o juiz tem razões, alicerçadas em provas evidentes, para, considerar falso o depoimento, e, então, serenamente, manda seguir os trâmites processuais adequados, ou, tratando-se de uma simples suspeita, guardará para si a provisória avaliação, que, se não alterada posteriormente, terá, na decisão final sobre a matéria de facto, a adequada resposta.

Todo o juízo fora de tempo é precipitado e desprestigiante.

Assim como são desprestigiantes e nada condignos a informalidade exagerada, os remoques a participantes e a advogados, a ostensiva desatenção (despachando, p. ex., processos enquanto os advogados intervêm ou as testemunhas falam).

Salvo, pois, no que respeita às observações sobre a apresentação pessoal, que, sem mais, me parecem pouco fundamentadas, tenho que concordar com o relatório da inspecção e, com a referida ressalva, aconselhá-lo, pois, a não reclamar.

A noite ia avançada e Salomão despediu-se.

Os amigos acompanharam-no à porta, pois tencionavam ficar mais um bocado a trocar impressões sobre tudo o que tinham ouvido. Maria, a mais ousada e desinibida deles, ainda desafiou Salomão a ponderar se, assim, não estaria a dar guarida a uma mentalidade grandiloquente e elitista e, ao mesmo tempo, castradora da vida cívica do juiz.

Os outros ficaram com a mesma vaga impressão, mas só ela teve a ousadia de sugerir, daquela maneira, uma ruptura de mentalidades entre as respectivas gerações.

No céu, a lua ia alta e projectava uma intensa luz, que o grupo olhou contemplativamente.

Numa insuspeita comunhão, todos os cinco amigos, por um fugaz instante, julgaram ver, na superfície do romântico astro, a face de Témis, olhando aquiescentemente a figura precocemente envelhecida de Salomão.

Num gesto de despedida, quiçá encorajado por aquele místico luar, Salomão acrescentou:

A vida do juiz em exercício é de inteira disponibilidade e de consequentes grandes restrições.

O juiz deve lutar, não obstante, por um estatuto remuneratório condigno, mas não pode esperar enriquecer com a profissão; e deve lutar, com não menor empenho, pela substancial melhoria das condições de trabalho.

Mas, só a jubilação ou a reforma, esta mais que aquela, aliviarão as pesadas restrições da sua vida pública.

Bibliografia consultada

- *Actas da Assembleia Constituinte e da Assembleia da República* (em <http://debates.parlamento.pt>);
- *Charte Européenne sur le statut des juges e Exposé des motifs, do Conselho da Europa, de 08.07.1988, Estrasburgo, 1988;*
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, de Gomes Canotilho, Almedina, 6.ª edição, Coimbra, 2002, pp. 653 a 683;*
- *Constituição Política da República Portuguesa Anotada, de Vital Moreira e Gomes Canotilho, Coimbra Editora, 3ª edição, Coimbra, 1993, pp. 790 a 832;*
- *A Deontologia do Juiz, de Philippe Abravanel, em CJ, 1995, T III, pag.9 e ss.*
- *A deontologia dos juízes, de Arala Chaves, em CJ, 1978, T 1, pag. 5 e ss.*
- *Juez y Sociedad, de Ruiz Pérez, em BMJ 332.º/5*
- *http://www.justiceintheworld.org (edição n.º 10, da revista “on line”)*
- *Em Nome da Lei, de Alain Minc (Editorial Inquérito, Lisboa, 2000)*
- *Interrogações à Justiça (Editorial Tenacitas, Coimbra, 2003)*

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

IV – Diálogo Interjurisdiccional

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A influência da CEDH no diálogo Interjurisdicional – a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho



[António Henriques Gaspar]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional – a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho*

Publicado na Revista Julgar, n.º 7, 2009, pp. 19 a 27

Propondo-se analisar, tanto em sede de diagnose como de prognose, a influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) no diálogo interjurisdicional a partir das fórmulas de relacionamento do espaço judiciário estadual-nacional com as construções doutrinárias e jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), o autor começa por identificar os factores conjunturais impulsionadores do incremento dos níveis de permeabilidade registados entre aquelas jurisdições, destacando, neste contexto, a emergência nas modernas sociedades democráticas do paradigma do juiz da Constituição, caracterizado pelo reforço da ideia de vinculação do juiz a normas e princípios fundamentais superiores às próprias leis dos parlamentos.

Sem deixar de identificar um conjunto de elementos de tensão na interacção entre a instância europeia e as instâncias nacionais, o autor destaca as áreas temáticas que apresentam maior permeabilidade às leituras jurisprudenciais do TEDH, mormente no plano dos direitos fundamentais onde refere se vir registando uma especial aceitação do diálogo interjudicial em ordem ao reforço da respectiva efectividade.

Notando a dificuldade de enquadrar em categorias as relações entre o TEDH e os juízes nacionais, o autor não deixa de sustentar que as decisões do TEDH, quando interpretam as disposições da CEDH, devem ter uma «autoridade específica» que se impõe a todos os Estados por força da chamada autoridade de “chose interprétée”.

Como notas finais sobre a atitude metodológica a desenvolver neste contexto, o autor acentua a ideia de que a interacção entre a instância europeia e as instâncias nacionais deverá supor da parte destas uma posição abertura e a assumpção de uma cultura de cosmopolitismo judicial e de que o diálogo interjudicial, reforçando a independência dos juízes nacionais, deverá ser por estes assumido com a remissão para valores fundamentais, abertura a horizontes diversos e a outros modos de pensar o direito.

* Intervenção no Colóquio por ocasião da Comemoração do 30.º Aniversário da vigência da CEDH em Portugal – Supremo Tribunal de Justiça, 10 de Novembro de 2008.

1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) constitui um documento histórico e historicamente datado, mas que tem mantido uma penetrante actualidade, através da leitura dinâmica, sucessivamente enriquecida pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e também – porque não dizer – como resultado do diálogo com as jurisdições nacionais.

A protecção dos direitos fundamentais, especialmente a efectiva protecção judicial dos direitos constitucionais do indivíduo, passando da proclamação dos grandes textos à jurisdicionalização efectiva, foi a marca do séc. XX; inicialmente nos Estados Unidos por efeito da jurisprudência da *Supreme Court* e, na segunda metade do século na Europa, muito na base da aplicação da CEDH sem cristalizações temporais e do seu desenvolvimento pretoriano pelo TEDH, numa dimensão que os autores do documento não poderiam ter certamente pensado ou a vontade política possível à época não teria permitido.

De todos os instrumentos internacionais de protecção, a CEDH – sucessivamente acrescida de vários Protocolos consagrando novos direitos – estabeleceu o sistema de protecção porventura o mais emblemático e certamente o mais eficaz, centrado actualmente no TEDH.

A Convenção estabeleceu mecanismos de controlo efectivos e jurisdicionalizou o sistema de protecção como sistema de direito internacional, concedendo aos indivíduos o direito de queixa contra os Estados; pela primeira vez foi reconhecida aos particulares personalidade judiciária de direito internacional, permitindo-lhes o acesso a um processo no qual podem fazer valer contra o Estado as suas queixas ou pretensões de declaração de violação dos direitos consagrados, podendo obter, numa instância judicial internacional, a condenação dos Estados.

Foi um passo imenso e aceite com desconfiança por um bom número de Estados. Bastará reparar na sequência das declarações de aceitação do direito de recurso individual, previstas na Convenção anteriormente ao Protocolo n.º 11, e anotar os tempos em que a declaração de aceitação foi efectuada pelos Estados que a formularam.

A protecção judicial dos direitos fundamentais, não teórica ou ilusória, mas concreta e efectiva, foi, na Europa e em primeira linha, essencialmente o resultado do labor do TEDH na interpretação e aplicação da CEDH.

Mas o desenvolvimento atingiu a dimensão actual por via de factores institucionais e procedimentais. A Reforma do sistema de controlo instituída pelo Protocolo 11, em vigor desde 1 de Novembro de 1998 (há precisamente dez anos), com criação de um

novo Tribunal de funcionamento permanente, e a generalização sistémica do direito de recurso individual, permitiram o envolvimento judicial numa «massa crítica» de casos e conseqüentes decisões, que constitui um fundo jurisprudencial único e ainda, certamente, em permanente evolução.

A base territorial e pessoal da jurisdição – 47 Estados e 800 milhões de habitantes - tem determinado um inevitável e espectacular aumento da quantidade e da substância das matérias, possibilitando um fundo de diversidade propício à criação jurisprudencial¹.

2. Nas modernas sociedades democráticas foram cometidos ao juiz poderes acrescidos, suscitando mesmo no discurso político, por vezes, a advertência sobre as dificuldades de compatibilizar o controlo judicial com o governo democrático.

Na matriz europeia, os elementos constitutivos dos poderes acrescidos do juiz podem identificar-se, contudo, no tempo e no espaço, pela constitucionalização de direitos e pela caracterização do juiz contemporâneo como juiz constitucional – no sentido substancial de juiz da Constituição e não especificamente funcional de juiz dos tribunais constitucionais. O juiz está vinculado a normas e princípios fundamentais superiores às próprias leis dos parlamentos.

Os poderes do juiz aumentaram - e é aí que se fundamenta a “fórmula crítica” de “governo de juizes”, usada hoje, em corrosão semântica, para efeitos de deslegitimação e disruptivos. Os poderes aumentaram em razão directa da força normativa *self-executing* e directamente impositiva das Constituições, na medida em que a aplicação pelos juizes das normas e princípios constitucionais fundamentais se pode fazer em detrimento da lei e, por mais, da lei dos parlamentos.

O aumento (ou desenvolvimento) dos poderes do juiz contemporâneo afectou o sossego dos modelos e sistemas “legicêtricos”, e manifesta-se, complementarmente, como retorno do direito, nas referências mais amplas que a lei e no incremento da responsabilidade do intérprete.

Neste contexto, como fenómeno a um tempo complementar e determinante, a adopção de textos de direito internacional de protecção de direitos fundamentais, com os seus próprios intérpretes judiciais, produziu um novo modelo que se poderia designar de “cosmopolitismo judicial”, como processo de estabelecimento de instâncias judiciais internacionais ou supranacionais.

¹ No ano de 2007, foram distribuídos 41700 processos, e terminados 28792 (1735 por acórdão e 27057 por decisão de inadmissibilidade ou de retirada das tabelas), para além de 13413 terminados administrativamente ou por desistência antes da distribuição. Cfr. “Aperçu” 2007.

A criação de instâncias internacionais ou supranacionais e a formação dos seus próprios modos de abordagem – linguagem; argumentação – influencia necessariamente as instâncias nacionais, mas também recebe contributos dos juízes nacionais na aplicação dos textos fundamentais de nível supranacional, em interacção que se desenvolve em “contextos deliberativos comunicantes”².

A emergência do juiz supranacional teve, na prática, um efeito relevante de congregação para a sedimentação dos compromissos sobre valores e princípios fundamentais, pela interacção com os juízes nacionais na aplicação dos mesmos princípios e regras fundamentais. As Constituições democráticas modernas apelam - expressa ou implicitamente – aos instrumentos nacionais de protecção, e os juízes, num espaço cultural próximo, acabam por convergir em interpretações e desenvolvimentos com fundo comum.

Por virtude da abertura das sociedades contemporâneas, da disponibilidade de informação, dos intercâmbios e da circulação da pessoas e bens, as normas aproximaram-se ou vivem, na base, sobre fundos culturais e civilizacionais próximos; os conflitos plurilocalizam-se; a emergência de factores de externalidade transporta a necessidade de diálogo judicial.

As relações entre juízes intensificaram-se. Pelo sentimento ou consciência crescente de um património civilizacional democrático ou pelos silêncios do direito positivo, pela construção europeia ou na procura de garantias e de segurança para o comércio internacional, os juízes interagem em círculos de comunicação, muitos deles informais. Por isso, hoje fala-se já de uma “sociedade de tribunais”, emergente num espaço não hierárquico e policêntrico, de horizontes diversos, mas com funções e tarefas comuns, em que ocorre um intercâmbio de informações e ideias, como estímulos intelectuais e argumentativos, em complementaridade ou mesmo em colaboração directa³.

Mas também em modelos de competição ou neutralização⁴.

² Cfr., DAVID ORDÓÑEZ-SOLIS, *Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación*, in “European Journal of Legal Studies”, Vol. 1, n.º 2, p. 3.

³ Cfr. JULIE ALLARD e ANTOINE GARAPON, “Les juges dans la mondialisation”, ed. La République des idées-Seuil, p. 23 ss.

⁴ Revelam-se, por vezes, fortes tensões e manifestações de oposição expressa ao fenómeno de “cosmopolitismo judicial”. A Supreme Court dos Estados Unidos, por exemplo, “en tant que juridiction constitutionnelle modèle, imprégnée de la supériorité de l’oeuvre prétorienne”, “élaborée dans le domaine de la protection des droits individuels” (a expressão é de JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États Unis d’Amérique dans le contentieux européen des droits de l’homme*, in “Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme”, ano 16.º, n.º 62, Abril de 2005, p. 313 ss.), apenas em 26 de Junho de 2003, no caso *Lawrence and Games c. Texas*, se referiu expressamente na argumentação a um acórdão do

Existe, na verdade, (ainda?) uma descontinuidade radical entre o espaço judiciário clássico – estadual-nacional – e os novos espaços de comunicação.

O diálogo entre jurisdições, através da influência ou confluência, por meio de “citações cruzadas” de jurisprudência, constitui um processo objecto de ásperas controvérsias, pelo que revelaria de declínio do “nacionalismo metodológico”.

Mas, com distâncias, reservas, controvérsias e questões de legitimidade intrometidas, sejam interpessoais, institucionais ou através de estratégias argumentativas pela citação de jurisprudência, as relações entre jurisdições fazem hoje parte de um “modo dialógico de dizer o direito, de o desenvolver ou fabricar”⁵.

Porém, em espaços comuns de valores culturalmente partilhados, ou em modelos de integração económica e política, os tribunais internos de um Estado – a entidade estadual como base da jurisdição – não poderão mais permanecer indiferentes aos seus homólogos. Mas o intercâmbio, a partilha ou a procura de referentes metodológicos de abordagem de casos semelhantes acontecem sem vínculos nem dependências ou estatutos de coordenação.

O espaço de comunicação judicial que tem criado possibilidades de acção não é organizado em função de um sistema. A comunicação entre juízes e a abertura para fora do espaço judicial clássico do tribunal como “instância paradigmática” (RICOUER), e a procura ou a aceitação de decisões exteriores como fonte ou referência de apoio interpretativo ou de modelo de argumentação, não constitui orientação deliberada de política jurisprudencial ou opção metodológica, mas atitude que terá factores explicativos contingentes, sobretudo próximos da familiaridade intelectual.

Os adquiridos culturais, as afinidades intelectuais, a proximidade de compreensão ou a facilidade de comunicação e de informação, são factores que contribuem para compreender a abertura e a extensão da abertura a decisões externas como factor de comparação, de argumentação ou de apoio à decisão.

TEDH – o acórdão *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de Outubro de 1981 (sobre a legitimidade de sanções penais para relações sexuais entre adultos, livremente consentidas). No entanto, esta atitude da Supreme Court foi vivamente contestada no seu próprio seio (a opinião dissidente do juiz Scalia), e no Congresso manifestou-se mesmo a intenção política de proibir que um tribunal dos Estados Unidos usasse para fundamentar uma decisão a Constituição, lei, regulamento ou decisão judicial estrangeira ou de organismo internacional (Proposta em 2004 e 2005 do *Constitution Restoratin Act*). DAVID ORDÓÑEZ-SOLIS, loc. cit. , p. 24 considera esta posição “O exemplo mais acabado de provincianismo judicial”.

⁵ Cfr., BENOIT FRYDMAN, *Le dialogue des juges et la perspective idéale d’une justice universelle*, in “Les Cahiers de l’Institut d’études sur la Justice”, n.º 9, “Le dialogue des juges”, ed. Bruylant, p. 147 ss.

É, de certo modo, a circularidade das jurisprudências que se vai tornando multidimensional⁶.

Mas a cooperação e o diálogo judicial não é apenas uma questão de estudo e citação de decisões de outros tribunais; um diálogo genuíno exige, além disso, reciprocidade e troca de opiniões, ideias e experiências.

Mais do que os estímulos intelectuais, as conveniências de metodologia ou a necessidade de superar vazios ou discontinuidades normativas suscitadas pelos desafios e pelo desenho de novas controvérsias desencadeadas pelo avanço das tecnologias, foi a expansão do domínio dos direitos fundamentais e a vontade de lhes transmitir efectividade em decisões concretas que tem contribuído para a maior procura e aceitação do diálogo judicial.

Os direitos fundamentais transportam em si uma partilha de sentido universal de valores comuns, como se traduzissem uma linguagem comum de vocação universal. Para ser efectiva, não podem subsistir recusas de partilha do sentido dos valores.

A judicialização constitui o modo mais eficaz de afirmação e efectivação, contribuindo, mais do que outros modos, para a necessária sedimentação desta linguagem comum.

Os direitos fundamentais não são já apenas referências últimas, mas judicializados e dotados de efectividade, e também como instrumentos ao dispor do arsenal interpretativo e argumentativos dos juízes, participam do mundo de todos os dias e impregnam os vários sectores do direito – família, trabalho, civil penal e do processo penal, administrativo.

3. O TEDH teve influência decisiva na criação, construção e sedimentação de um acervo de valores que constituem hoje património comum de uma “sociedade europeia de tribunais” – e de uma comunidade de cidadãos, mulheres e homens livres em sociedades abertas e democráticas.

A protecção dos direitos fundamentais na Europa, e a impregnação dos vários sectores do direito pelos direitos fundamentais foi obra dos juízes. E, em particular, dos juízes do TEDH, paulatina, mas firmemente e, de modo intenso e decisivo, ultrapassado o

⁶ A “Rede de Supremos Tribunais dos Estados da União Europeia”, constituída como pessoa colectiva de direito francês (instituída em Paris), tem em estado avançado de desenvolvimento a construção de um Portal de Jurisprudência, acessível para pesquisa directamente na língua do utilizador, que, na fase actual, permite o acesso à jurisprudência da maioria dos Supremos Tribunais, com possibilidade de tradução automática das decisões se o pedido for efectuado por juízes dos Supremos Tribunais ou com específica autorização. O STJ integrou o grupo de 5 supremos tribunais na primeira fase de construção do Portal.

“caminho crítico” de meados dos anos 90 do século passado, quando a ampliação do direito de recurso individual permitiu dispor de uma base de casos suficientemente diversificada pela origem e pelas matérias.

O diálogo e a cooperação entre juízes foram, pois, certamente iniciados, mas sobretudo muito influenciados pelo TEDH através do desenvolvimento criativo, da interpretação evolutiva e da aplicação irradiante da CEDH aos vários campos do direito.

Diálogo, antes de mais, com os tribunais nacionais, especialmente com os Supremos Tribunais, mas também como factor de influência na cooperação entre os juízes nacionais a respeito do sentido de valores interdependentes e indivisíveis na procura de uma convergência de resultados.

As relações de mútua influência entre o TEDH e os tribunais nacionais tecem-se dentro de um modelo que não reveste natureza processual, seja hierárquica ou normativa.

O sistema convencional de controlo está instituído num quadro de autonomia, sem continuidade processual directa entre as ordens judiciais nacionais e o TEDH; não existe recurso de decisões judiciais internas, nem partilha de decisões no processo com a instância europeia.

O pedido pelos interessados para a intervenção do TEDH – a queixa – depende mesmo, como pressuposto processual, da exaustão dos meios internos disponíveis e, por isso, da existência de uma decisão interna definitiva – ou seja, de uma decisão transitada em julgado quando emanada de um tribunal interno – artigo 35.º, par. 1.º, da CEDH.

Não é fácil enquadrar em categorias as relações entre o TEDH e os juízes nacionais. Numa perspectiva bilateral, existe, ainda assim, a norma do artigo 46.º, par. 1.º, da CEDH que dispõe que os Estados membros, isto é, todos os órgãos do Estado, incluindo os seus tribunais, “obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem parte”. Por este lado da vinculação directa, aplica-se o princípio da relatividade do caso julgado, que não tem autoridade de caso julgado absoluto ou *erga omnes*, na medida em que não obriga os outros Estados a tomar alguma medida ou a considerar o seu próprio direito interno como inaplicável.

No que respeita, porém, aos tribunais dos Estados que não sejam parte no litígio ou aos tribunais nacionais fora de um caso em que foi proferida a decisão, a relação não está directamente estabelecida. A relação que exista poderá, eventualmente, ser enquadrada numa categoria de diálogo judicial “semi-vertical”, no sentido em que os tribunais de qualquer dos Estados membros estão também directamente comprometidos no respeito pelos direitos fundamentais tal como são garantidos pela CEDH, ou seja, com o desenvolvimento e como são interpretados e aplicados pelo

TEDH⁷.

No entanto, não obstante os termos limitados da vinculação directa, as decisões do TEDH quando interpretam as disposições da CEDH devem ter uma “autoridade específica” que se impõe a todos os Estados por força da chamada autoridade de “chose interpretée”: o TEDH tem por função “clarificar, garantir e desenvolver” as normas da CEDH, contribuindo para assegurar o respeito pelos Estados dos compromissos que assumem pela vinculação convencional⁸.

A interpretação pelo TEDH de normas convencionais deve ser considerada como integrando a própria CEDH⁹.

O princípio de vinculação – aqui, porventura, mais que as contingências – poderá encontrar-se nas fórmulas dos artigos 1.º e 19.º que comandam toda a CEDH.

Os juízes nacionais estão, assim, vinculados à CEDH e em diálogo e cooperação com o TEDH. Vinculados porque, sobretudo em sistema monista, como é o português (artigo 8.º da Constituição), a CEDH, ratificada e publicada, constitui direito interno que deve, como tal, ser interpretada e aplicada, primando, nos termos constitucionais, sobre a lei interna. E vinculados também porque, ao interpretarem e aplicarem a CEDH como primeiros juízes convencionais (ou juízes convencionais de primeira linha), devem considerar as referências metodológicas e interpretativas e a jurisprudência do TEDH, enquanto instância própria de regulação convencional.

A interacção de duplo caminho não pode – será quase da natureza das coisas – deixar de ser assimétrica.

Os tribunais nacionais e, de entre estes, em último grau de intervenção mas no primeiro de responsabilidade, os Supremos Tribunais, são os órgãos de ajustamento do

⁷ ALLAN ROSAS, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in “European Journal of Legal Studies”, Vol. 1, n.º 2, p. 5 ss., categoriza cinco tipos diferentes de relações entre tribunais, passando da hierarquia vertical até relações de natureza mais horizontal.

⁸ Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, *Les effets de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’ordre juridique et judiciaire portugais*, in “Liber Amicorum Luzius Wildhaber”, N. P. Engel, 2007, p. 65 ss.

⁹ O caminho percorrido pelos tribunais italianos revela, por exemplo, as dificuldades (e a evolução) no diálogo com o TEDH e na aceitação da sua jurisprudência. Ainda no decurso dos anos 90, a consideração da CEDH como fonte “atípica” consentiu mesmo aos juízes italianos (especialmente à “Corte di Cassazione” e ao Tribunal Constitucional) aproveitar a “generalidade e indeterminação” das normas da CEDH para declarar a substancial inaplicabilidade aos casos a decidir. Só mais recentemente se encontram exemplos de aceitação da função de “orientamento e indirizzo” das decisões do TEDH, que os juízes devem ter em conta para prevenir um resultado hermenêutico diverso. Cfr. ANDREA GUAZAROTTI, “La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche”, in “Quaderni Costituzionale, Rivista italiana di Diritto Costituzionale”, Ano XXVI, n.º 3, Setembro 2006, p. 491 ss., desig. 498-499.

direito nacional à CEDH, tal como interpretada pelo TEDH; as decisões do TEDH têm, pois, e deve ser-lhes reconhecida, uma autoridade interpretativa.

A “chose interprétée”, porém, não pode ser separada nem isoladamente compreendida fora dos métodos, dos critérios e dos princípios de interpretação ou da cultura de abordagem e argumentação do órgão que interpreta.

Os métodos de interpretação do TEDH, muito marcados pela especificidade de cada caso, avaliando cada situação no seu conjunto e não segmento a segmento, com argumentação e raciocínio marcadamente indutivos em fundo cultural chegado aos princípios da *common law*, podem, em alguma medida, suscitar dúvidas e por em causa os mecanismos de interpretação da lei nos tribunais do sistema continental, e impor ajustamentos na construção coerente de uma nova ordem normativa.

Na procura de harmonização das jurisprudências – interna e da instância europeia – os reequilíbrios devem resultar do diálogo judicial e da aproximação entre métodos de interpretação que evoluam em convergência.

A razão teleológica na protecção, “não teórica ou ilusória, mas prática e efectiva” dos direitos garantidos na CEDH, prima como método, sobrepondo-se na razão prática, à construção normativa.

É nesta convergência ou divergência que a aproximação ou afastamento das instâncias nacionais e europeia mais se pode fazer sentir. Na integração teleológica e dinâmica das categorias e noções convencionais (“necessidade numa sociedade democrática”; “proporcionalidade” de restrições na relação com as finalidades; teoria das aparências; efectividade das garantias; processo equitativo) existe, por natureza, uma parte de álea e de indeterminação na interpretação das disposições convencionais, que comporta o risco inerente de desarmonia entre o primado da interpretação e a norma interna, não como contrariedade patente, mas como resultado concreto divergente.

O diálogo entre jurisdições e a consideração do TEDH pelas experiências e contextos judiciais nacionais podem contribuir também para prevenir o risco, sempre contraproducente, de desvios para o que criticamente se designa como “droit de l’*hommisme*”¹⁰.

¹⁰ A advertência foi deixada pelo primeiro presidente da “Cour de cassation”, GUY CANIVET, em *Cours suprêmes nationales et Convention européenne des Droits de l’Homme: nouveau rôle ou bouleversement de l’ordre juridique interne?*, in “Dialogue entre juges”, TEDH, Seminário de 21 de Janeiro de 2005, p. 26.

4. O diálogo e a interacção judicial não estão, como se salientou, isentos de tensões e resistências.

A recomposição das fontes de direito, pelo valor supra-legal da CEDH, ou moldadas não apenas pelo texto fixado de um instrumento de direito internacional, mas acrescidas pela interpretação, desenvolvimento e aplicação por uma instância judicial supranacional especialmente dedicada, é susceptível de determinar alguma modificação nos princípios de funcionamento e nas referências tradicionais das jurisdições supremas dos Estados.

A natureza própria da jurisdição suprema nacional sofre ajustamentos, com alguma perda de soberania judicial. A possibilidade de a decisão nacional ser, após trânsito em julgado, objecto de declaração pela instância internacional por violação de um direito protegido, põe em causa, se não formalmente, de certo modo na substância, a autoridade judicial das decisões internas de última instância.

A perda de soberania das jurisdições superiores do Estado pela submissão a um controlo posterior pode gerar tensões e resistências, especialmente nos casos em que o TEDH faz uma leitura muito cerrada da margem de apreciação nacional, pouco ou nada deixando às instâncias nacionais nas definições concretizadas de algumas categorias convencionais.

As noções convencionais que suportam a legitimidade de condições ou restrições ao exercício de alguns direitos (os direitos consagrados nos artigos 8.º a 11.º da CEDH – respeito da vida privada e familiar; liberdade de pensamento, de consciência e de religião; liberdade de expressão e liberdade de reunião e de associação), especialmente, pela frequência e intensidade da apreciação, os direitos garantidos nos artigos 8.º e 10.º, e sobretudo pelo peso e pela extensão das justificações consideradas “pertinentes e convincentes” para a legitimidade de alguma restrição ou condição, podem constituir fonte de divergência pelo lado das instâncias nacionais.

Por vezes – e diálogo é também a possibilidade de questionar e olhar o outro lado do espelho – os estreitos limites deixados à margem de apreciação nacional (isto é, dos tribunais internos) podem causar dificuldades de apreensão ou mesmo um sentimento de alguma perplexidade.

E em tais circunstâncias, certamente que a identificação intelectual fica mais onerosa, com o inevitável esboço de resistências ou mesmo com o enfraquecimento da mútua confiança.

Poder-se-iam identificar algumas situações-tipo em que tal risco pode emergir, sendo de esperar, numa relação “semi-vertical” entre instâncias, um esforço de aproximação

de abordagens quando não estejam em causa divergências interpretativas nem o afastamento metodológico de critérios, mas tão-só um juízo concreto – e também razoável – sobre categorias como a “necessidade” e a “proporcionalidade”.

Há exemplos de situações desta natureza, mais patentes na concretização dos critérios de finalidade e medida dos parágrafos 2 dos artigos 8.º e 10.º da CEDH (que enunciam as condições de legitimidade de qualquer ingerência), em que um ou outro limite extremo do TEDH no julgamento da margem de apreciação nacional, por vezes com fortes opiniões dissidentes, não serão facilmente acompanhados ou compreendidos pelas instâncias nacionais. E se assim for, o diálogo construtivo imporá ao TEDH certamente algum esforço para encontrar consensos comunicantes na concretização casuística de alguns critérios.

O caso KARHUVAARA E ILTALEHTI c. Finlândia será um exemplo de paradigma¹¹: não se poderá esperar que as instâncias nacionais, interpretando o sentido dos consensos que permitem os equilíbrios das vivências em cada sociedade, cheguem alguma vez tão longe na desconsideração de aspectos da vida privada e familiar de pessoas com responsabilidades políticas – para não referir já os direitos de terceiras pessoas envolvidas, sem qualquer função ou notoriedade pública e de interesse público.

O envolvimento do TEDH nos factos, reinterpretação ou reelaborando o sentido dos factos tal como aceites e assentes na última instância nacional, quando a decisão do caso não impõe – como geralmente não impõe – averiguação factual autónoma, constitui outro factor que pode ser fonte de algum desconforto e produzir ruído na confiança¹². A reinterpretação autónoma dos factos afasta por inteiro a margem de

¹¹ Acórdão de 16 de Novembro de 2004. Resumidamente, um jornal finlandês publicou várias referências a um julgamento em processo penal em que estavam em causa comportamentos desordeiros e ofensas a um agente policial, praticados em estado de embriaguez, imputados a um advogado; o título da notícia, no entanto, salientava essencialmente o facto de a mulher do arguido ser deputada e presidente de uma comissão parlamentar. Foram publicados alguns textos sobre a sequência do caso, noticiando a decisão de condenação em seis meses de prisão, suspensa, sendo sempre sublinhada, em título dos artigos, a qualidade de parlamentar da mulher do arguido. Na sequência de queixa da mulher do arguido no processo, a empresa proprietária do jornal e dois jornalistas foram condenados em multa e no pagamento de uma indemnização, tendo o tribunal finlandês fundamentado a decisão na circunstância de os títulos, as primeiras páginas e os próprios artigos terem sido publicados com o propósito de chamar a atenção dos leitores principalmente para a relação conjugal do arguido com uma parlamentar, e não com a finalidade de descrever o facto em si.

¹² V. g., caso LOPES GOMES DA SILVA c. Portugal, acórdão de 28 de Setembro de 2000. (na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, fase. 1.º, Janeiro-Março de 2001, p. 131 s.).

O director do jornal *Público* foi acusado de difamação, e condenado, por ter publicado na edição de 10 de Junho de 1993 um artigo em que criticava uma personalidade política, candidato à Câmara Municipal de Lisboa, classificando-o “ideologicamente” com qualificativos de rara violência semântica (“Nem nas arcas mais

apreciação nacional, transformando, *de facto*, o TEDH em “quarta instância”, contrariamente ao modelo convencional de controlo.

Também a reinterpretação pelo TEDH do direito interno é susceptível de acrescentar ruído na interacção entre a instância europeia e as instâncias nacionais, quando tenha por consequência a concessão autónoma de direitos e a correspondente declaração de violação¹³.

A aplicação extensiva da “teoria das aparências” pelo TEDH suscita também, por regra, nos tribunais nacionais de matriz e sistema continental uma reacção mais ou menos difusa de incompreensão. A leitura críptica das aparências como pressuposto da imparcialidade objectiva não entrou ainda – e muito dificilmente será totalmente assimilável – na cultura judicial continental, por nada acrescentar à justiça material e, sem qualquer vantagem, perturbar os modelos processuais ancorados em tradições muito sedimentadas. Há vários exemplos, mas pelas reacções unânimes e fortes da doutrina e do sentimento judicial francês, é muito claro que ainda não assimilaram a decisão do TEDH no caso KRESS c. França¹⁴.

Existem outras situações em que o diálogo judicial está numa fase de construção, esperando-se um encontro frutuoso na jurisprudência que terá de fazer o seu caminho de divergências e convergências. Permito-me salientar, a este respeito, o percurso pela fundamentação na não discriminação (artigo 14.º em conjunto com o artigo 8.º da CEDH), hesitante e, por isso, ainda na busca de um “consenso europeu”, quando se discute a (possível) consideração da orientação sexual em face de direitos de terceiros no âmbito das relações familiares. As posições e a abordagem não coincidentes do

arqueológicas e bafiantes do salazarismo seria possível desencantar um candidato ideologicamente mais grotesco e boçal, uma mistura tão inacreditável de reaccionarismo alarve, sacristanismo fascista e anti-semitismo ordinário”: [...] uma “abercerragem salazarenta”), que o tribunal nacional entendeu que poderiam ser interpretados como sendo referidos também à personalidade da pessoa visada, tendo o autor do artigo aceite a possibilidade de uma tal interpretação. O TEDH reinterpretou os factos, considerando que as qualificações se referiam apenas à personalidade enquanto actor político, e decidiu, conseqüentemente, pela violação do artigo 10.º da CEDH, já que a condenação não era proporcionada, porque no debate político, “a invectiva” “extravasa por vezes para o plano pessoal”, e que estas são “as contingências do jogo político e do debate livre de ideias, garantes de uma sociedade democrática”.

¹³ V. g., a situação referida por GUY CANIVET, *loc. cit.*, p. 30.

¹⁴ Acórdão de 7 de Junho de 2001. O TEDH considerou violadora do princípio da igualdade de armas (artigo 6.º, par. 1.º, da CEDH – processo equitativo) a intervenção do “Commissaire du gouvernement” no “Conseil d’État”, por assistir às deliberações, e pela não comunicação às partes das suas observações no processo.

TEDH nos casos SALGUEIRO DA SILVA MOUTA c. Portugal¹⁵, FRETTE c. França¹⁶ e E. B. c. França¹⁷, exigirão certamente reflexão e novos modelos prudenciais futuros.

Num plano de menor relevância substancial, mas de acentuado interesse prático, algumas decisões na primeira fase de apreciação das condições de admissibilidade das queixas no TEDH deixam um rasto de perplexidade.

Refiro a “nova” (nova, porque inesperada e surpreendente) prática funcionalista para considerar a natureza definitiva da decisão interna e verificar o prazo da queixa, que, agora, parece contar, não do trânsito (a “decisão interna definitiva”), mas de um outro momento a *quo* escolhido pelo TEDH (a data da decisão), independentemente do uso legítimo pelos interessados dos meios processuais disponíveis (v. g., a arguição de nulidades ou pedido de esclarecimento).

5. O diálogo e a interacção entre a instância europeia e as instâncias nacionais têm que supor da parte destas uma posição de grande abertura e a assumpção de uma cultura de cosmopolitismo judicial.

A soberania judicial fica, é certo, mais ou menos enfraquecida consoante são mais ou menos intensas as vinculações internacionais. Mas não compete aos juízes a definição

¹⁵ Acórdão de 21 de Dezembro de 1999, in “Recueil CEDH”, 1999-IX. O tribunal interno (tribunal da Relação), em recurso de decisão de regulação do poder paternal, referiu-se à orientação sexual de um dos progenitores como um dos elementos a considerar na decisão sobre as condições dos progenitores para a melhor realização do interesse da menor na regulação do poder paternal. O TEDH decidiu que a referência à orientação sexual constituía uma discriminação, e declarou que existiu violação do artigo 14.º da CEDH.

¹⁶ Acórdão de 26 de Fevereiro de 2002, in “Recueil” 202-I. Em procedimento administrativo, as autoridades rejeitaram um pedido de autorização prévia para efeitos de adopção com fundamento na “escolha de vida” – celibatária homossexual, que pelas condições de vida não apresentaria as garantias suficientes para acolher uma criança. O TEDH decidiu que não existia violação dos artigos 8.º em conjunto com o 14.º da CEDH. Para tanto, aceitou a margem de apreciação das instâncias nacionais, que poderiam razoavelmente considerar que o direito de adaptar uma criança tinha como limite o superior interesse das crianças susceptíveis de adopção, sendo a justificação apresentada objectiva e razoável.

¹⁷ Acórdão de 22 de Janeiro de 2008. As autoridades francesas recusaram um pedido de autorização para adopção, invocando a ausência de referência parental no lar da pessoa interessada em adaptar, bem como o comportamento da sua companheira, assumida, de longa data, que não se sentia comprometida e interessada no projecto de adopção. Para o TEDH a invocação de um tal motivo (a ausência de referência parental) era estranha a qualquer consideração sobre a orientação sexual da interessada, mas poderia servir de pretexto para afastar o pedido em razão da orientação sexual. A referência à homossexualidade da candidata à adopção era, senão explícita, pelo menos implícita, e a influência na decisão estava não apenas reconhecida, mas revestia um carácter decisivo. O TEDH considerou existir violação do artigo 14.º combinado com o artigo 8.º da CEDH, porque a diferenciação ditada por considerações sobre a orientação sexual não é tolerada pela CEDH.

dos compromissos e dos termos da intensidade e das consequências das vinculações nacionais no plano internacional.

A abertura das jurisdições nacionais deve partilhar-se no diálogo necessário, que seja formal ou informal.

E, segundo o parecer de juízes nacionais reunidos em instância de reflexão e consulta, a jurisprudência do TEDH deve constituir para todos os juízes uma referência no processo de elaboração de um corpo de direito europeu¹⁸.

Deve reconhecer-se, no entanto, que numa matriz “semi-vertical” e de vinculação indirecta, as relações entre juízes de diferentes jurisdições nem sempre apresentam compatibilidade, ou podem mesmo revelar pontos de difícil encontro quando confrontadas com o princípio da independência que é constitutivo de estatuto do juiz e da função de julgamento.

Os juízes julgam apenas segundo a Constituição e a lei, e não têm vinculações de qualquer natureza, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores – a definição e conteúdo da independência no artigo 4.º, n.º 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

A afirmação da independência não é, porém, incompatível com a consideração devida e com a aceitação das vinculações da jurisprudência do TEDH.

A consideração pela jurisprudência do TEDH não poderá ser certamente uma aceitação por imposição. E só a imposição poderia colocar problemas de independência.

O conhecimento, o estudo, a atenção, a consideração e o percurso pelas construções jurisprudenciais europeias fazem necessariamente parte de um processo de informação plural, de abertura e de procura do respeito pelos compromissos internacionais do Estado, que reforça a independência de julgamento e de decisão.

Não desconhecer ou, no rigor, conhecer e assimilar a jurisprudência do TEDH, reforça a independência na parte em que permita ao juiz dispor de um campo mais amplo de referências, possibilitando-lhe uma abordagem mais completa pela visão pluridimensional que os direitos fundamentais trouxeram aos vários sectores do direito.

A maior completude das referências acrescenta dimensão às perspectivas sobre os problemas, permite diversos planos complementares de análise, traz escala maior que os círculos fechados do interior dos sistemas nacionais e, por isso, enriquece os pressupostos de apreciação e decisão, reforçando consequentemente a independência.

¹⁸ Cfr. “Avis n.º 9”, 2006, do *Conseil Consultatif des Juges Européens*, sobre a função dos juízes nacionais na aplicação efectiva do direito internacional e europeu.

Tomar em consideração a jurisprudência do TEDH, que na interpretação e aplicação da CEDH penetrou todos os sectores do direito, constitui um imperativo intelectual para afirmar e actuar a independência – que será tanto mais saliente quanto melhor for o contexto referencial ao dispor do juiz – e não uma limitação anti-soberanista da independência.

A devida consideração da jurisprudência do TEDH não pode ser, no entanto, aceitação acrítica, assumida como dado apodíctico. A consideração implica análise, ponderação, complementaridade, aceitação ou, no limite, divergência, contribuindo para enriquecer o património jurídico comum em diálogo construtivo quando não exista ainda um “consenso europeu” sobre as matérias.

Os juízes nacionais devem, assim, ponderar as soluções jurisprudenciais do TEDH sempre que a decisão de um caso deva ou possa passar também por uma análise na perspectiva específica que os direitos fundamentais adicionem.

Numa metodologia possível para uma grelha de análise, há matérias que apresentam maior permeabilidade às leituras jurisprudenciais do TEDH.

E, por isso, aconselhamos que a jurisprudência da instância europeia seja tida como referência.

Desde logo, os casos em que se discuta ou decida sobre o direito fundamental à liberdade – especificamente as condições substanciais e processuais de privação da liberdade garantidas no artigo 5.º da CEDH. A elaboração do TEDH é muito extensa e rigorosa na apreciação dos pressupostos convencionais de privação da liberdade, constituindo um campo privilegiado para testar, ou também enquadrar, as decisões internas. Por exemplo, a apreciação do TEDH sobre as condições, pressupostos e duração da prisão preventiva constitui um campo interessante e vasto para encontro de referências de decisão.

A noção de processo e os direitos processuais garantidos no artigo 6.º da CEDH, constituem categorias de uso de todos os dias. A jurisprudência europeia sobre a matéria é muito extensa na integração do conceito de processo equitativo enunciado no par. 1.º do artigo 6.º através da definição de vários elementos, disponibilizando um quadro de referências essenciais para testar a equidade do processo – processo no sentido de sequência e conjunto procedimental de actos, mas também de garantia de tribunal.

A noção de processo equitativo, com os seus elementos integrantes – independência e imparcialidade do tribunal, publicidade, igualdade de armas, contraditório, prazo razoável de decisão – deve estar sempre presente como modelo ou arquétipo, quando

os juízes, a solicitação ou oficiosamente, tenham que avaliar a regularidade de um processo ou a efectiva garantia de alguns dos direitos específicos.

A dimensão plurifacetada das garantias e os direitos processuais específicos, vista pela aplicação concreta em variadas decisões do TEDH, completa as soluções formatadas dos códigos de processo e constitui relevantíssimo auxílio de decisão. Pense-se nos casos, hoje muito salientes pela liberdade de circulação, das exigências de comunicação processual ao arguido em língua compreensível, na garantia de defesa efectiva e no especial cuidado que se impõe ao juiz quando se revelar “carência manifesta de defesa”, ou na exigência de compatibilidade de prazos processuais estritos (no sistema, como o nosso, de prazos marcados na lei e não fixados pelo juiz no seu poder de direcção do processo) com o direito a dispor do tempo e facilidades necessárias para a preparação da defesa.

Em processo penal, nem sempre o rigor (ou a expressão verbal) das fórmulas se acomoda, num ou outro específico caso, com a efectividade prática das garantias processuais. A jurisprudência do TEDH constitui uma fonte e um auxílio que convém ter sempre presente.

Neste domínio, o TEDH, “num esforço porfiado e intransigente, vem ajudando a afirmar, decantados na sua eminência, e nas suas dimensões irredutíveis, os direitos fundamentais, particularmente os mais expostos às intempéries do processo penal, assegurando a sua vigência contrafáctica “em tempos de cólera”¹⁹.

As questões relativas a relações familiares aconselham também um olhar sobre a jurisprudência do TEDH elaborada na interpretação e aplicação do artigo 8.º da CEDH (protecção da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência).

A definição do conteúdo das relações nos casos de guarda de menores, de aplicação de medidas relativas a menores que envolvam limitação das relações familiares, a noção convencionalmente relevante de relações familiares, ou a consideração das relações familiares como factor com influência, mesmo *extra lege* interna, em casos de expulsão de estrangeiros, são matérias muito trabalhadas pela jurisprudência europeia, com abordagens próprias, em fundo hermenêutico que os tribunais nacionais devem conhecer e devidamente considerar na formação dos seus critérios de decisão.

¹⁹ As palavras são de COSTA ANDRADE, in “*Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*”, in “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, ano 137.º, Janeiro-Fevereiro de 2008, n.º 3848, p. 139.

Mas a expansão interpretativa do artigo 8.º pelo TEDH chega a outros espaços e entrou mesmo pelos domínios das medidas de processo penal.

A essência do direito à vida privada reside no reconhecimento de um direito à intimidade e, de certo modo, a um direito à tranquilidade judiciária. Por isso, em certas circunstâncias, o recurso a novos métodos de investigação, nomeadamente no que respeita a medidas mais invasivas da vida privada, pode confrontar a recolha de provas em processo penal com exigências de proporcionalidade perante a “defesa da ordem” e a “prevenção de infracções Penais” pela intervenção do par. 2.º do artigo 8.º da CEDH²⁰. Pense-se, por exemplo, no recurso a agentes infiltrados, na interceptação de comunicações, nas vigilâncias ambientais de som e imagem, nas buscas em domicílio ou na recolha de dados ou na realização de perícias sobre o corpo humano.

A jurisprudência relativa à liberdade de expressão, especialmente no que diz respeito à liberdade de imprensa, construída na interpretação e aplicação do artigo 10.º da CEDH, oferece um fundo de critérios de relevantíssima utilidade para os tribunais nacionais. As decisões internas sobre o exercício da liberdade de expressão e consequências do exercício no plano da ilicitude penal ou civil, não podem, hoje, deixar de passar também pelas construções jurisprudenciais do TEDH, que integram já um “consenso europeu”.

No cuidado muito geral de prevenção metodológica podem referir-se duas outras disposições convencionais.

Pela interdição da tortura e de penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o artigo 3.º assume a centralidade do princípio do respeito pela eminente dignidade da pessoa humana, que comanda toda a CEDH e é princípio estruturante em que assenta a República Portuguesa – artigo 1.º da Constituição. O TEDH tem aceitado analisar no âmbito de protecção do artigo 3.º as condições de extradição ou de expulsão de estrangeiros, como medida administrativa ou como pena acessória; é, por isso, aconselhável que os critérios internos de decisão em tais casos sejam testados também pelo sentido da jurisprudência europeia.

O artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à CEDH, que garante o direito ao respeito dos bens, permitiu também elaboração jurisprudencial em questões patrimoniais que pode constituir referência de decisão, designadamente em casos de expropriação, de retardamento na satisfação de créditos ou mesmo em casos de conflito entre as valorações sobre o direito de propriedade e outros direitos²¹.

²⁰ Cfr., v. g., SYLVAIN JACOPIN, *La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, “Droit Penal”, 18.º ano, n.º 6, Junho de 2006, p. 6 e segs.

²¹ Cfr., v. g., o acórdão VELOSA BARRETO c. Portugal, de 21 de Novembro de 1995, “Recueil”, série-A, n.º 334, relativo a um caso de resolução do contrato de arrendamento com fundamento na necessidade de habitação

6. Por fim, o diálogo entre jurisdições é indispensável à efectividade das decisões do TEDH em casos concretos.

A execução das decisões do TEDH tem constituído, por vezes, matéria controversa, cujas dificuldades resultam da natureza do sistema convencional de controlo, que foi construído como sistema inteiramente de natureza subsidiária.

Não consistindo num sistema clássico de recurso, a intervenção judicial que permite apenas pode ser suscitada *ex post*, pressupondo mesmo a natureza definitiva (o caso julgado) das decisões internas.

A evolução e a crescente afirmação do sistema, com a conseqüente intervenção sobre uma grande diversidade de casos, e a evolução para um controlo do TEDH, material e de facto, como “quarta instância”, pressionaram a emergência de soluções de execução no caminho da *restitutio in integrum*, só possível, em muitas situações, pela fragilização do caso julgado.

O diálogo entre jurisdições e o pragmatismo de alguns governos, permitiram, não obstante a existência de caso julgado, encontrar soluções pontuais para a execução de decisões do TEDH²².

Os debates sobre a matéria influenciaram a aprovação da Recomendação R(2000), de 19 de Janeiro de 2000, do Comité de Ministros do Conselho da Europa²³, que constitui

do próprio senhorio (também na *Revista do Ministério Público*, ano 17, n.º 66, Abril-Junho de 1996, p. 155, e na *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1996, 64; ou o variado contencioso nacional sobre retardamento no pagamento das indemnizações pelas expropriações na reforma agrária ou pelas nacionalizações.

²² Pode referir-se o modo como as autoridades holandesas decidiram respeitar o sentido da decisão do TEDH no caso VAN MECHELEN (condenação com base em testemunhas anónimas, sem efectivo contraditório), libertando os condenados; a decisão judicial de mandar retirar do registo criminal a condenação na sequência do acórdão do TEDH no caso TEIXEIRA DE CASTRO c. Portugal, ou a experiência espanhola de colaboração recenseada por JORGE RODRIGUES-ZAPATA PÉREZ, *L'effet dynamique de la jurisprudence da la Cour européenne des Droits de l'homme et le role des cours constitutionnelles*, “Dialogue entre juges”, Seminário, “Cour européenne des Droits de l'Homme”, 2007, p. 60.

²³ A Recomendação encoraja as Partes contratantes a prever possibilidades adequadas ao reexame de um caso ou à reabertura de um processo nos casos em que o TEDH declare a existência de uma violação da CEDH, particularmente quando: (1) a parte lesada continua a sofrer conseqüências negativas muito graves em resultado da decisão nacional, conseqüências que não podem ser compensadas por uma indemnização equitativa e apenas podem ser corrigidas pelo reexame ou pela reabertura, e (ii) resulta do acórdão do TEDH que (a) a decisão interna é contrária à substância da CEDH, ou (b) a violação verificada foi causada por erros ou falhas processuais de uma gravidade tal que coloque sérias dúvidas sobre o resultado do processo interno.

Na exposição de motivos, a Recomendação indica algumas situações em que a reabertura se justifica: a) pessoas condenadas a longas penas de prisão e que continuam presas quando o seu caso é examinado pelo

um instrumento de *soft law*, com injunções politicamente relevantes, e que instou os Estados a prever a possibilidade de reabertura dos processos internos quando a reapreciação constituir o meio necessário para reparar o direito afectado nos casos de declaração de violação pelo TEDH.

Nas alterações processuais de 2007, a legislação nacional, pela via da previsão de um novo fundamento específico do recurso de revisão, seguiu as injunções da Recomendação – artigo 449.º, n.º 1, alínea *g*), do CPP e artigo 771.º, alínea *f*), do CPC.

É um campo para a jurisprudência fazer o seu caminho e, certamente, testar e verificar qual o lugar que os tribunais nacionais vão entender (ou querer) ocupar no diálogo interjurisdicional²⁴. Nomeadamente, o modo como vão interpretar, integrar e considerar (ou não) preenchido o novo fundamento de revisão.

Deve, por fim, referir-se uma situação em que se manifestaram inesperadas dificuldades, com as autoridades nacionais a não aceitar a jurisprudência do TEDH, numa espécie de “rebelião implícita” sem sentido, por não estar em causa matéria que envolvesse complexidade ou questões de princípio ainda em busca de um consenso.

Foi o caso de decisões dos tribunais administrativos, que não aceitando a indemnização por danos não patrimoniais nos casos de violação do direito a decisão em prazo razoável (artigo 6.º da CEDH), provocaram um aumento do contencioso português, retirando sentido útil a anterior jurisprudência do TEDH que deixara para os remédios

Tribunal: *b*) pessoas injustamente privadas dos seus direitos civis e políticos; *c*) pessoas expulsas com violação do seu direito ao respeito da sua vida familiar; *d*) crianças interditas injustamente de todo o contacto com os pais; *e*) condenações penais que violam os artigos 10.º ou 9.º, porque as declarações que as autoridades nacionais qualificam de criminais constituem o exercício legítimo da liberdade de expressão da parte lesada ou exercício legítimo da sua liberdade religiosa; *f*) nos casos em que a parte lesada não teve tempo ou as facilidades para preparar a sua defesa nos processos penais; *g*) nos casos em que a condenação se baseia em declarações extorquidas sob tortura ou sobre meios que a parte lesada nunca teve a possibilidade de verificar; *h*) nos processos civis, nos casos em que as partes não foram tratadas com o respeito do princípio da igualdade de armas.

²⁴ Por exemplo, o modo de execução da decisão no caso PANASENKO c. Portugal (acórdão de 22 de Julho de 2008) constituirá uma interessante questão se e quando for suscitada.

Designadamente saber se a eventual execução impõe ou não o recurso de revisão. O próprio TEDH, em considerações que podem ser interpretadas como sugestão de execução, e que não são comuns, referiu que “seul le défaut d’assistance juridique étant en cause, qui a eu pour conséquence d’empêcher le requérant d’accéder à la Cour Supreme, l’examen de son pourvoi par la Cour Supreme pourrait constituer un redressement adéquat de la violation constatée” (par. 78, *in fine*).

nacionais, por aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, as questões de reparação por atrasos processuais²⁵.

A atitude das instâncias internas determinou a posterior declaração de violação, com o TEDH a formular, fora da praxe judicial, críticas explícitas muito fortes às autoridades judiciárias nacionais²⁶.

7. De qualquer modo, o diálogo interjurisdicional deve ser assumido pelos juízes nacionais com a remissão para valores fundamentais, abertura a horizontes diversos e a outros modos de pensar o direito, e com rigor intelectual, mas sem fechamento em radicalismos próprios de um qualquer nacionalismo metodológico”.

As instâncias internacionais, por seu lado, devem também ter sempre presente a advertência do juiz Jackson da “*Supreme Court*”²⁷ : “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”.

Temos de ter humildade intelectual para reconhecer a relatividade dos nossos saberes. É que, de um e outro lado do espelho e ao contrário dos juízes de Galileu – no traço imaginado de Gedeão, “doutos, hirtos, de toga e capelo”, “grandes senhores deste pequeno mundo», “empertigados nos seus cadeirões de braços” –, que não sabiam, nós sabemos que andamos “a correr e a rolar pelos espaços à razão de trinta quilómetros por segundo”.

²⁵ Cfr. Decisões nos casos PAULINO TOMÁS c. Portugal e GOUVEIA DA SILVA TORRADO c. Portugal, ambas de 22 de Maio de 2003.

²⁶ Acórdão MARTINS CASTRO E ALVES CORREIA DE CASTRO c. Portugal, de 10 de Junho de 2008. A divergência está ultrapassada com o acórdão do STA de 25 de Novembro de 2007.

²⁷ Opinião concordante no caso *Brown v. Allen*, de 9 de Fevereiro de 1953.

Constituição e Jurisdição. Novos desafios e velhas questões



[José António Henriques dos Santos Cabral]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Constituição e Jurisdição. Novos desafios e velhas questões

Publicado na Revista Julgar, n.º 13, 2011, pp. 11 a 28

O autor aborda as mudanças do papel do juiz na sociedade contemporânea e as exigências funcionais que lhe são demandadas em defesa da legalidade democrática. Numa sociedade global dotada de exigências de segurança para os seus cidadãos face a novos fenómenos criminais que podem pôr em risco a própria democracia, exige-se ao juiz uma ampla capacidade de defender os direitos fundamentais dos cidadãos. Um novo papel no xadrez jurídico constitucional que exige também uma especial atenção do juiz ao enfrentamento dos novos problemas sociais, da economia do direito, das alterações organizacionais. A polarização de muitos dos problemas a um nível constitucional e a multiplicação de fragilidades nos meios disponíveis na investigação criminal impõe, por isso, que se encare a independência do juiz como garantia a desenvolver e densificar, não permitindo que se instale nos juízes uma cultura de “desactivismo judiciário”.

I.

A) O ponto de partida de muitas das construções teóricas, e do discurso menos atento, sobre o papel dos Juízes e o lugar dos Tribunais na geometria do Estado emerge de pressupostos que não têm hoje qualquer correspondência com a realidade. As últimas décadas foram férteis em transformações sociais, e económicas, que mudaram a face do mesmo Estado com o inevitável reflexo no domínio do Direito.

Na verdade, o século XX foi marcado por uma promessa de futuro com a construção de um Estado Social orientado, num primeiro momento, para a área da política social – trabalho, saúde, segurança social – mas que, gradualmente, estendeu o seu raio de acção, nomeadamente ao campo da economia, com o exercício de um controle generalizado pelo Estado nos domínios em que se constrói o quotidiano dos cidadãos.

O aparecimento do Estado Providência com uma agenda de construção de uma estrutura de direitos sociais e económicos teve uma clara consequência a nível da própria concepção de Estado e do poder político. As novas percepções sobre a relação entre o Estado e o cidadão e a

afirmação de um novo catálogo de direitos, génese de um novo ciclo histórico, esteve concretamente ligada a uma intrusão em domínios até aí ausentes de qualquer atenção por parte do legislador.

Consequentemente, expandiu-se a necessidade de regulamentar, controlando uma pluralidade de relações e de acções em que o Estado passou a intervir, assumindo um papel de Leviatã construído com base num sistema legal pautado pela proliferação de leis.

A convocação de um novo paradigma de intervenção social e económica implicou o uso da lei como instrumento de planificação e promoção, proliferando o apelo normativo. Na verdade, o crescimento do Estado teve paralelo numa intensa actividade legislativa em que o problema dos custos das decisões, ou os seus efeitos indirectos, foi muitas vezes deixado ao automatismo do funcionamento do mercado ou à auto-regulação.

Foi, assim, inevitável, como refere Capelleti¹, a intervenção do Estado em todos os domínios, mesmo os mais delicados. O Estado Providência, tal como as faces de Jano, teve necessidade de uma regulamentação legislativa densa, implicando aquilo que Grant Gilmore denominou “orgia de leis” e, para as aplicar, transformou-se num Estado administrador, ou melhor, num Estado burocrata.

Nestes novos domínios o papel do juiz vai ser substancialmente alterado.

Hoje, para além das normas de estrutura clássica – impondo ou proibindo comportamentos, fixando direitos ou deveres, deixando reduzidas margens de discricionariedade na sua interpretação – , figuram as normas que visam incrementar o desenvolvimento social e económico, confirmando uma vocação promocional ou instrumental do direito. Para suplantar as dificuldades propostas por novos sectores de intervenção, o legislador recorre com frequência a cláusulas gerais que estabelecem vínculos mais débeis na tarefa interpretativa e que, não raro, delegam, de forma cabal, o poder último de decisão no juiz.

Efectivamente, a nova legislação social resume-se muitas vezes à afirmação dos princípios gerais e ao enunciar dos direitos sociais, visando assim transformar gradualmente a situação presente e formatar o futuro. Como tal, a actividade do juiz assume uma nova relevância com a procura de uma interpretação que dê corpo àqueles princípios².

¹ In *Le Pouvoir des Juges*, página 49.

² Como refere Bobbio, in *A era dos direitos*, página 25, *Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, mas positivamente – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade.*

A intervenção cada vez mais intrusiva do “Estado Providência” em sectores que, no Estado liberal, eram deixados ao domínio privado implicou uma expansão sem precedentes do sistema jurídico e da esfera de decisão do juiz. Como salientam Cario Guarnieri e Patrícia Pedrazoli³, não existem hoje sectores potencialmente imunes à intervenção pública e, como tal, tão pouco existem áreas que possam ser subtraídas à decisão de um juiz. A justiça, ainda que seja com formas que lhe são próprias, converteu-se num “partner” quase quotidiano do processo político nos seus distintos segmentos: desde a formulação das políticas, mediante o poder de interpretar as leis e de aferir a sua constitucionalidade, até à sua aplicabilidade através do controle dos actos administrativos.

É evidente que, nestas novas áreas de intervenção, os juízes têm um poder discricionário acrescido e contribuem cada vez mais para a criação de Direito. O que sucede pela simples razão de que, quanto maior é a vacuidade da lei e a imprecisão do direito, maior é a margem de discricionariedade.

O movimento socialista fez com que se passasse a perceber que as necessidades dos indivíduos ou até mesmo de um grupo social deveriam ser supridas com base no princípio da solidariedade, ou seja, deveria haver direitos sociais, garantidos pelo Estado, que fossem capazes de trazer a igualdade para a sociedade e amparar, principalmente, os mais fracos.

São também denominados direitos de igualdade, pois destinam-se a extinguir a desigualdade social que predominou no Estado liberal em razão da atitude negativa do poder público.

Assim, esses direitos de segunda dimensão exigem uma atitude positiva do Estado perante a sociedade, garantindo-lhes os direitos sociais com o fim de tutelar a dignidade humana de seus governados, o que não seria possível em uma sociedade intensamente desigual. São direitos positivos também pelo fato de não exigirem somente uma atribuição de direitos, como também programas sociais capazes de efectivar verdadeiramente esses direitos. A população passa a ser credora do Estado, credora de prestações sociais, por isso são direitos de crédito.

Para Canotilho, “os direitos de prestações significam, em sentido estrito, o direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”. A partir do momento em que esses direitos saem do plano estritamente filosófico e são transportados para as declarações de direitos, leis esparsas e Constituições, entra em cena o Estado intervencionista, acolhendo esses direitos de igualdade, exercendo atitudes positivas frente aos seus membros.

É o denominado Estado de Bem-Estar Social, ou Estado-providência. Um Estado que, além de atribuir esses direitos na Constituição, realiza programas sociais, meios e recursos para que esses direitos sejam realmente efectivados, o Welfare State é organizador da economia e garante dos direitos económicos, sociais e culturais, direitos de segunda geração).

Já não nos encontramos perante o Estado fechado para a vida social, apenas interventor no garantir a liberdade do individuo frente ao poder público, mas sim o Estado que interfere nas relações individuais para garantir o bem-estar, o progresso e a dignidade humana de todos, principalmente daqueles que mais necessitam da ajuda estatal.

³ In *Los Jueces y la política*, página 19.

A aparição de um Estado administrador, com uma intervenção abrangente, e o emergir de uma nova burocracia convocaram, assim, dois sinais de crise do mundo contemporâneo: por um lado, o gigantismo do poder legislativo que é chamado a intervir em áreas cada vez mais vastas e, por outro, o gigantismo de um aparelho administrativo que penetra em todos os domínios e que se pode tornar num potencial instrumento de opressão ou, pelo menos, num poder autofágico apostado em justificar a sua existência.

Perante este quadro os juízes não podem fugir a uma opção: ou permanecem fiéis à concepção tradicional – típica dos séculos passados – que limitava as funções jurisdicionais às fronteiras impostas pelo positivismo ou se erguem ao nível dos outros poderes do Estado, controlando a observância dos princípios fundamentais e o respeito pelos direitos dos cidadãos.

A tendencial ubiquidade dos sistemas jurídicos, e a paralela expansão das competências do juiz, representam um momento necessário para compreender o actual papel da Justiça. Para além das lacunas e incorrectas articulações, fruto, quantas vezes, de uma deficiente técnica, existem as contradições resultantes de diferentes focos ou perspectivas em relação a novas realidades. Modifica-se a lei e, por essa forma, pretende-se, quantas vezes, formatar a sociedade de acordo com o pensamento iluminado daqueles que pensam por si e por todos os outros.

Enquanto que, no passado, o juiz era chamado a aplicar a norma, dizendo a lei reguladora do conflito, hoje pede-se, com frequência, que escolha, entre as possíveis alternativas, aquela que melhor vocação tem para concretizar os propósitos do Estado em termos de futuro.

À medida que o Juiz se converte num actor importante e influente, e é percebido como tal, aumentam as suas possibilidades de intervenção, dependentes dos contextos concretos, das prerrogativas atribuídas aos tribunais nos distintos países e, por igual forma, das dinâmicas que caracterizam os respectivos sistemas jurídicos e sociais. A sede de direitos individuais e colectivos alimentada não só pelo constitucionalismo liberal, mas também pelo Estado Social, dirige-se, cada vez com mais intensidade, aos tribunais para intentar fazer valer pretensões que não obtiveram resposta noutra sede.

Tal constatação pressupõe a evidência, constatada por Paulo Rangel, de que os tribunais parecem ser as únicas instâncias que se mostram, hoje, aptas a regular e a arbitrar conflitos sociais e, designadamente, conflitos sociais com uma carga política relevante. O processo judicial, com a sua estrutura retórica e argumentativa, foi sempre a via de enquadramento político da conflitualidade eminentemente social.

Afirma o mesmo Autor que *"tal denota que os tribunais se mostram muito mais adequados a lidar com o novo estado de coisas do que as outras estruturas políticas. É que o caos normativo reinante – também ele produto do "desespero institucional" em que governo e Parlamento se encontram, procurando legislar para disfarçar a ineficiência da sua actual estruturação – tende a*

*deslocar para os tribunais a fonte reguladora essencial*⁴.

Conclui, assim, que os tribunais, pela sua estrutura e pela sua vocação histórica, parecem ser as únicas instituições do velho Estado com “ADN” para regular e compor os litígios e disputas entre as entidades que competem na sua aspiração.

B) Os dias que correm suscitam, ainda, outras perplexidades e interrogações sobre a forma como se transformam pressupostos de realização do Estado que se tinham por adquiridos.

Na verdade, afirmamos a democracia social e económica e ponderamos a consagração de direitos de terceira geração numa dinâmica de afirmação de um Direito preocupado com o Homem na sua dimensão plural na relação com o ambiente e com o espaço que o rodeia⁵. Por outro lado, e numa dimensão totalmente distinta e inversa, a afirmação de uma globalização sem regras, imparável no seu desenvolvimento avassalador, a qual traz consigo uma sombra sobre formas de estar e viver, de direitos e deveres que tínhamos por conquistados de forma irreversível. Na verdade, a afirmação da democracia social (o denominado SozialStaat) pressupõe uma estrutura económica que só é possível de sustentar numa ordem mundial em que as regras sejam uniformes.

Neste momento, por toda a Europa, ecoam vozes reclamando a manutenção de um Estado Social cuja sustentação só é possível desde que exista a disponibilidade para afectar os necessários recursos económicos e sociais.

Porém, estes são cada vez mais escassos e a realidade das leis do mercado é inexorável: quem produza mais, e com menos custos – inclusive sociais – domina a economia e essa linguagem não se compadece com conquistas sociais que tínhamos como realidade imutável.

⁴ In *Ensaios de política constitucional sobre a justiça e democracia*, O Estado do Estado, página 40 e seg.

⁵ Os direitos difusos, denominados direitos de terceira geração, surgem no contexto do Estado Democrático de Direito no âmbito de uma sociedade hipercomplexa. Ultrapassam a visão individualista, superando a dicotomia entre o público e o privado. Normalmente, os autores que tratam do tema apontam as seguintes características para os direitos difusos: indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objecto, intensa litigiosidade interna.

Os Direitos Humanos de terceira geração são os direitos transindividuais ou difusos. Caracterizam-se pela sua indivisibilidade pelos actores sociais – pois que pertencem a todos ao mesmo tempo –, não podendo ser concedidos a um, ou a outro, indivíduo de forma separada.

Refere Norberto Bobbio, *idem*, página 6, que: “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos, o direito a viver em meio ambiente não poluído”. Dessa forma, pode-se afirmar que tais direitos constituem uma verdadeira condição para que a vida possa continuar nesse planeta. Não se trata agora de direitos de alguns menos favorecidos frente aos detentores do poder, como observado nas primeiras gerações, e, sim, de direitos inerentes a todos sem os quais a vida não poderá prosseguir no Mundo.

Antecipamos uma nova era recheada de sobressaltos sociais e económicos em que os tribunais irão ser solicitados a proteger um catálogo de direitos que cada cidadão revê como seu património, mas que correspondem a uma construção social que começa a ruir por falta de sustentação. Aos tribunais irá ser solicitado o papel de amortizador das tensões que, inevitavelmente, vão advir de um processo, imposto pela crise económica, de redução do Estado Providência ao seu núcleo essencial.

Mas se essa função moderadora de conflitos sociais é resultante de alterações deste início de século XXI em que está inscrita a marca genética da globalização, não é menos certo que outras nuvens escurecem o horizonte, requisitando uma atenção redobrada por parte do Juiz na defesa de princípios fundamentais que constituem fundamento do Estado de Direito. Na verdade, com os acontecimentos de Setembro de 2001, inicia-se um novo ciclo histórico com a reformulação de conceitos do domínio do controle social e do espaço das liberdades e direitos, colocando em causa princípios fundamentais do próprio direito penal (perigosidade/culpa; medida de segurança/pena).

Como refere Mireille Delmas Marty⁶, toda a construção do direito penal moderno surgiu em redor de uma ideologia liberal no sentido de que, em nome das liberdades individuais, se incita a limitar o direito de punir do Estado.

Em contrapartida, o mito da segurança total parece ter sido legitimado pela guerra contra o terrorismo, fundamentando-se na ilusão de que é possível prever o futuro com certeza e controlar por antecipação. Porém, proteger tudo, e em todo o lugar, não somente é tecnicamente impossível, mas representa mesmo uma ruptura filosófica contrária à ideia de indeterminação e, conseqüentemente, à liberdade individual que fundamenta o processo de humanização do Estado de Direito. Interpretado neste sentido absoluto – o risco zero caro ao discurso político –, temos que o mito securitário é incompatível com o Estado de Direito compreendido como um Estado sujeito aos limites do Direito.

Se é certo que os problemas suscitados pelo terrorismo, bem como pelas novas formas de criminalidade organizada, exigem uma outra compreensão de conceitos inerentes à preocupação securitária, igualmente é certo que existem limites que são inultrapassáveis sobre pena de negarmos a nossa condição de cidadãos.

Por igual forma, as práticas suportadas pelas novas tecnologias de segurança, hoje em execução à escala global, contêm uma potencial, quando não efectiva, ofensa de direitos consagrados constitucionalmente e a que devemos obediência. Consequência de articulações policiais, ou dos serviços de Intelligence, as mesmas possuem o denominador comum de

⁶ In *Liberte et Sureté dans un Monde Dangereux*, página 29.

inexistência de um controle de qualquer tipo que seja garante da observância de regras que acautelem aqueles direitos.

Aqui, mais uma vez, são os Juízes que são convocados a resguardar direitos e liberdades fundamentais como é paradigma a pronúncia do Supreme Court dos EUA sobre a situação dos presos de Guantanamo⁷.

Repescando as palavras de Gomes Canotilho, o “*punctum cruxis*” das relações entre as magistraturas e apolítica localiza-se agora nos confins da política e do direito: a fiscalização das leis anti-terroristas pelos tribunais e a decisão dos litígios que opõem autoridades e indivíduos na execução dessas leis. Deve dizer-se que já antes a criminalidade organizada e violenta tinha colocado a política e operadores judiciais perante novos desafios. Neste contexto, surgiram também as novas escolas de doutrina penal (*direito penal do inimigo*) que, quando não reduzem as constituições a magnas cartas de criminosos e os códigos penais e processuais penais a cartas de alforria dos agentes do crime, sugerem explicitamente a necessidade de relativização dos princípios da culpa e da responsabilidade individual estruturantes da cultura jurídica ocidental.

O que agora se pede aos juristas – e, desde logo, aos magistrados – é que se assumam como pretorianos na defesa dos direitos dos princípios e dos valores contra a transformação do direito penal em direito de exceção permanente e contra a suspensão apócrifa dos direitos constitucionais por motivos de combate ao terrorismo.

De qualquer forma, tribunais e magistraturas vão dando sinais de que não abdicam da sua função de garantas dos direitos e liberdades. Ao longo do espaço geográfico onde existe um Estado de Direito, sucessivas decisões judiciais têm mostrado o equilíbrio que deve existir entre segurança e liberdade, lembrando sempre que existe um núcleo de direitos fundamentais cujo respeito é a marca civilizacional que nos distingue.

⁷ Como noticiou a BBC, The decision was 5-4, with Justice Anthony Kennedy joining the four liberal justices on the court. Writing for the majority opinion striking down the Military Commissions Act, Kennedy wrote, “*The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times*”. “*Liberty and Security can be reconciled; and in our system they are reconciled within of the framework of the law. The framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law*”.

As diferentes e antagónicas perspectivas são visíveis na declaração do Juiz Antonin Scalia quando critica a decisão tomada, escrevendo que a mesma é danosa para a segurança dos EUA. Scalia escreveu “*the game of bait-and-switch that today’s opinion plays upon the nation’s commander in chief will make the war harder on us. It will almost certainly cause more Americans to be killed*”. “*Their return to the kill illustrates the incredible difficulty of assessing who is and who is not an enemy combatant in a foreign theater of operations where the environment does not lend itself to rigorous evidence collection*”.

O mesmo Professor Gomes Canotilho⁸ cita o exemplo do Tribunal Constitucional Alemão que, apreciando uma acção constitucional de defesa interposta por um cidadão sírio-alemão contra a sua extradição da Espanha por motivos de crime de auxílio ao terrorismo, se negou a acompanhar as teses dos tribunais judiciais e das autoridades diplomáticas sobre a bondade do acto de extradição. Refere-se na mesma decisão que: *os cidadãos confiam antes de mais que a sua ordem jurídica é uma ordem de um Estado de direito em que, entre outras coisas, está radicado na consciência jurídica geral e na lei fundamental o princípio de nullum crimen sine lege e da aplicação retroactiva das leis penais.*

Pode-se, eventualmente, apontar uma menor sensibilidade perante o fenómeno do terrorismo tal como foram acusados os Juízes que votaram a decisão. Porém, a mensagem, como refere o autor citado, foi clara: *não peçam a um tribunal de garantias para se transmutar numa instância administrativa de execução das políticas de combate ao terrorismo. O terrorismo não causou terror aos juízes, embora deva ser levado a sério.*

Citando o Juiz do Supremo Tribunal de Israel, Aharon Barak, *“há um célebre ditado que diz que quando os canhões falam as musas ficam silenciosas.*

Cícero exprime uma ideia semelhante ao escrever silent enim leges inter armas (na batalha as leis estão silenciosas).

Estas declarações são lamentáveis. Espero que elas não correspondam às democracias actuais. Eu sei que elas não reflectem a maneira de como as coisas deveriam ser. Cada batalha que um país desencadeia – contra o terrorismo ou contra qualquer outro inimigo – é feita segundo as regras e as leis.

Há sempre o direito nacional ou internacional segundo o qual o Estado deve agir”.

E acrescenta:

“Nós, os juízes nas democracias modernas, estamos encarregados de proteger a democracia simultaneamente contra o terrorismo e contra os méis que o Estado entende utilizar para combater o terrorismo”⁹.

Pondera Canotilho, numa síntese perfeita dos termos da equação, que o problema que, afinal, a política da guerra contra o terrorismo coloca com cruel acuidade é saber se o poder judiciário deve assumir a cumplicidade de colaboração na política criminal de combate ao terrorismo que viola o núcleo essencial dos direitos e liberdades.

⁸ In *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça, Tópicos para uma intervenção sobre o Poder Judiciário*, intervenção proferida em 26 de Abril de 2007 no Supremo Tribunal de Justiça.

⁹ Citado por Gomes Canotilho, in *“L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie” Revue Française de Droit Constitutionnel*, 66/2006, página 297.

É evidente o imperativo da decisão a tomar. Porém, é igualmente importante que a defesa de direitos fundamentais não escamoteie a importância que assumem hoje, e mais do que nunca, as questões derivadas da necessidade de enfrentar uma criminalidade global e organizada, muita vezes de natureza económica, quando não as derivadas da transformação da sociedade pautada por novas realidades sociológicas, carregadas de anomia, em que se cruzam leituras tão diversas como a incivilidade urbana, a delinquência juvenil ou a criminalidade violenta.

Salvaguardando o núcleo fundamental dos direitos e liberdades, é essencial para a afirmação do Estado de Direito a existência de um processo penal funcional e racional em que investigação criminal seja eficiente. A “arte” está então na procura do equilíbrio dos valores em jogo e, nesta procura, a proporcionalidade não é uma palavra vã.

O que decididamente não se mostra possível é compaginar a protecção da vítima e a eficiência da justiça penal com um processo penal e um direito penal construído para crimes e criminosos que já não existem.

C) Não se confinam às questões convocadas pela construção, ou erosão, do Estado Social e pelos fenómenos deste Admirável Mundo Novo as interpelações que hoje em dia são muitas vezes são dirigidas ao juiz.

Na verdade, a velocidade a que se processam as mudanças na nossa sociedade caleidoscópica traz consigo transformações estruturais que tocam o cerne do sistema de justiça. Hoje, os fulcros de decisão são múltiplos e espalhados na sociedade.

A justiça pronuncia-se, simultaneamente, numa pluralidade de lugares e não somente nos tribunais. Afastada a sacralidade do espaço judiciário em que o Direito era proferido, proliferam hoje os mais diversos tipos de poderes reguladores. De comum apenas a sua natureza administrativa, bem como a vocação parajudicial e globalizante: da Bolsa às Comunicações, existe agora toda uma pluralidade de instituições que ocupam um lugar na convocação das instâncias reguladoras e decisórias.

O Direito, perdendo a beleza técnica, constrói-se numa pluralidade de lugares

Como refere Paulo Rangel¹⁰, *não é, aliás, por acaso ou coincidência que, todos os dias, assistimos à substituição dos órgãos políticos e dos órgãos democráticos por entidades reguladoras ou por comissões independentes – é que a nova coisa política induz a uma inspiração ou imitação dos traços organizatórios da jurisdição. Há hoje uma “jurisdicionalização” das instâncias administrativas e ela deve-se, essencialmente, a esta nova realidade política e*

¹⁰ *Idem*, página 33.

constitucional, em que o poder se exprime, não por processos directivos e proactivos de conformação social, mas antes por uma função de arbitragem e negociação político-social. A pluralidade de instâncias para judiciais em que se suscita a questão do controle dos procedimentos, quando não a própria imparcialidade dos decisores, ou a forma como se cumprem as garantias dos interessados.

Policracia será uma designação adequada a esta nova pluralidade de poderes. Na verdade, adianta o mesmo Autor que o mundo de Estados homólogos, ciosos do seu território, guardiões da sua soberania e paladinos da não ingerência nos assuntos internos desapareceu. Assistimos a um fortalecimento de um sem-número de poderes de facto – económicos, desportivos, religiosos, culturais –, muitos deles com origens transversais, sem qualquer elemento de conexão ao tradicional poder dos Estados.

Multiplicam-se, por isso, entidades muito menos consistentes e estruturadas, mais abertas e contrastantes, onde habitam, lado a lado, as mais diversas raízes culturais, civilizacionais e mundividenciais. O fim desta hegemonia da forma política estatal coincide com o recuo significativo do Estado – pelo menos, daquele que era eleitoralmente responsável –, seja pela via da privatização, seja pela via da regulação através de entidades independentes.

Estamos, assim, em presença da formação de uma nova “res” política.

Uma nova coisa política caracterizada pela natureza assimétrica e francamente diferenciada dos actores políticos, acompanhada de uma cada vez mais ostensiva debilidade e de um apagamento dos poderes tipicamente estaduais.

Espalha-se, portanto, a ideia de um enfraquecimento progressivo e deslizante do Estado e das sociedades estatocêntricas.

Conclui Paulo Rangel que *“dissemina-se, portanto, uma multiplicidade avassaladora de poderes, profundamente desiguais nas suas relações de força, obedientes a códigos morais e teleológicos muito diversos que, na complexidade da sua rede, tendem para um equilíbrio espontâneo, natural e dinâmico. Esta caracterização das novas sociedades políticas aponta justamente para aquilo que se pode designar por “constituições poliárquicas”.*

E se é certo que, no campo interno, se joga esta complexidade de poderes em que cada vez mais surge a necessidade de um controle judiciário, igualmente é exacto que, em dimensão diversa e numa complexa diversidade de papéis, o Juiz dos nossos dias é, também, um juiz constitucional vinculado a normas fundamentais¹¹.

¹¹ *Ibidem*, página 45 e seg.

D) Acresce que, na Europa do dealbar do último século, ocorreu um fenómeno político único que teve a sua génese nos novos textos fundamentais, construtores da comunidade das nações europeias, sendo certo que, em função destes novos textos, novos actores aparecem na cena judiciária.

Assim, o que caracteriza o papel dos juízes na Europa comunitária é o facto de, para além da sua condição de juízes que aplicam a Constituição, serem também os aplicadores dos princípios veiculados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e pelo direito da U.E. É preciso enfatizar que a força legal dos diferentes textos fundamentais – sejam eles a Constituição, a Convenção ou os Tratados Constitutivos das Comunidades e da União Europeia deriva precisamente da intervenção dos diversos Tribunais – sejam estes os Tribunais Supremos ou Constitucionais dos respectivos Estados Europeus, seja o Tribunal de Estrasburgo.

A Europa, partindo de uma ambição inicial de natureza económica, criou uma União cujo Tribunal de Justiça logrou consagrar, por efeito da sua interpretação do ordenamento jurídico comunitário, um ordenamento que, em bloco e a modo de Direito Constitucional federal, tem supremacia sobre o Direito dos Estados membros da União.

O aparecimento de um juiz supranacional, configurado nos termos dos tratados comunitários e da União Europeia, teve um efeito prático similar ao que produziu a consideração da Constituição como norma fundamental. A novidade consiste no facto de o juiz supranacional aplicar, no âmbito interno, um outro ordenamento jurídico-constitucional. Este efeito transformador foi essencial nos sistemas jurídicos nacionais. Com efeito, o Tribunal de Justiça das Comunidades, ao mesmo tempo que evoluía da sua condição de juiz do mercado até juiz constitucional, desenvolveu um dos princípios fundamentais do direito da União – a primazia do Direito Comunitário sobre os Direitos nacionais, o efeito directo do Direito Comunitário e a responsabilidade das autoridades nacionais pela violação do Direito Comunitário – e configurou um direito que, apesar das reticências que possa suscitar, se assemelha a um Direito federal.

Com o que o objectivo daquele mesmo Tribunal se centra primacialmente em resolver os problemas que colocam as relações que tal Direito Federal suscita em relação ao direito dos Estados da Federação.

Se as relações do Direito Comunitário Europeu e dos direitos dos Estados Membros se assemelham a um direito federal, o sistema judicial da União Europeia responde precisamente a esses mesmo esquema numa pirâmide em que se incluem os juízes dos tribunais comunitários, com sede no Luxemburgo e os juízes nacionais que também actuam como juízes da União.

É particularmente apropriado o entendimento de Mauro Capelleti¹² quando refere que, historicamente, o constitucionalismo e o federalismo têm sido as grandes forças políticas que

¹² *Revista de Estudos Políticos*, 13, página 85.

levaram ao controlo judicial das leis e procuraram a sua justificação intelectual. No seu estado mais avançado e complexo, o constitucionalismo requereu um, ou vários, órgãos independentes do poder político – tanto legislativo como executivo – que protejam um superior e relativamente permanente império da lei contra as tentações inerentes ao poder.

Este requisito tornou-se especialmente urgente em relação a cláusulas sobre direitos humanos consagradas nas Constituições e onde se afirma mais necessário proteger o núcleo de qualquer Estado protector das liberdades civis – esfera das liberdades individuais – contra as invasões do governo.

O federalismo, por seu turno requer, a afirmação de um certo grau de supremacia das leis federais em relação às leis locais, regionais ou estatais, assim como os limites da jurisdição das primeiras.

As transformações que se estão a produzir na Europa encontram a sua principal força motriz no federalismo – ou em algo análogo a ele –, em substituição, ou em adição, ao constitucionalismo. Isto é particularmente verdadeiro no caso desse tipo de controlo judicial das leis nacionais que está enraizado na doutrina da supremacia do direito comunitário cuja influência é já evidente e será determinante no futuro da Europa.

Existe uma outra grande transformação que é o controle judicial da conformidade da actividade do Estado em relação á Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta transformação representa, obviamente, uma notável combinação de elementos inerentes, ou análogos, tanto do constitucionalismo como do federalismo. Isto na medida em que a razão justificativa da protecção de uma lei superior translada-se para um nível supranacional senão federal

Recorrendo ainda às palavras de Paulo Rangel¹³, o desajustamento entre o âmbito espacial dos efeitos da decisão e o âmbito espacial da participação política implica uma redobrada necessidade de coordenação de ordenamentos de diferente dimensão e de diferentes níveis. O problema da concatenação e coordenação de ordenamentos não é sequer um problema das democracias.

É um problema de concepção política, de forma política; e vale para todos os Estados, sejam democráticos ou não.

A justiça retira consequências da actual desnacionalização das fontes de Direito. As jurisdições supranacionais quebraram a dependência psicológica do juiz perante a lei. Do mesmo modo que as leis se tornam frequentemente textos de compromisso – e, portanto, com um texto fluido e pletórico –, os juízes tornam-se um agente de simplificação do direito.

¹³ *Ibidem.*

Os regulamentos intra-legislativos nascem e multiplicam-se. A uma comunitarização externa corresponderá uma constitucionalização interna.

E) Por último, mas não em último, uma palavra sobre a mudança na forma de estarmos no Mundo e na Vida. Na verdade, as sociedades laicas, que inventaram os Direitos Humanos – os quais foram edificados, pela primeira vez na História, à partir dos direitos do indivíduo – continuaram, por muito tempo, a manter a chama do dever rigoroso e como exigência de cidadania.

Porém, as nossas sociedades de consumo-comunicação de massa deixaram de exaltar sistematicamente os mandamentos difíceis, funcionando agora fora da forma dever e da obrigação moral intransigente ou disciplinadora.

Reconhecemos, ainda, os deveres negativos como não roubar, não matar, não causar sofrimentos. Mas já não o fazemos quanto aos deveres positivos regulares e sistemáticos. Correlativamente, desejamos normas morais indolores “à la carte”. A família é plebiscitada, mas com a condição de nos podermos divorciar, viver em concubinato, fazer filhos por encomenda. Admitimos a possibilidade de clonar, de ajudar a morrer, impedir de nascer, de contratar a paternidade, de manipular, ao nosso gosto, as leis da Natureza, etc.

Perdemos em ética da responsabilidade e solidariedade o que ganhámos na afirmação egocêntrica do Homem como centro do Mundo e olímpicamente indiferente àqueles que o rodeiam.

Na ausência de valores, ou no seu relativismo, tornou-se comum o recurso aos tribunais como definidores dos critérios que deixaram de estar inscritos nas consciências. A justiça tornou-se uma referência do quotidiano e é aos tribunais que se pede a definição do que é o bem ou o mal, pois que tal tarefa não pode ser alcançada num universo de relativização de valores.

A própria família clássica não resistiu à usura do tempo, surgindo um novo modelo em que se coloca muitas vezes em crise o cumprimento de funções essenciais, nomeadamente educativas, havendo a necessidade de recorrer a um terceiro (juiz) para atenuar as tensões existentes.

Este fenómeno foi, sem dúvida, favorecido pelo desaparecimento dos mediadores sociais tradicionais aos quais era reconhecida uma autoridade natural – familiares, religiosos, sindicais e políticos –, assim como pela desumanização das grandes concentrações urbanas e pela quebra nas relações interpessoais. O recurso ao tribunal surge cada vez mais como uma forma do

individuo afirmar a sua titularidade de direitos, tentando obter o reconhecimento da sua identidade, do seu território e da sua própria individualidade¹⁴.

Numa outra dimensão, crescem as exigências formuladas pela economia, reclamando um sistema de justiça eficiente como base de um funcionamento justo do mercado.

A morosidade dos processos desacredita o sistema judicial como mediador e solucionador dos conflitos inerentes à livre actuação dos agentes económicos nos mercados. Os efeitos da morosidade são bem conhecidos: os direitos e as garantias deixam de estar assegurados, as partes lesadas aceitam frequentemente acordos menos do que “justos” pois que a alternativa, a de recurso ao sistema de justiça, não lhe garante uma solução melhor.

Quando a Justiça é lenta, o valor esperado do ganho ou da perda das partes reduz-se substancialmente e os custos de recorrer à mesma justiça aumentam.

O comportamento racional dos agentes incorpora o conhecimento destes resultados nas suas acções e torna-se possível rentabilizar comportamentos oportunistas. Torna-se, assim, também importante a protecção de tais potenciais comportamentos oportunistas das partes com quem se contrata, há que calcular o risco acrescido de incumprimento quando os custos de recorrer a justiça são elevados e há que os compensar. É desta forma que as empresas, como agentes racionais, são afectadas pelo funcionamento do sistema judicial e se vêem obrigadas a alterar os seus comportamentos. O resultado é uma distorção das decisões das empresas que poderão reduzir os seus níveis de investimento, evitar certas áreas de negócio e cobrar preços mais altos. Assim se criam obstáculos ao crescimento do investimento e se limita a competitividade internacional das empresas.

Em última análise, é o próprio crescimento e desenvolvimento económico do país pode ser posto em causa¹⁵.

¹⁴ Relembrando a acusação de Alexandre Soljenitsyne, in *O Declínio da Coragem*, página 21, *Eu que passei toda a minha vida sob a alçada do comunismo posso afirmar que uma sociedade em que não existe uma balança jurídica imparcial é uma coisa horrível Mas uma sociedade que não possui senão uma balança jurídica também não é verdadeiramente digna do homem. Uma sociedade que se instalou no terreno da lei sem pretender ir mais além só utiliza em pequena quantidade as faculdades mais elevadas do homem. Quando toda a vida fica impregnada pelas relações jurídicas cria-se uma atmosfera de mediocridade moral que asfixia os melhores impulsos do homem.*

¹⁵ Conferir Célia Costa Cabral e Armando Castelar Pinheiro, in *A Justiça e seu impacte sobre as empresas portuguesas*, Coimbra Editora, páginas 25 a 26.

II.

Perante esta evolução não admira que, num espaço de poucas décadas, uma radical transformação se verificou na forma do cidadão comum encarar o poder judicial e, globalmente, na forma com o Estado cumpre um dos seus fundamentais: o dizer e aplicar o Direito. Activismo judiciário, politização do sistema judiciário ou judicialização do sistema político são hoje conceitos e temas esgrimidos no quotidiano do nosso regime democrático, atribuindo-se uma diversa coloração consoante a perspectiva do analista.

Falamos de diferentes visões sobre a forma como deve funcionar o poder judicial num regime democrático e que se situam em horizontes tão distantes como o que vai da visão do juiz estático, amarrado à letra da lei – emanação directa do positivismo –, do julgador centrado numa visão liberal do sistema social e económico, até ao apelo directo à ética na lei e ao activismo judiciário¹⁶.

No sugestivo tríptico de Saavedra Lopez¹⁷, passámos do ciclo do domínio do legalismo para o ciclo do império da justiça com a compatibilização da lei com os princípios e valores jurídico fundamentais, com os ideais de justiça a que deve responder a prática jurídica, de forma a que o juiz oriente o seu protagonismo jurisdicional de acordo com eles. Exige o abandono, não das leis, mas sim do legalismo, que é uma prática baseada num conceito demasiado estreito da lei.

Em países que possuem uma Constituição escrita, cuja força vinculante abrange os tribunais judiciais, as normas constitucionais fornecem ao juiz os critérios necessários para uma aplicação das leis. Como refere Ordóñez-Solis¹⁸, a primeira revolução no Direito Contemporâneo deriva do reconhecimento de efeitos jurídicos das Constituições nacionais e, conseqüentemente, da sua aplicação por juízes ordinários. Na verdade, a criação de um Tribunal Constitucional não implica o afastamento dos juízes ordinários da tarefa de interpretar e aplicar a Constituição pois que, ao garantir a força normativa da Constituição, os poderes do juiz aumentam até ao limite

¹⁶ Passando pela perplexidade que causa a reflexão de Bachof quando, na sequência dos males provocados pelos Estados de não Direito, salienta a importância da vigilância do poder judicial.

Governo dos Juízes lhe chamou Lambert e, curiosamente, aquilo que é uma emanação do cumprimento da Constituição é muitas vezes apostrofado com a maior agressividade pela classe política, nomeadamente quando o controle sobre o exercício do poder conduz à conclusão do desvirtuamento da “res publica” quando não à criminalização do exercício desse mesmo poder.

¹⁷ Saavedra López, Modesto, in “A legitimidade judicial na crise do império da lei”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 15, n.º 57 (Jan.-Mar. 1994), página 11-23.

¹⁸ In *Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje e Argumentacion*, página 5.

em que a aplicação directa da Constituição se faz em detrimento da onipotência da Lei do Parlamento.

Efectivamente, um dos dados fundamentais na evolução que se processou na Europa depois do sinal da Segunda Guerra foi desenhado pela necessidade de assegurar o primado da Lei, fazendo desta um limite inultrapassável das eventuais degradações da política. Tal dado está bem expresso na evolução das Constituições Europeias, atribuindo-se a estas o papel de uma instância normativa da qual irradia o critério de legalidade e a legitimidade de todo o sistema.

Como refere Ferrajoli, uma esfera de direitos de carácter imperativo, não apenas para o juiz, mas, em momento anterior, também para o legislador.

A inscrição do cumprimento da Constituição como tema da agenda do quotidiano judiciário vai produzir um reforço sensível do papel da jurisdição ordinária que, nas palavras de Perfecto Ibañez, corresponde à emissão de um juízo de constitucionalidade da lei e à sua imposição a todos, incluindo os sujeitos públicos.

Verdadeiramente, o que está em causa é uma redistribuição do poder com uma exigência de intervenção do juiz no cumprimento do catálogo de direitos, e deveres, no respeito pelas garantias com assento constitucional.

Ao fim, e ao cabo, do que tratamos é do cumprimento do Estado de Direito como realidade inultrapassável do sistema democrático.

Apelando para as palavras de Canotilho *é neste respeito pelos valores inscritos constitucionalmente que se revê a realização de princípios, e valores materiais, razoáveis para uma ordem humana de justiça, e de paz, e que vão desde a liberdade do indivíduo, à segurança individual e colectiva, à responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, à igualdade de todos os cidadãos e à proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.*

Aos tribunais, e essencialmente aos juízes, exercendo a justiça em nome do Povo, incumbe cumprimento do ónus que lhes advém da exigência da comunidade em que sejam agentes do povo nos quais este deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça, radicados na consciência jurídica geral, e consagrados na lei constitucional superior. Se é certo que o direito curva o poder, colocando-o sob o Império do Direito é ao poder judicial que se impõe a tarefa de vigiar pelo cumprimento da Lei numa exigência que radica em princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos¹⁹.

Os direitos e liberdades são assumidos como regras de natureza supra normativa. Valem como direito positivo, ou seja, como direito juridicamente vigente, garantido quer pela constituição, quer pela Lei. Constituem um catálogo de direitos, um património subjectivo indisponível pelo poder pois que são os direitos e liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria

¹⁹ *Idem.*

e dispõe dos direitos fundamentais. Se necessário for, os tribunais deverão desaplicar as leis violadoras de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

O ónus do Juiz em cumprir e fazer cumprir os valores constitucionais, assegurando a prevalência da lei, necessariamente repercutiu-se na evolução do próprio sistema judiciário e no diálogo entre os intervenientes. Efectivamente, as últimas décadas têm sido marcadas por uma mudança de paradigma nas relações entre Juízes e a Política que se consubstanciou na emancipação de uma visão do juiz estático, mero interprete inerte, e sem alma, da letra da lei, desapropriado de qualquer papel criador na sua aplicação.

A polarização dos direitos fundamentais em sede constitucional veio a exigir um outro tipo de intervenção e um outro modelo de juiz, em que prevalece o apelo ao espírito da Lei e a sua adequação aos valores que estão, ou devem estar, presentes.

A forma de encarar a independência dos juízes ganha agora uma outra dimensão e se, por um lado, se afirma a mesma como condição do exercício da jurisdição, reforça-se, por outro, o papel das instituições vocacionadas para preservar a mesma independência (com a criação de entidades independentes, compostas também por juízes, que gerem a magistratura).

Uma outra dimensão é a tensão que se verifica entre políticos e juízes nomeadamente quando a corrupção começa a ser um “nó górdio” das democracias políticas do nosso século, “metastizando” instituições e homens, transformando o exercício do poder em mero instrumento de uso pessoal.

O sistema democrático esboroa-se e o desprezo pela “res publica” evidenciada por alguns dos que detêm a condução dos interesses públicos mina a confiança dos cidadãos e abala o regime democrático.

Ao longo das últimas dezenas de anos, verificamos que a independência aos juízes teve por consequência o incremento de investigações que tocaram o coração dos Estados dando uma ideia da dimensão de uma das principais doenças da democracia: a corrupção.

Para alguns, muitas vezes os atingidos pelas investigações criminais, a intervenção proactiva dos Juízes na promoção dos valores da República, e no cumprimento da Constituição representa uma demonstração de insensibilidade perante as razões de Estado e uma afronta ao princípio da divisão de poderes. Seria, na sua perspectiva, uma forma de os juízes fazerem política, assumindo-se como uma “democracia judiciária”.

É necessário reconduzir as coisas ao seu devido lugar. Na verdade, o que está em causa é a prática de crimes cometidos na condução dos assuntos da República; o âmago da questão é a instrumentalização do exercício de cargos públicos, violando deveres de cidadania e valores da Constituição.

Não admira, assim, a dupla conotação que assume a palavra-chave de “activismo judiciário”. Sem ignorar toda a evolução que o conceito envolveu e as consequências extraídas em termos de jurisprudência – nomeadamente constitucional e de matriz anglo saxónica –, é certo que nos países continentais aquilo que para alguns representa uma inaceitável intromissão dos Juízes em áreas que lhe estão vedadas, e uma insuportável “República dos Juízes”, é, na verdade o mero cumprimento da Constituição.

A pouco e pouco, aproximamo-nos da questão fundamental da judicialização da política, ou seja, a dilatação do raio de acção dos tribunais, e dos juízes, com a consequente alteração das competências decisórias do legislativo e do executivo.

É evidente que o aprofundamento do processo de judicialização nos leva ao problema de fundo sobre o papel dos juízes num sistema democrático e sobre a legitimidade política dos tribunais.

Acompanhamos Canotilho quando afirma que o juiz guardião dos direitos e que realiza objectivos moralmente justos representa hoje, com efeito, o arquétipo de ruptura relativamente ao modelo jacobino de juiz executor, passivamente fiel à vontade do legislador (“a boca que pronuncia as palavras da lei”), ou de juiz declarativo, limitado a proferir mas nunca a criar o direito.

Nestes últimos modelos, a política é proibida aos juízes.

O juiz deve ser mais que activo, deve ser proactivo, procurando denodadamente defender os valores da República dos quais é também garante.

A posição expectante, equidistante, sem comprometimento na procura e de passividade na intervenção, é uma negação do modelo de Juiz defensor da Constituição e da legalidade que os tempos conturbados que vivemos exige.

Através do juiz aplicador, executor da lei, defende-se a independência do juiz que, em nome do Povo, diz o direito normativamente criado pela vontade popular. Os seus limites só podem decorrer dos valores jurídico constitucionais, ou seja, limites do direito constitucional positivo.

Recorrendo, ainda, às palavras de Canotilho *mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem “normas” para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático. É certo que estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de “activismo judicial” à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do direito. O desenvolvimento tem passado – sobretudo a nível dos tribunais constitucionais e dos tribunais*

*ordinários com funções constitucionais - pela descoberta de novas funções e novas dimensões do direito*²⁰.

O que se quer são Juízes que, antes do mais, são cidadãos da República, defendendo, sem transigência, os valores e os princípios inscritos na Constituição. No que toca concretamente ao nosso país, os últimos anos mostraram-nos um crescente, e preocupante, descrédito da classe política na condução dos assuntos da República. As elites republicanas esqueceram o seu dever de garantes morais da justiça e da Lei.

Alguns dos que deviam servir o Estado servem-se do Estado, perdendo a sua autoridade e credibilidade, dando visibilidade a um fenómeno típico de países do terceiro mundo – a patrimonialização – com a utilização dos bens afectos ao interesse público na prossecução de interesses privados. O sistema democrático está refém dos grupos de interesses.

Gradualmente criou-se na opinião pública uma descrença nas instituições políticas e, simultaneamente, nasceram exigências de responsabilização democrática. Não admira, assim, a transferência, a nível do cidadão comum, de expectativas de garantia de funcionamento do regime democrático para os tribunais, passando a assentar nestes o encargo de legitimação do sistema.

Infelizmente, temos de admitir que o decorrer dos anos vem demonstrando a incapacidade deste sistema judiciário para afrontar as situações que se prendem directamente com a criminalidade mais grave de natureza económica e o seu reflexo na deterioração do Estado de Direito. A incapacidade ou a ineficácia, patenteada por Tribunais e Polícias, na apresentação de resultados concretos na responsabilização criminal de quem age ilicitamente no exercício do poder traduz-se já por um fenómeno de descrédito generalizado e de desconfiança no sistema de Justiça.

Ausência de meios, deficiência da lei, falta de especialização, um processo penal desfasado, etc. As razões podem ser múltiplas, mas não nos ocorrem muitas situações em que se possa afirmar que investigação, e julgamento, tenham ocorrido de forma linear, encontrando a decisão justa no prazo certo. Pelo contrário, as mesmas investigações, e julgamentos, perpetuam-se nos gabinetes, ou nas salas de audiência, demorando anos, sendo que o resultado final pouco a nada tem a ver com a verdade material das coisas. Poder-se-ia dizer que, no nosso país, existe uma cultura do “desactivismo judiciário”, isto é, quanto mais próximo do poder instituído estão as situações ilícitas indiciadas, maiores são também os escolhos com que são confrontados Investigadores e Magistrados que procuram cumprir o seu dever.

É necessária uma outra postura de defesa da legalidade democrática que quotidianamente é ofendida perante os nossos olhos. Os valores da Constituição que consagram o nosso País

²⁰ *Ibidem.*

como um Estado de Direito são postos em causa sempre que alguém se serve de poderes que lhe foram confiados para defender a “res publica”, nomeadamente usando-os ilicitamente em benefício próprio.

Reagir é algo que é uma exigência da nossa consciência e da Lei que nos rege.

**Título: Tomo II – Ética e Deontologia Judiciária –
Coletânea de textos**

Ano de Publicação: 2014

ISBN: 978-972-9122-71-2 (Obra completa)

ISBN: 978-972-9122-73-6 (Tomo II)

Série: Caderno Especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt