

TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

REVISTA

THD | Centro de Investigação da Universidade de Lisboa

Número Especial
2018

TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

REVISTA

THD | Centro de Investigação da Universidade de Lisboa

Número Especial
2018

Teoria e História do Direito

Revista do THD, Centro de Investigação da ULisboa

Número Especial

2018

Coordenação do número

Isabel Graes

Conselho de redacção

António Pedro Barbas Homem

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Pedro Caridade de Freitas

Isabel Graes

Susana Antas Videira

Conselho de acompanhamento do THD

Georges Martyn

Michael Stolleis

Ken Pennington

João Maurício Adeodato

e-ISSN 2183–7864

Editora

Teoria e História do Direito, Centro de Investigação da ULisboa
(THD-ULisboa)

Direcção, Assinaturas e Distribuição

Teoria e História do Direito, Centro de Investigação da ULisboa
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária
1649-014 Lisboa, Portugal

Secretariado editorial

Raimundo Neto

thd@fd.ulisboa.pt

Design e paginação

mash



APRESENTAÇÃO

Entre as diversas iniciativas desenvolvidas pelo Centro de Investigação em Teoria e História do Direito teve lugar, entre 6 de Novembro de 2017 e 28 de Maio de 2018, um Ciclo de Conferências submetido ao tema: *Uma Justiça para o Século XXI* que decorreu no âmbito dos eventos realizados pela Linha de Investigação “A Administração da Justiça Portuguesa na Europa e no Mundo”. A iniciativa e a organização a que nos propusemos tiveram por objectivo enriquecer o curso de Mestrado e Doutoramento em História da Justiça do ano lectivo de 2017/2018, permitindo que os alunos nele inscritos assim como todos aqueles que nele participaram, conhecessem na primeira pessoa os testemunhos de vultos valiosíssimos que dedicaram e continuam a dedicar a sua vida à realidade judiciária.

Os textos que ora se reúnem e publicam pela ordem cronológica da sua exposição, se, por um lado, salientam a actualidade, delicadeza e complexidade das matérias judiciais, não sendo apenas um tema caro às políticas governativas ou a determinadas áreas científicas, mas a qualquer cidadão; não deixam, por outro lado, de revelar que a Universidade é sobretudo um local de debate de ideias, não se encontrando dissociada da sociedade nem das preocupações e problemas que a assolam.

Uma palavra de agradecimento é devida a todos os que nos apoiaram e ajudaram na realização deste evento, em particular aos Senhores Professores Doutores José Duarte Nogueira, Pedro Barbas Homem e Eduardo Vera Cruz Pinto. Quis também a inextinguível simpatia e disponibilidade dos diversos oradores a quem dirigimos os convites que fosse possível concretizar este projecto e, por este motivo, aqui lhes dirigimos o nosso penhorado reconhecimento. Não esquecemos tampouco todos aqueles que nos acompanharam, desde alunos dos cursos de licenciatura, mestrado e doutoramento da FD-UL, mas ainda de discentes de outras instituições de ensino, colegas e um público em geral que muito nos honrou com a sua presença. Ao Dr. Raimundo Neto e à Dra. Cláudia Duarte, colaboradores do Centro de Investigação de Teoria e História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa dirigimos também o nosso profundo agradecimento pelo acompanhamento prestado, assim como pela preparação dos registos audiovisuais e pela composição da presente publicação. A todos somos gratos.

Isabel Graes

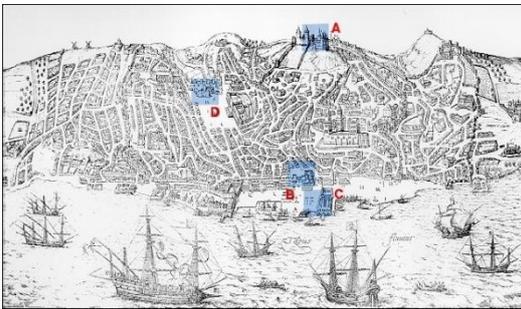
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O Tribunal de Contas no século XXI

José Tavares

Juiz Conselheiro e Director-Geral do Tribunal de Contas

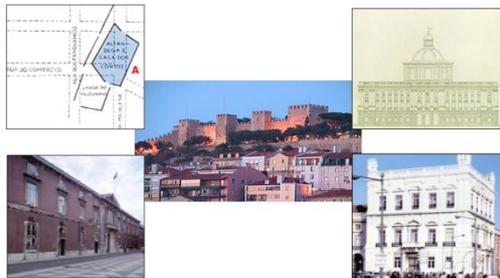
LOCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DESDE 1389



SALA DE SESSÕES DO EDIFÍCIO-SEDE



LOCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DESDE 1389



Sumário

1. Quadro estrutural do Setor Público (União Europeia e Portugal)
2. Modelos de ISC/SAI
3. O modelo português
4. Alguns números sobre o Tribunal de Contas
5. Questões estruturais da atualidade do controlo financeiro
6. Exigências atuais na Auditoria Pública
7. Temas atuais para a auditoria pública
8. E depois da auditoria?
9. Prevenção de Riscos
10. Relações Internacionais
11. Nota final

LOCALIZAÇÃO ATUAL



SRA

SRM

SEDE

QUADRO ESTRUTURAL DA ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA PÚBLICA (UNIÃO EUROPEIA E PORTUGAL)

Nível do Setor Público / Função/Atividade	SETOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO*					Setor Empresarial Público
	União Europeia	Estado	Regiões Autónomas	Municípios	Freguesias	
Autoridade Financeira/Organismos	Parlamento Europeu e Comissão	Assembleias de Reservas	Assembleias Legislativas	Assembleias Municipais	Assembleias de Freguesias	
Função executiva/gestão/administração	Comissão Europeia e outros órgãos de gestão	Governo e outros órgãos de gestão	Governos Regionais e outros órgãos de gestão	Câmaras Municipais e outros órgãos de gestão	Juntas de Freguesias	Entidades assimiladas com as instituições públicas
Controlo interno	Departamento de Contas da Comissão Europeia	Inspeção-Geral de Contas Unidas	Inspeções Regionais e outros órgãos	Unidade de Auditoria Interna e Unidade de Auditoria Externa	Unidade de Auditoria Externa	
Controlo externo independente	Tribunal de Contas Europeu	Tribunal de Contas	Tribunal de Contas	Tribunal de Contas	Tribunal de Contas	

* Não explicita entidades da Administração Pública indireta e associações

6. EXIGÊNCIAS ATUAIS NA AUDITORIA PÚBLICA

REFORÇO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA AUDITORIA:

- Independência e ética
- Julgamento e zelo profissionais
- Controlo de qualidade com vista ao rigor e consistência
- Gestão das equipas de auditoria e suas competências
- Risco de auditoria e materialidade (conclusões completas, corretas e apropriadas)
- Critérios, referências e padrões exigentes na auditoria de desempenho

7. TEMAS ATUAIS PARA A AUDITORIA PÚBLICA

- Auditoria da Ética no Setor Público
- Auditorias de desempenho para avaliação de programas e de políticas públicas, com predominância para os domínios sociais (saúde, ensino e ambiente)
- Áreas de forte impacto social: Biodiversidade, alterações climáticas, gestão dos resíduos e gestão da água
- Acordos internacionais em matéria ambiental
- Encargos com ajudas humanitárias
- *Big data* e o papel do Auditor

8. E DEPOIS DA AUDITORIA?

- A informação aos cidadãos e aos seus representantes
- O papel dos auditados e o seguimento das RECOMENDAÇÕES, com eventuais auditorias de seguimento
- O julgamento de responsabilidades, em especial, da responsabilidade financeira
- O planeamento estratégico

9. PREVENÇÃO DE RISCOS

UM PLANO DE PREVENÇÃO DE RISCOS PARA A AUDITORIA?

10. RELAÇÕES INTERNACIONAIS



11. NOTA FINAL

- As ISC são verdadeiros *observatórios* do Setor Público e devem refletir e observar permanentemente a Sociedade e não viver sobre si próprias
- As ISC devem velar diariamente pela sua *independência*, mesmo em períodos de agitação e turbulência social
- As ISC são retrato da sociedade e pelo seu estatuto e prática pode ver-se o nível de *desenvolvimento* político, social e cultural, dos Estados em que se inserem
- As ISC devem ser pilares sólidos da sociedade e instituições geradoras de confiança

A mulher na justiça e a justiça para as mulheres

Helena Vera-Cruz Pinto

Procuradora da República

Muito boa tarde a todos os presentes. Antes de mais agradecer o convite que me foi feito pelo Centro de Teoria e História do Direito da FDL, através da Sra. Professora Doutora Isabel Graes, para participar neste ciclo de reflexão sobre a Justiça para o século XXI, e dizer-vos do meu enorme prazer em voltar a esta Escola, que também foi a da minha formação, há mais de 35 anos.

O tema proposto é amplo e, apesar de alguns estudos e comunicações que se vão encontrando sobre a matéria, e dos quais vos darei aqui apontamento, certo é que não existem ainda Estudos e Estatísticas referentes a este, apesar de existir alguma monitorização, por acompanhamento, designadamente por tipos de ilícitos em que a vítima ou o autor seja uma mulher, mas não já no exercício da função de magistrado. Aqui, decerto, e mais adiante veremos, talvez por se não justificar!

Vou assim, e separando, no tema proposto, as duas vertentes, dando primeiro uma panorâmica da História, tentar expor-vos algumas ideias, fruto da minha experiência pessoal, enquanto mulher, magistrada do Ministério Público, Procuradora da República, dirigindo agora, e há cerca de dois anos,

após um intervalo de seis anos no exercício de funções como Provedora-Adjunta de Justiça, a Investigação Criminal – DIAP - do Núcleo de Almada, Comarca de Lisboa.

Como sabem, o Ministério Público, para além do exercício da acção penal, de que é titular, e talvez essa a face mais visível, exerce diversas outras funções, designadamente nos diversos tribunais das Comarcas do País.

Como refere José de Souto Moura, ex-PGR, Conselheiro no STJ, num texto intitulado “Sobre Justiça e sobre o Ministério Público”... “foi na baixa Idade Média que apareceu um pálido esboço do Ministério Público actual. Primeiro com o Zelador dos interesses D’El Rei e depois, na segunda metade do Séc. XIII, com D.Afonso III, surge o cargo de Procurador D’El Rei, que tinha a prerrogativa de chamar a juízo – a Casa D’El rei – as pessoas que tinham questões com a Coroa. Passou, assim, a ter por um lado, funções de promoção, e por outro ligada ao Tribunal. A partir daí apareceram os Promotores (designação que levámos para o Brasil e que ainda hoje se mantém) que não só zelavam pelos interesses da Coroa mas levavam, também, a Tribunal questões de natureza

social em que avultava a punição dos criminosos.

Com a reforma de Mouzinho da Silveira, em 1832, cria-se um Ministério Público, de inspiração francesa, napoleónica, que deu as notas ao Ministério Público actual.

Uma magistratura hierarquizada com o Procurador-Geral da Coroa no topo. Depois, com funções consultivas do Governo e das Câmaras Legislativas, funções que, ainda hoje, permanecem no Conselho Consultivo da PGR. Mais tarde como Magistratura separada da Magistratura Judicial, mas vestibular em relação a esta.

Com o 25/4/1974, a Constituição da república de 1976 e a Lei Orgânica do Ministério Público de 1978, instalou-se a completa separação entre as duas Magistraturas e, no domínio penal consagrou-se a autonomia do Ministério Público em relação ao poder político.

O Ministério Público, mantendo pois a tradição histórica desempenha várias tarefas, diversamente do que acontece em muitos outros países em que trabalha apenas na área penal, e mantém-se, também, a estrutura hierarquizada com o PGR no topo. Esta a situação actual”.

Feito este pequeno enquadramento histórico, citando o ex-PGR, Conselheiro Souto Moura, e entrando já numa das vertentes do tema proposto “Mulheres na Justiça”, urge dividir a questão para melhor exposição, entre as mulheres no exercício de funções na Magistratura, e aqui centrando-me também no Ministério Público, e as mulheres como Vítimas ou Arguidas no sistema de Justiça.

Em relação à primeira verificamos que na população residente em Portugal as

mulheres são em número ligeiramente superior aos homens (por exemplo, nos censos de 2011 era 52,2%), casam mais tarde e têm menos filhos, estão em maioria no ensino secundário e superior, o número de mulheres doutoradas entre 2001 e 2009 duplicou, têm taxas de desemprego mais elevadas, continuam a ser as principais agentes da prestação de cuidados designadamente de menores e pessoas dependentes, o espaço de conciliação entre a vida familiar e a participação no mercado de trabalho é uma prática prosseguida pelas mulheres, sendo elas quem mais utiliza instrumentos como a redução do horário de trabalho, a interrupção da carreira e a licença parental, sendo certo que estes dados estatísticos, genéricos, se aplicam também, por força da condição feminina às profissionais da carreira da magistratura.

Até 1974 o acesso das mulheres à Magistratura estava vedado.

Foi com a promulgação do DL 251/74, de 6/6, portanto ainda antes da promulgação da Constituição de 1976, que tal foi possível. A 1ª. mulher Magistrada em exercício de funções, em 1977, foi a Sra. Dra. Rute Garcêz, que foi, também, a 1ª. mulher Desembargadora em Portugal.

Em 2013 havia em Portugal, e nas três Instâncias 1970 Juizes dos quais 1040 eram mulheres.

No Ministério Público, uma magistratura mais recente, é de 49,3% o número de mulheres, sendo que, na base da carreira o número era de 61,3%. Factores como o início da magistratura do Ministério Público, a forma como se preencheram os quadros e o sistema de progressão na

carreira, hoje completamente entupido e por razões várias que não cabem aqui, levam a uma ligeira diferença no que ao número de mulheres, Magistradas do M^o.P^o. nos Tribunais Superiores concerne.

No CEJ, por exemplo, o número de auditores de justiça, no que às mulheres respeita, é na ordem dos 85%.

“No quadro normativo nacional, e sem querer entrar em pormenores, mas salientando os principais diplomas e disposições legais no que à igualdade de género e direitos das mulheres concerne, cumpre salientar que foram necessárias várias décadas para que as mulheres adquirissem em Portugal um estatuto jurídico de plena igualdade em relação aos homens. Só com a transição para o regime democrático, desencadeado em 25/4/74, e subsequente entrada em vigor da constituição de 1976 isso viria a ocorrer.

Hoje, no quadro Constitucional Português, cumpre salientar os art^{os}. 13^o. – que expressa o princípio da igualdade, princípio informador da ordem jurídica nacional, e que proíbe a discriminação em razão do sexo -, 9^o. h) – que faz constar entre as tarefas fundamentais do estado, a promoção da igualdade entre homens e mulheres -, 58^o. n^o.2, b) – no âmbito da garantia do direito ao trabalho, para que não seja negado, ou limitado, em função do sexo -, 59^o. n^o.1 – em que a proibição da discriminação em função do sexo é reafirmada em relação a um conjunto básico de direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como na parte final da al. b), n^o.1, cit. art^o. 59^o. Protege o direito à organização do trabalho em condições que permitam a conciliação da actividade profissional com a vida

familiar -, indo na mesma linha deste o art^o. 67, n^o.2, h) da Constituição.

A Constituição consagra, também, a igualdade no plano dos direitos de constituir família e contrair casamento, no art^o. 36, n^o.1, e a igualdade dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos, no art^o. 36, n^o.3.

No art^o. 68, n^{os}. 1 e 2 a Constituição considera que tanto a maternidade como a paternidade constituem valores sociais eminentes, e consagra para mães e pais, nas suas relações com os filhos, o direito fundamental à protecção da sociedade e do estado, com garantia da sua realização profissional e participação cívica.

Está ainda explicitado no art^o. 68, n^o.3 da Constituição, quanto a todas as mulheres, trabalhadoras ou não, o direito especial à protecção durante a gravidez e após o parto.

No que respeita à participação política dos cidadãos, o art^o. 109 da Constituição põe em relevo a participação política tanto de homens como de mulheres e impõe ao legislador ordinário a adopção de medidas que promovam a igualdade no exercício de direitos cívicos e políticos e a não discriminação do sexo no acesso a cargos políticos.

A defesa e a protecção dos direitos da mulher na ordem jurídica interna deve, também, ser enquadrada com referência às obrigações que decorrem para Portugal do facto de ser Estado membro da União Europeia e da sua vinculação a Convenções Internacionais sobre direitos humanos, como as adoptadas sob a égide das Nações Unidas e do Conselho da Europa. Neste plano, destaco que Portugal ratificou em 30 de Julho de

1980, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, das Nações Unidas, mais conhecida como Convenção CEDAW. Mais recentemente Portugal tornou-se num dos primeiros Estados a ratificar a Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica, do Conselho da Europa, e que ratificou em 5 de fevereiro de 2013.

No plano infraconstitucional não existe um diploma específico que trate de forma abrangente a temática dos direitos das mulheres. Existem, porém, variados instrumentos que contêm preceitos relevantes. Destacaria, assim, o Código penal, cujo art.º 152 criminaliza a violência doméstica, a Lei 112/2009, de 16 de Setembro, que estabelece o regime aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e assistência das suas vítimas, o D.L. 61/91, de 13/8, relativo ao reforço dos mecanismos de protecção legal devido às mulheres vítimas de crimes e a lei 104/2009, de 14/9, que aprova o regime aplicável ao adiantamento pelo Estado das indemnizações devidas às vítimas de crime violento e de violência doméstica. Recordaria, também, a Lei 38/2009, de 20/7, (que desde então se vem re-aplicando) que definiu os objectivos, prioridades e orientações da política criminal para o biénio 2009-2011, e que apontou a violência doméstica como crime de prevenção e investigação prioritária.

Depois, há ainda a referir os diferentes Planos Nacionais que vão sendo adoptados no nosso país para concretizar as necessidades de intervenção e medidas prioritárias a desenvolver nesta matéria, e

que são efectuados por biénio, desde 2011.” (excerto de texto publicado nos Cadernos Jurídicos, da Escola Paulista de magistratura, ano 15, nº. 38, Janeiro-Abril 2014).

Centrando-nos na área criminal, e tendo agora como pano de fundo, ainda no âmbito da primeira parte do tema “mulheres na Justiça”, vejamos alguns dados, na perspectiva da mulher, enquanto Arguida e enquanto vítima/ofendida.

O número de mulheres presas está a aumentar mais do que o dos homens.

Em 2015 havia mais 2600 presos do que há cinco anos atrás, sendo a grande maioria do género masculino.

O tráfico de droga é o crime predominante no caso de mulheres condenadas nas prisões portuguesas. Reportando-nos a 2016 verifica-se que nos cinco anos anteriores ganharam peso entre as mulheres presas, as condenadas por crimes contra o património, o que se liga à situação económica e social, de que falei já há pouco, por serem as primeiras cuidadoras da família e nelas se reflectir a maior incidência da taxa de desemprego.

As mulheres são, cada vez mais, vítimas de crimes contra as pessoas. São, com referência a 2010, cerca de 58,6% de acordo com a criminalidade registada seguindo a tendência de crescimento verificada desde 2000, e que se cifrava nos 48,6%.

Cerca de 81% das situações registadas no âmbito do crime de violência doméstica tem por lesado/ofendido pessoas do sexo feminino (em 2012, por exemplo, dos 26.076 lesados apenas 5.988 eram do sexo masculino).

Segundo as estatísticas da Direcção Geral da Política de Justiça o número de mulheres nas prisões aumentou 37,5%. Em 2010 havia 627 mulheres presas em Portugal sendo em 2015, 862, representando cerca de 6% da população prisional. A título de curiosidade referir que o pico de mulheres presas ocorreu em 1997 com cerca de 1500 mulheres presas.

Em relação aos homicídios conjugais, cometidos por mulheres, segundo um estudo realizado pela escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, foram recolhidas e analisadas 237 decisões judiciais, transitadas em julgado, entre 2007 e 2012. Entre as vítimas, 89,9% são mulheres e 10,1% são homens ,enquanto nos condenados a proporção é de 90,9% para os homens e 9,1% para mulheres.

Apesar do número restrito de mulheres condenadas, a pena média que lhes foi aplicada é tendencialmente inferior à determinada para os homens. E os julgadores foram mulheres????

Aqui, impõe-se, então, uma, obviamente empírica, e também baseada na experiência profissional pessoal, análise da segunda vertente do tema proposto:

“A Justiça das Mulheres”

Estar-se-á perante algo que se pode classificar como feminização da Justiça tão só, ou uma forma diferente de fazer e administrar a Justiça?

Como referiu o Sr. Juiz Desembargador, Dr. Paulo Guerra, em 2006, e se comprova pelos números que venho indicando nesta exposição, e sic “ a feminização da judicatura (e do

Ministério Público, claro) é um dado adquirido e incontornável”.

Diverso é saber se tal constatação tem resultados palpáveis, mensuráveis, no que às decisões das Magistradas concerne. O Dr. Rogério Alves, quando bastonário da Ordem dos Advogados, e o Dr. António Cluny, PGA, então Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, publicamente referiram não haver diferença entre o tipo de Justiça feito por Magistrados ou Magistradas. Não se nota no sentido das decisões. Uma boa preparação técnica, com mais conhecimentos de ordem prática e um conhecimento da realidade são os factores essenciais.

A Sra. PGA no STJ, Dra. Helena Varandas, num artigo acessível na internet, e sobre o tema em causa escreveu, e sic, “uma representação equilibrada é fundamental. Um tempo virá em que, eventualmente, será necessário levar a cabo uma discriminação positiva no acesso às Magistraturas em relação aos homens”. Estaremos, então, decerto cada vez mais próximo dessa ocasião.

Da minha experiência profissional, sendo que registo mais de 17 anos como Procuradora da República, e outros tantos de Procuradora-Adjunta, com centenas de despachos de acusação efectuados e outros tantos de julgamentos e instruções, posso dar-vos o testemunho pessoal de que nunca observei qualquer divergência decisória atribuível ao género do Magistrado e em nenhum tipo de ilícito. Nem nos habitualmente considerados mais sensíveis, dentro do leque dos ilícitos, que têm o género feminino como alvo, e que são, essencialmente a violência doméstica,

os crimes sexuais e o abuso sexual de menores.

A preparação técnica, o conhecimento da realidade e do meio, e os outros ensinamentos colhidos ao longo da vida, sempre atidos à lei, são sim a pedra de toque da decisão.

Esta não é influenciada pelo género de quem acusa, de quem arquiva uma investigação ou de quem julga, condenando ou absolvendo.

Inexistem dados estatísticos oficiais sobre esta questão que nos permitam trazer aqui os números, o tipo de ilícitos, etc.

Somos todos seres humanos e todos detemos aquilo que se designou pelas “motivações não jurídicas da decisão” que combatemos, individualmente, no exercício da nossa profissão, fenómeno para o qual somos alertados desde o CEJ.

As mulheres, pelo género, pela educação, pela multiplicidade de tarefas que lhes estão atribuídas, poderão ter, eventualmente, e em certo tipo de ilícitos, designadamente naqueles que referi já, uma abordagem diferente, uma sensibilidade diversa, alguma subjectividade no acto de ponderação, mas a decisão, ou o ónus de apreciação do caso concreto não é determinado pelo género.

Para além da experiência pessoal, e apenas essa, enquanto Magistrada do Ministério Público, posso testemunhar

que das decisões que vi, e sem olhar antes para quem as assina, não logrei distinguir o género do/da subscritora. Determinante sim a análise da prova produzida, o ilícito em causa, a apreciação que daquela é feita e a medida da pena aplicável.

Para terminar, e voltando ao crime de violência doméstica, aquele em que talvez o género pudesse ser mais invocável, digo-vos que dirijo um DIAP com 10 Procuradores-Adjuntos. Destes dois são homens e oito mulheres. Temos uma Unidade Especial para investigação do Crime de Violência Doméstica onde exercem funções dois magistrados: um homem e uma mulher. Diária, e directamente trabalho, e superintendo, a prestação de ambos, e o respectivo resultado em sede de julgamento, e posso dizer-vos que se não vislumbram diferenças.

A preparação técnica, o conhecimento e a interpretação da Lei, o domínio da doutrina e da Jurisprudência são, então, os factores determinantes, podendo eu concluir, e para já, na minha opinião, que pese embora a óbvia feminização da Justiça, fenómeno aliás comum a um grande sector de profissionais noutros sectores, e que não apenas neste, não demonstrará uma forma diferente de administrar a Justiça.

Muito obrigado.

Recuperação de ativos a favor do Estado como forma de combate às modernas formas de criminalidade

José Luis Braguês

Inspector-Chefe da Polícia Judiciária e Coordenador no PUC-CP, Sistema de Segurança Interna

Em presença de uma sociedade fortemente assente em valores económicos, a ideia de centrar nos crimes mais graves quase exclusivamente a sanção penal na aplicação de uma pena de prisão, esquecendo o confisco dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, parece insuficiente e desadequado, face à necessidade do combate às formas de criminalidade geradora de elevados proventos e na procura da almejada paz jurídica.

A par das sanções clássicas, a recuperação de ativos tendo em vista anular os benefícios do crime, revela-se como parte da estratégia global de abordagem à criminalidade. A sanção penal e a sanção patrimonial interligam-se atualmente de forma tão tenaz, que uma sem a outra correm o risco sério de serem incompreendidas pela sociedade.

A perda de bens a favor do Estado procura anular os benefícios económicos decorrentes do cometimento do crime, colocando o condenado na situação patrimonial anterior à sua prática,

mostrando a ele e à sociedade que o crime não compensa.

Além de uma sanção objetiva, estamos também neste domínio perante relevantes fins preventivos: - demonstrar ao visado que a prática de crimes não é forma legítima de enriquecer; - confirmar perante toda a comunidade a validade e a vigência do ordenamento jurídico, nomeadamente dos modos de aquisição e de incremento patrimonial válidos; - evitar o reinvestimento dos proventos criminosos.¹

O legislador nacional tem reagido à necessidade normativa que decorre da interação dos Estados face ao fenómeno da globalização, além das que decorrem da presença de Portugal nas organizações internacionais que a tal obrigam, nomeadamente ONU², União Europeia³

¹ Simões, Euclides Dâmaso e Trindade, José Luis Ferreira, “Recuperação de activos: Da perda ampliada à action in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), in *Julgare online*, 2009, pp 35 e segs.

² Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000; e Convenção Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia

e Conselho da Europa,⁴mas também pelas sentidas necessidades internas. Nesse sentido, o legislador tem buscado diversos mecanismos de sanção patrimonial, sejam eles baseados na ilicitude material ou nas consequências jurídicas do acto.

Conforme o pensamento do Dr. Conde Correia⁵, expresso na sua obra “*Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*”, que seguimos de muito perto nesta reflexão, podemos sinalizar, embora sumariamente, que a legislação portuguesa permite o confisco através duas vertentes primordiais.

A primeira por via da ilicitude material onde predomina o branqueamento de capitais⁶, as medidas fiscais de tributação de património ilícito⁷, e, eventualmente pelo enriquecimento ilícito⁸ que, embora rejeitado por inconforme à Constituição numa versa inicial, se mantém no pensamento jurídico, até porque tal se encontra

claramente sinalizado na Convenção de Mérida,⁹ que Portugal assinou.

A segunda por via da perda ou confisco alargado, matéria de reflexão para estes minutos.

É, pois, no contexto indicado que, como forma de combater as formas mais graves da criminalidade, em especial a que gera lucros, o legislador português, através dos artigos 7.º a 12.º da lei 5/ 2002¹⁰, criou um regime excecional de perda de bens a favor do Estado, consagrando o que se designa por perda alargada ou ampliada, amplamente conhecida na expressão anglo-saxónica “*extended confiscation*” ou “*extended forfeiture*”.

Este normativo, quase esquecido durante vários anos nomeadamente por se duvidar da sua constitucionalidade, visa atacar o património daquele que é condenado pela prática de um dos crimes de catálogo indicados naquela lei, reduzindo necessidade probatórias e facilitando o trabalho da justiça para tal fim, uma vez que estabelece uma presunção de proveniência ilícita e transpõe para o arguido condenado, observadas determinadas condições, o ónus da prova no que respeita à licitude do seu património¹¹.

Geral das Nações Unidas, em Mérida, a 31 de outubro de 2003

³ Diretiva da UE 2014/42/UE do parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014, Jornal Oficial da União Europeia n.º L 127/39, de 29.4.2014

⁴ Cfr, o preâmbulo da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16 de maio de 2005.

⁵ Conde Correia, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012

⁶ Art.º 368 A do Código Penal

⁷ Cfr/art.º 10º da lei Geral Tributária (DL n.º 398/98, de 17 de dezembro, com atualizações subsequentes) e art.º 9º, n.º 1, al. b) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS).

⁸ Decreto n.º 37/XII, Enriquecimento ilícito de 20 de fevereiro de 2012, rejeitado pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão 179/2012, Processo 182/2012;

⁹ Convenção Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Mérida a 31 de outubro de 2003

¹⁰ Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, alterada pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, e quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de novembro, e pela Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto

¹¹ Art.º 9º, n.º1 lei 5/2002

Porém este instituto não opera obrigatoriamente e exige condições específicas.

Primeiro só é aplicado quando na presença de formas de criminalidade mais graves, ou seja, os que estão elencados na referida lei¹².

Depois exige-se a existência de um património incongruente¹³, ou seja, património sobre o qual se pode fazer um juízo de presumida proveniência ilícita, porque é incongruente com a atividade ou rendimentos do arguido.

Por fim exige-se a condenação por um dos referidos crimes de catálogo.¹⁴

Observadas estas condições, pode o titular da ação penal proceder ao incidente de liquidação de património a favor do Estado, o que tem obrigatoriamente que ocorrer até ao trigésimo dia anterior à data designada para a primeira sessão de julgamento¹⁵.

Nessa liquidação o titular da ação penal identifica o património titulado ou que está na posse do arguido, que esteja no seu domínio ou do qual tenha o benefício, transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, e/ou por si recebidos ainda que não se consiga determinar o seu destino¹⁶.

Existe porem uma limitação temporal, uma vez que se estabelece que só pode ser considerado o património que entrou

na esfera patrimonial do arguido até ao quinto ano anterior à data de constituição de arguido¹⁷.

O arguido usará em todo o tempo as armas e argumentos que tiver e entender para demonstrar que não é assim, podendo ainda, após o julgamento (em que foi condenado e declarada a perda do valor incongruente), ilidir tal presunção, demonstrando a proveniência lícita do património considerado incongruente¹⁸.

Os artigos em causa foram apreciados pelo Tribunal Constitucional, por três vezes¹⁹, e declarados conformes à CRP.

Sendo assim, chegamos ao ponto em que se pode admitir a aplicação de matemática ao Direito. É agora admissível a aplicação uma fórmula matemática para chegar ao valor a liquidar, uma vez que tal corresponde à diferença entre o património identificado, nas condições estabelecida na lei, e o rendimento global do arguido, sendo este aquele que foi devidamente declarado ou que o arguido comprovadamente demonstre a sua proveniência, situação esta que decorre claramente dos referidos acórdãos do TC.

Ou seja: $V_i \text{ (MaL)} = \sum_j^n vpa - \sum_j^n rla$ ²⁰

¹² Artº 7º, nº 2 lei 5/2002

¹³ Artº 9º, nº 3 da lei 5/2002

¹⁴ Acórdão n.º 101/2015, Processo n.º 1090/2013, Diário da República, 2.ª série - N.º 60 - 26 de março de 2015; - Acórdão 392/2015, Processo n.º 392/2015, Diário da República, 2ª Série, - N.º 186 - 23 de setembro de 2015; - Acórdão 476/2015, Diário da República, 2.ª série - N.º 217 - 5 de novembro de 2015;

²⁰ Novo Guião de Trabalho - Nova Perspetiva de Abordagem do Cálculo da Perda Ampliada. A Equação Fundamental da Perda Alargada, Doutor Armindo Espírito Santo, Lisboa, 08-09-2016

¹² Artº 1º lei 5/2002

¹³ Artº 7º lei 5/2002

¹⁴ Artº 7º lei 5/2002

¹⁵ Artº 8º, lei 5/2002

¹⁶ Artº 8º c/refª ao artº 7º da lei 5/2002

Vi – valor incongruente (montante apurado a liquidar)

Vpa – valor património do arguido

Rla – rendimentos lícitos do arguido

Os grandes desafios para aplicação deste normativo são, no entanto, significativos, uma vez que a prática demonstra que esta fórmula matemática é mera aparência da realidade e não de aplicação direta.

O primeiro desafio assenta desde logo na identificação da totalidade do património do arguido que deve ser usado para confronto com os rendimentos. É que esse património deve ser visto com grande abrangência não podendo ser limitado aos bens que estão tão só na titularidade do arguido.

É a lei que define que o património do arguido abrange tudo o que está no seu domínio ou benefício, ainda que em nome de terceiros. Isto transporta-nos para dimensões complexas de titularidade de bens, muitas vezes para jurisdições terceiras em todo o globo, incluindo aquelas com regimes simplificados ou até inexistentes como os territórios designados offshore.

O segundo desafio tem a ver com a identificação dos rendimentos. Numa primeira análise parece tarefa fácil uma vez que se devem considerar os rendimentos declarados no respetivo ordenamento jurídico. Mas será assim? – Então e o que fazer no caso de rendimentos comprovadamente ilícitos? Podem ser comparados diretamente com

património para se obter um valor a liquidar?

E o que dizer dos rendimentos eventualmente produzidos licitamente, mas não declarados?

O terceiro desafio, mas não menos importante, tem a ver com o tempo disponível para a realização da investigação patrimonial e financeira com vista ao apuramento do valor incongruente, e por consequência a ser liquidado pelo MP, em vista ao arresto de bens que venham a garantir esse pagamento a favor do Estado.

Numa primeira abordagem dir-se-á que este instituto é especialmente beneficiado nessa matéria uma vez que tem um tempo superior ao disponível para a realização da investigação, da acusação e eventualmente da instrução, uma vez que o seu prazo limite de inserção no inquérito termina apenas no trigésimo dia anterior à data designada para julgamento. Tendo em consideração que a investigação patrimonial e financeira prevista no normativo em apreciação não é de carácter obrigatório para todos os crimes catalogados, devendo antes ajuizar-se sobre a sua necessidade face à existência de um património que valha a pena considerar, além de que só deve ser dirigida a arguido sobre quem recaem fortes indícios de condenação, condição *sine qua non* de aplicação deste normativo, o tempo disponível diminui consideravelmente.

Acresce que nos casos mais complexos, eventualmente mais rendosos para quem os cometeu, especialmente no âmbito dos crimes ditos “económicos”, a

(trabalho não publicado, mas utilização e citação autorizada pelo autor)

investigação revela-se frequentemente de grande dimensão e complexidade.

Conclui-se assim com a ideia inicial de que, em sociedades com forte valorização de fatores económicos, pode ser de difícil interpretação para a sociedade que se envie um condenado para a cadeia sem que se lhe retire tudo o que tiver valor económico que só foi por si obtido através de ações criminosas que, direta ou indiretamente, afetaram todo o coletivo social.

A organização constitucional dos tribunais pós 25 de Abril: passado, presente e futuro

Nuno Coelho

Juiz desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa

1. Introdução

Este ciclo de conferências sobre “Uma Justiça para o Século XXI”, trouxe-nos a oportunidade, na sequência do simpático convite a intervir que nos foi dirigido pela Professora Isabel Graes, coordenadora do programa “A Administração da Justiça Portuguesa na Europa e no Mundo”, de poder refletir em ambiente académico um tema, a nossos olhos, de grande atualidade e centralidade.¹

Trata-se, na verdade, este nosso exercício, de retirar alguns ensinamentos para futuro da contextualização histórica da atual organização constitucional da administração da justiça portuguesa e do entorno do seu condicionalismo estrutural presente.

Esta abordagem passará pela análise das várias dimensões em que se pode articular essa dinâmica história e a sua contextualização, sabendo que podemos

¹ A reflexão da palestra e o presente texto tem por base o artigo publicado em *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, adiante incluído nas referências como Coelho, Nuno (2017).

adiantar que a mesma análise nos possibilitou fazer um conjunto de constatações que é habitual nas análises históricas de períodos pós-revolucionários.

Constata-se, na verdade, que esses períodos de revolução, não obstante o impacto modificativo que lhe é inerente, são marcados não só por ruturas institucionais, mas também por um conjunto de continuidades que não são de menosprezar no seu significado e valor.

Podemos, por isso, estabelecer em matéria de justiça algum paralelismo entre a revolução liberal portuguesa e a revolução de Abril (sucessão do Estado Novo para o Estado pós-25 de Abril).

Tal como alude o Professor António Barbas Homem no prefácio à obra da coordenadora deste ciclo de conferências *O Poder e a Justiça em Portugal no Século XIX*², a pp. 6:

“As questões institucionais são determinantes para o primeiro liberalismo e para a sua agenda

² Referido, a final, como Graes, Isabel (2014).

legislativa e administrativa. Organizar um novo poder do Estado, reformar a organização territorial e assegurar a presença física do Estado e das suas instituições jurisdicionais em todo o território, aprovar novos estatutos dos magistrados, dos procuradores, dos advogados, dos funcionários, que se enquadrassem no novo espírito do direito público do constitucionalismo, com a sua rejeição do regime de patrimonialidade e de transmissibilidade dos cargos. (...) Continuidades, com o predomínio do poder executivo na vida judiciária, apesar da consagração constitucional da separação de poderes”.

Este paralelismo serve-nos, pois, para enunciar um conjunto de três constatações prévias que vamos procurar elucidar e confirmar ao longo da nossa reflexão.

E a primeira lição a retirar da análise que vamos fazer é que o percurso histórico evidencia uma revolução do quadro político e constitucional (Constituição de 33 / Constituição de 76) mas num território marcado por uma impressionante continuidade sociológica e até institucional (impressionantemente chamada por muitos de “*evolução lenta na continuidade ...*”).

Por seu turno, a segunda constatação é que a organização constitucional do poder judicial (entenda-se do sistema judicial e em particular da temática em torno dos tribunais, dos juizes, da relação entre órgãos de soberania e dos seus titulares) é caracterizada, na atualidade, por uma necessidade de densificação constitucional. Naquilo que poderíamos chamar de uma “insustentável falta de densidade da Constituição Judiciária” que não pode perdurar por muito mais tempo.

A última constatação poderia ser considerada algo tautológica não fosse a sua importância primordial. A administração da justiça, não obstante a sua especificidade essencial, comunga com a governação do Estado, efetivamente, de alguns dos pressupostos essenciais de organização e de reforma da administração pública.

Esta reflexão que estamos a propor passa pelo desenvolvimento de vários tópicos que serão as nossas dimensões de abordagem:

- o 25 de Abril na justiça;
- tribunais, poder judicial e Ministério Público (sem menosprezo pela advocacia e pelos demais atores da justiça);
- o papel e a função dos tribunais; a jurisdição;
- a independência judicial e a prestação de contas (*accountability*); e
- reforma da justiça, governação e políticas públicas.

Terminaremos com algumas conclusões em torno das três constatações prévias e numa preocupação de relacionar os tempos do passado com uma reflexão mais estruturada sobre o presente e o futuro da organização do sistema judicial.

2. O 25 de Abril na justiça

A madrugada do 25 de Abril e o período que a sucedeu não implicou uma revolução imediata e profunda do sistema judicial português. Trata-se de uma conclusão atrás adiantada mas que precisa de uma explicação mais desenvolvida.

Isto é, existiram significativas alterações no quadro político e constitucional, com

impacto imediato no direito de transição revolucionária e depois na Constituição de 1976, com a extinção dos tribunais políticos, a consagração dos órgãos de gestão autónoma das magistraturas, a autonomização das instituições judiciárias (tribunais e Ministério Público) relativamente ao executivo (Ministério da Justiça), a consagração do pluralismo das ordens dos tribunais e a definição constitucional dos princípios da independência e autonomia das instituições judiciárias, da imparcialidade e da separação de poderes e da garantia dos direitos e das liberdades dos cidadãos perante o Estado (Estado de direito democrático).

Mas isso não implicou uma rutura com a identidade institucional e sociológica da magistratura e do sistema organizativo dos tribunais que se manteve quase incólume e que marca ainda o atual quadro organizativo e institucional do sistema judicial português. Pode-se mesmo dizer que a estrutura institucional veio a assimilar convenientemente os princípios constitucionais consagrados na Constituição de 1976 e que aqui se pretendem descrever na sua moldura de mais de quarenta anos de história.

Mais do que uma revolução poderemos falar de uma reforma do sistema institucional que teve por base uma revolução política e constitucional.

Esta continuidade sociológica que é marcada por uma evolução lenta e progressiva que acompanha estes quarenta anos de vigência constitucional perpassa por todas as iniciativas de reformas da justiça que foram ensaiadas neste período largo de tempo, tanto a nível procedimental, como organizativo, passando pela gestão do sistema e

também pelos estatutos das magistraturas. As novas leis estabelecidas neste domínio estabelecem o ritmo das prioridades políticas de reforma e que flutuaram ao sabor das conjunturas políticas e das prioridades das maiorias políticas definidas no plano parlamentar e governamental. Isso é bem patente nas apostas de reforma mais gestionárias em torno do mapa judiciário dos últimos dez anos.

Pode-se dizer, no entanto, que esta relativa continuidade sociológica foi sempre acompanhada por uma cultura discursiva de elevado grau de independência de que o poder judicial veio a beneficiar no quadro constitucional de 1976 e que não deixou de marcar também a atividade judiciária e as magistraturas envolvidas. Os juizes com o seu quadro estatutário de independência e imparcialidade avivado pelas exigências da democracia. O Ministério Público com a sua autonomia institucional sempre bem vincada desde o seu início.

A literatura que se debruça sobre este quadro complexo de alterações na justiça portuguesa pós 25 de Abril e que se referencia no final deste texto caracteriza muito bem esse processo muito ténue de democratização ao nível político e sociológico. Vistas as coisas e também a função jurisdicional, se calhar não poderia ser escolhido um outro cenário de evolução na continuidade. As exceções serão mesmo a definição, consagração e desenvolvimento dos princípios da separação de poderes, da imparcialidade, da independência e da autonomia das instituições judiciais.

Passámos de um paradigma de juiz sensível ao modelo liberal-legalista,

revestido na idiosincrasia portuguesa do Estado Novo com as notas de um sacerdócio, para um modelo técnico-burocrático vigente na maior parte dos Estados democráticos mas com a particularidade de um deficit relevante de vivência democrática, no quotidiano das instituições judiciárias e das pessoas que nelas atuam.

É que a ausência prolongada dos tribunais da centralidade dos problemas políticos e sociais levou-os a afastar também do círculo mais visível das discussões da ciência política, constitucional e administrativa. Uma “zona de ninguém” sob o ponto de vista dessa tradição de reflexão jurídico-política, que se descobre ao encarar a inserção do poder judicial nos problemas mais vastos suscitados pela organização e atividade do Estado.

Em Portugal esta situação foi agudizada pelo facto da justiça, enquanto tema, se ter encontrado ausente das prioridades da agenda política nacional durante décadas. Mais recentemente, contudo, o tema dos tribunais tem ganho alguma atualidade e centralidade no debate público e no quotidiano social português. A política encara o tema dos tribunais com um acréscimo de atenção e sensibilidade e o cidadão olha intrigadamente para a atividade dos tribunais, num misto de preocupação e desinformação.

Trata-se de um terreno em que a falta de consciência da importância da administração da justiça na vida social, durante um largo período, gerou alguma instabilidade nas imagens e nas representações sociais sobre o papel dos tribunais, sobre o seu enquadramento institucional no seio da estrutura de

divisão de poderes políticos e constitucionais, provocando até, dessa forma, alguma indefinição acerca do estatuto dos vários titulares dos órgãos que compõem o sistema judicial.

São muitos os sinais, todavia, que nos fazem pensar que esta situação se encontra em franca alteração.

Mas voltemos ao quadro anterior à Constituição de 1976. Na Constituição do Estado Novo (Constituição de 1933), muito embora se definissem os tribunais como órgãos de soberania (Art.º 71.º), não se continha uma norma como a que vamos encontrar na Constituição atual que consagra expressamente tal princípio (primeiro no Art.º 206.º e no atual 203.º após as sucessivas revisões do texto constitucional). Naquela Constituição de 1933 apenas se definiam garantias da falada independência: os juízes dos “tribunais ordinários”, eram nos termos do seu Art.º 119.º “vitalícios e inamovíveis” e – Art.º 120.º –, “ressalvadas as exceções” que a lei consignasse, os juízes eram “irresponsáveis nos seus julgamentos”. Por seu turno o Estatuto Judiciário de 1962 dizia no Art.º 111.º ser a magistratura judicial, independente, irresponsável e inamovível, definindo seguidamente cada uma dessas características. Consistia a independência “no facto de o magistrado exercer a função de julgar segundo a lei, sem sujeição a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento dos tribunais inferiores em relação às decisões dos tribunais superiores, proferidas por via de recurso”. Mas na prática, sobretudo por via da conformação prática da carreira judicial (disciplina, colocação e promoção), essa independência era

comprometida com intromissões do poder executivo na esfera do poder judicial, designadamente por intermédio do ministro da Justiça que tinha assento no Conselho Judiciário.

Nos tempos que se sucederam ao 25 de Abril avolumaram-se os trabalhos preparatórios da Constituição com a difusão e a reflexão de opiniões que se baseavam numa teoria da independência dos tribunais já definida quase universalmente apesar de existirem casos flagrantes de diferença entre a retórica dos princípios e a realidade prática.

Estabeleceu-se um largo consenso sobre três objetivos no debate encetado entre um maior ou menor ativismo judiciário: a abolição dos tribunais plenários, o autogoverno das magistraturas e o estabelecimento de efetivas garantias de independência, seja no sentido de uma independência vinculada apenas à lei ou também ao direito (mais ou menos positivista).

A estruturação da magistratura como corpo único (ou tendencialmente único em face da pluralidade das ordens dos tribunais), as garantias de independência e os próprios critérios de organização dos tribunais traduziram, na Constituição de 1976, um pensamento normativo consequente e tributário de várias tradições do perfil do juiz e da função de julgar: a independência é também um direito dos cidadãos e um dever dos juizes, a reserva da jurisdição é uma garantia tanto relativamente aos poderes públicos como também à própria sociedade e os juizes são verdadeiros titulares dos órgãos de soberania, administrando a justiça em “nome do povo”.

Novas realidades institucionais, como o Conselho Superior da Magistratura³ e o Tribunal Constitucional, vieram dar uma legitimidade democrática acrescida ao poder judicial pois se caracterizam por composições híbridas e participadas. Surge também num novo regime de acesso e nomeação das magistraturas (juizes e magistrados do Ministério Público) que convive com uma formação profissional qualificada e que goza de alguma autonomia institucional através da criação do Centro de Estudos Judiciários em 1979.

Nestes mais de quarenta anos da Constituição que é também judiciária, para além do debate em torno do seu próprio desenvolvimento e densificação, ressaltam sobretudo os debates em torno de questões que são convocadas recorrentemente a propósito da justiça: composição do Conselho Superior da Magistratura, papel do juiz nas reformas penais e processuais civis, - responsabilidade disciplinar e civil do juiz, - sistema de inspeção e classificação dos juizes; - legitimidade democrática dos juizes; - perfil etário do juiz; - estatuto remuneratório dos juizes e dos magistrados do Ministério Público; noutro plano, - inacessibilidade e morosidade dos tribunais; - custos processuais; - degradação das instalações e equipamentos judiciários; - ineficácia das reformas processuais; - agravamento das condições de exercício das profissões forenses, entre outras matérias mais ou menos polémicas.

³ A que se juntou o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais num arranjo da legislação não constitucional mas que alguns caracterizam como materialmente constitucional face à consagração da pluralidade das ordens dos tribunais.

Algumas dessas matérias têm deixado feridas no diálogo institucional entre as magistraturas e o poder político. Estamos a falar da composição e da legitimação dos membros dos Conselhos Superiores de Magistratura (maioria ou não de membros não magistrados), das prerrogativas remuneratórias ou da autonomia funcional dos magistrados a propósito do seu estatuto profissional, do aumento ou diminuição do quadro de magistrados, ou, até, da gestão dos tribunais e do Ministério Público a propósito do novo modelo organizativo do sistema judiciário.

3. Tribunais, poder judicial e Ministério Público

A definição do poder judicial e a fórmula da sua organização não deve estar desligada do sentido social que se queira conceder à jurisdição, enquanto poder dado aos tribunais para aplicar o direito e administrar a justiça.

Que funções assumem os tribunais e os juízes nessa articulação dos poderes separados e interdependentes e quais os meios institucionais que pretendem dar concretização a essas funções? Que papel assume o Ministério Público que se enquadra constitucionalmente nesta organização dos tribunais?

Este sentido social que perpassa pelas normas constitucionais atinentes aos tribunais e à sua organização não é indiferente ao debate sobre outras questões políticas e éticas que não deixam de localizar o judiciário face aos outros poderes políticos, no seu plano de legitimação e reconhecimento político-social. A cultura histórica, política e

jurídica determina um determinado modelo de jurisdição e de estatuto de juiz que para além de ter um objeto normativo não deixa de refletir a posição e o reconhecimento que os juízes podem beneficiar na comunidade.

Mas a questão do estatuto dos juízes ganhou hoje também uma projeção internacional em vários instrumentos internacionais que são recebidos pela mesma constituição como verdadeiro direito nacional. A análise das soluções institucionais para a jurisdição de cariz internacional e supranacional (v.g. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os Tribunais da União Europeia) são aqui de grande consequência teórica e prática. A confirmar a importância crescente do diálogo judicial internacional, não só por via do avanço jurisprudencial mas também pela consolidação das garantias fundamentais atinentes ao judiciário.

A matéria do estatuto do juiz – ou do estatuto dos juízes em vista do mencionado pluralismo judiciário consagrado na Constituição – deve ser tratada juridicamente ao nível constitucional e tem reflexo na letra de determinadas normas constitucionais em conjunto com outros assuntos de igual importância que digam respeito aos tribunais, à administração da justiça, aos sistemas alternativos de composição dos litígios ou à regulação realizada pelo direito nas suas diversas vertentes fundamentais.

Mas estes temas obedecem a uma articulação normativa que tem um respaldo constitucional, com temas e tensões mais ou menos controversos. Uma das constatações que retirámos tem

a ver com a necessidade de um aprofundamento da Constituição judiciária portuguesa, também na sua dimensão normativa. O tema do Estado de direito também é estudado nas suas dinâmicas de crise e elas têm apontado na experiência internacional para um reforço e blindagem das soluções constitucionais em torno dos princípios essenciais que garantem o funcionamento da justiça, mormente da independência judicial.

Podemos fazer um retrato desses conteúdos constitucionais.

Os pressupostos são o Estado de direito democrático que implica a separação e a interdependência de poderes (Art.º 2.º da Constituição da República Portuguesa⁴).

A defesa dos direitos fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático é uma tarefa fundamental do Estado português (Art.º 9.º, alínea b), da CRP). Essa tarefa liga-se diretamente com o núcleo fundamental da função jurisdicional (Art.º 202.º, n.º 2, da CRP).

Esta função jurisdicional e também a imparcialidade, a autonomia e a isenção que se pretendem com a atividade dos juízes e dos tribunais é assegurada pelo princípio da independência que é definida na Constituição pela sua definição objetiva – “independência dos tribunais” (Art.º 203.º da CRP).

Os tribunais são assumidos também como órgãos de soberania que funcionam numa regra essencial de separação e interdependência de poderes, participando os juízes desta noção pois

serão assumidos também enquanto titulares de um órgão de soberania (Art.ºs 110.º e 111.º da CRP).

Ligando a qualidade dos órgãos e dos seus titulares à função, podemos dizer que os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (Art.º 202.º, n.º 1, da CRP).

A dimensão do estatuto dos juízes também convive com a definição básica constitucional de um corpo de juízes assimilado ao núcleo dos juízes dos tribunais judiciais (entendidos como “magistrados judiciais”), mas convivendo no mais com a consagração de outras ordens de tribunais (assim, desde logo, o Art.º 212.º da CRP) que também possuem juízes em exercício da função jurisdicional mas com estatutos aparentemente diferenciados.

Isso levanta o problema da unidade de estatuto e da consagração de um estatuto unificado ou mesmo a integração de ambos os estatutos num único estatuto legal.

Assim, o Art.º 215.º CRP refere-se apenas à magistratura dos tribunais judiciais e não também à dos tribunais administrativos e fiscais. Da consagração constitucional da dualidade de jurisdições (Art.º 212.º) pode retirar-se, todavia, uma obrigatoriedade de a jurisdição ser dotada de juízes submetidos a um estatuto e a um órgão de gestão e disciplina próprios. Mas não se encontra em causa que os juízes de uma e outra jurisdições, assim como dos demais tribunais consagrados (por exemplo Tribunal Constitucional e Tribunal de Contas que beneficiam de estatutos legais reforçados) estão sujeitos aos mesmos princípios básicos que

⁴ Doravante identificada com CRP e que é citada com referência ao texto constitucional saído da revisão constitucional de 2005.

caracterizam constitucionalmente o exercício da função jurisdicional.

Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (Art.º 202.º da CRP), e devem ser independentes e apenas sujeitos à lei (Art.º 203.º da CRP). A independência dos tribunais assegurada pelas normas constitucionais expande-se, na sua afirmação, aos juízes enquanto titulares da função jurisdicional e tem afirmação em várias dimensões do seu estatuto que pretende garantir a sua atividade segundo estritos critérios de independência e imparcialidade.

Garantia essencial da independência dos tribunais é a independência dos juízes, que por isso está necessariamente abrangida pela proteção constitucional daquela (independência objetiva). O princípio da independência dos juízes exige não apenas a sua inamovibilidade e irresponsabilidade (Art.º 216.º da CRP), mas também a sua liberdade perante quaisquer ordens ou instruções das demais autoridades, além de um regime adequado de designação, com garantias de isenção e imparcialidade que evitem o preenchimento dos quadros da magistratura de acordo com os interesses dos demais poderes do Estado, sobretudo do Governo e da Administração (cfr. Arts.ºs 215.º e 218.º da CRP).

Na verdade, a independência de ação de que cada juiz beneficia na resolução do caso concreto depende, efetivamente, da independência de tipo estrutural ou organizativa, enquanto conjunto de salvaguardas formais e condições estruturais aptas a proteger os juízes e todo o judiciário de qualquer tipo de

intervenção ou controlo (internos ou externos).

A independência dos juízes é também uma garantia essencial da independência dos tribunais, sendo que esta garantia constitucional (da independência dos tribunais) não deixa também de albergar a primeira (independência dos juízes).

Por seu turno, a garantia da inamovibilidade (Art.º 216.º, n.º 1, da CRP) tem de ser necessariamente conexas com a independência dos tribunais e dos juízes. Mas também não só. Essa garantia interliga-se com aspetos essenciais do funcionamento do sistema judicial e da atividade procedimentalizada dos tribunais. O exercício independente e imparcial dos juízes nos processos judiciais implica a consagração da regra da predeterminação legal do tribunal e do juiz (vulgo princípio do juiz natural). Mas implica também com outras regras e princípios processuais – v.g. distribuição isenta e equitativa dos processos, competência dos tribunais, continuidade da audiência de julgamento, identidade e estabilidade do julgador ou tribunal, estabilidade da instância – e de princípios e regras laborais ou de emprego público (salvaguarda da estabilidade do emprego e do local de trabalho).

Esta garantia também deve ser conjugada com a necessidade de racionalizar e gerir o sistema judicial e designadamente os recursos humanos disponíveis face a exigências de resposta à demanda dos tribunais, à congestão processual ou mesmo à especialização da oferta judicial em determinadas situações justificadas.

A garantia da irresponsabilidade (Art.º 216.º, n.º 2, CRP), deverá ser tratada à luz do debate em torno da responsabilidade

criminal, civil e disciplinar dos juizes, sem esquecer aqui o debate fundamental dos aspetos da deontologia e da ética judiciária. Os diversos estatutos dos juizes deverão também desenvolver e compatibilizar as diversas soluções legais aplicáveis.

O regime das incompatibilidades (Art.º 216.º, n.ºs 3, 4 e 5, da CRP), conforma também o desenho deste enquadramento de garantias, prerrogativas e deveres dos juizes.

O estatuto constitucional dos juizes deve ser clarificado pela definição de que eles são titulares de órgãos de soberania mas que também se inscrevem na geografia dos poderes públicos do Estado (em sentido amplo) numa posição de intermediação entre esses poderes e o cidadão. Desempenhando a tarefa fundamental do Estado de defender os direitos fundamentais e de garantir o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático, concretizando a função jurisdicional (cfr. os citados Art.ºs 2.º, 9.º, alínea b) e 20.º, n.º 2, da CRP).

A Constituição considera o Ministério Público um órgão integrado no sistema judicial (tribunais) embora a sua natureza originária apontasse para ser concebido como um corpo de magistratura de ligação entre esse mesmo poder judicial e o poder político. Os magistrados do Ministério Público, tratados no Estado Novo como uma magistratura administrativa e vestibular (relativamente à carreira de juiz), são assumidos na nova ordem constitucional como autónomos e de sujeição à lei, num paralelismo equiparável aos juizes, mas com a integração num estatuto de dependência hierárquica relativamente ao Procurador-geral da República (Art.º 219.º, n.ºs 2 e 3,

da CRP). Tem uma posição substantiva de colaborador no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através do exercício da ação penal e da iniciativa de defesa da legalidade democrática.

Esta autonomia baseia-se numa vinculação a critérios de legalidade e de objetividade e pela exclusiva sujeição às diretrizes, ordens e instruções previstas no Estatuto do Ministério Público que se entende também como lei reforçada. Nesse sentido beneficia também de uma independência institucional que o diferencia e autonomiza relativamente a qualquer outro poder do Estado, incluindo o poder judicial.

A articulação constitucional entre as várias instituições judiciárias que é também causa inevitável de tensões e debates num território partilhado pelas diversas estratégias dos atores envolvidos (lideranças e corporações respetivas), pode ser melhor analisada nos tópicos da função jurisdicional, da independência versus a prestação de contas e das políticas públicas relativas à dinâmica da governação da justiça. É o que faremos nos pontos seguintes.

4. O papel e a função dos tribunais. Em especial a jurisdição.

Os juizes exercem a jurisdição e efetivam o poder judicial através dessa atividade jurisdicional.

Os tribunais resultam da necessidade de conceder apenas aos poderes públicos ou à autoridade do Estado, tendencialmente, o monopólio da solução dos conflitos com a correspondente proibição da autodefesa e como derivado das

exigências de paz e segurança jurídicas. Trata-se de uma regra essencial à estrutura dos Estados de direito democráticos e que está inerente à instituição das respectivas comunidades políticas.

Por esta via a jurisdição será sempre uma manifestação imediata da soberania dos órgãos do Estado aos quais compete essa função de realização do direito – os tribunais – e enquanto atividade pela qual se exerce e administra a justiça.

A justiça, nesse entendimento, enquanto conjunto dos tribunais e enquanto poder, organiza-se sempre de uma certa forma, que pode variar na história e no seu contexto local, concedendo sempre uma estrutura ao saber que aplica ou realiza o direito. Um poder organizado e estruturado que interpreta e decifra factos e normas jurídicas no sentido de um determinado contexto de vida, numa decisão apta a resolver o problema que subjaz a um caso concreto.

A democracia constitucional pressupõe o princípio da separação e interdependência de poderes.

Na nossa Constituição de 1976, o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais são órgãos de soberania separados e interdependentes que devem, todos eles e entre si, respeitar e efetivar esta separação e interdependência.

Por seu turno, os juízes são os titulares dos órgãos de soberania tribunais e não podem estar, eles próprios, desprovidos de garantias no seu estatuto.

Raramente se equaciona o problema do estatuto profissional dos juízes, atrás desenvolvido, como uma matéria que contende com a própria função jurisdicional, com a integridade do Estado de direito, com a garantia efetiva da separação dos poderes ou, até, com os fatores de terapia social, política e económica do país e do Estado. O problema do estatuto dos juízes tem de ser pensado ao nível das suas consequências profundas para o exercício da atividade jurisdicional, tendo em conta os padrões de imparcialidade, independência, qualidade e excelência que as comunidades e os cidadãos exigem e que os atuais parâmetros da democracia impõem.

A função jurisdicional não obstante independente não pode andar distante da ética e da vida política e social. No fundo, ela é parte integrante da vida da sociedade nos seus múltiplos aspetos e a sua função encontra-se indissolivelmente conexionada com os pressupostos ético-sociais que permitem o atuar da vida em comunidade.

A definição do poder judicial e a fórmula da sua organização não deve estar desligada do sentido social que se queira conceder à jurisdição, enquanto poder dado aos tribunais para aplicar o direito e administrar a justiça.

A cultura histórica, política e jurídica de uma comunidade determina o modelo de jurisdição e o perfil de estatuto de juiz que para além de ter um objeto normativo não deixa de refletir a posição e o reconhecimento que os juízes podem beneficiar na comunidade.

A jurisdição pode ser entendida essencialmente como a atividade exercida

por juízes e destinada à revelação e aplicação do direito num caso concreto. Esta atividade de definir o direito, exercido pelos órgãos jurisdicionais, tem o seu critério definidor centrado na utilização que dele faz a própria jurisprudência, não somente na resolução dos litígios à luz do direito, mas também, por essa via, ao decidir em última *ratio*, de forma implícita ou explícita, se uma regra ou um princípio, de qualificação incerta, é ou não direito.

Esta mesma perspectiva é consentânea com o modelo de julgador subjacente ao padrão constitucional, ideológico e cultural que é exigível ao decisor jurisdicional. Num percurso evolutivo que passou, sucessivamente, pelos vários modelos de aplicação do direito, chegando ao modelo atual de uma realização jurisdicional do direito mais integrada nas suas componentes institucionais e mais desperta para as implicações sistemáticas e estruturais da administração da justiça. Quando os juízes administram justiça, fazem-no, para além da decisão-julgamento firmada no direito aplicável, também segundo os pressupostos de funcionamento do próprio sistema judicial e com a consciência das possibilidades do mesmo.

Os modelos jurisdicionais e o perfil do juiz que atua na sua função não deixam de se adaptar ao dinamismo social e à forma como o seu papel e a atividade jurídica se conjuga com o plano ético-político. Isto é de uma atuação profissional que se considere correta, que responda às necessidades sociais que estão associadas à administração da justiça e à realização do direito e que se integre numa estrutura mais vasta de regulação e de governação da sociedade.

5. A independência judicial e a prestação de contas

A independência judicial é um princípio essencial da organização política dos Estados e das relações internacionais, universalmente aceite, que para além de regular o estatuto de cada um dos juízes, individualmente considerado, não deixa também de estruturar a governação e a organização dos tribunais no seu todo. A independência é o valor central da justiça e dos tribunais.

A sua consagração assenta numa diversidade de razões filosóficas, políticas e económicas essenciais, mas que podem ser reconduzidas à ideia central da indispensabilidade social de um terceiro imparcial que possa dirimir um conflito ou um litígio jurídico entre diversas partes, qualquer que seja a sua natureza, com o mínimo de aceitabilidade e de respeitabilidade que se impõe para a pretendida paz social.

A imparcialidade na resolução dos litígios é uma componente indispensável do Estado de direito. Só através dela se gerará a confiança do cidadão sobre a certeza que os seus direitos serão protegidos nas situações em que os mesmos podem vir a ser questionados. Esse também é um pressuposto para a consistência e a integridade da própria atividade social e económica. A independência judicial existe como uma garantia do cidadão e da sociedade e não pode ser encarada como um interesse profissional ou corporativo dos juízes.

Por via da independência judicial os juízes não podem ser influenciados ou afetados por qualquer forma pelas

diferenças de poder ou influência das partes em litígio. Daí que seja muito importante, neste ponto, a proteção do cidadão relativamente aos poderes públicos (do próprio Estado ou de organizações públicas), políticos ou económicos de diversa índole. O juiz deve ser não só incorruptível como estar imune a pressões estranhas ao direito e às boas regras de administração da justiça, mesmo que a sua decisão possa vir a colidir com os sentimentos maioritários expressos pela opinião pública ou pela comunicação social.

O princípio da independência dos juízes exige não apenas a sua inamovibilidade e irresponsabilidade (Art.º 216.º da CRP), mas também a sua liberdade perante quaisquer ordens ou instruções das demais autoridades, além de um regime adequado de designação, com garantias de isenção e imparcialidade que evitem o preenchimento dos quadros da magistratura de acordo com os interesses dos demais poderes do Estado, sobretudo do Governo e da Administração (cfr. Art.º 215.º e 218.º, ambos da CRP). O direito do juiz à independência convoca várias dimensões densificadoras da liberdade à independência no julgar: (i) liberdade contra injunções ou instruções de quaisquer autoridades; (ii) liberdade de decisão perante coações ou pressões destinadas a influenciar a atividade jurisdicional; (iii) liberdade de ação perante condicionamento incidente sob a atuação processual; (iii) liberdade de responsabilidade, pois só ao juiz cabe realizar o direito e obter a solução justa do caso submetido à sua apreciação.

Numa abordagem clássica, a independência judicial:

- pode ser entendida como a autonomia do poder judicial face a pressões de outros poderes estatais, sociais e políticos (independência externa),

- pode ser aferida aos mecanismos de garantia da autonomia dos juízes dentro da sua organização institucional, burocrática ou corporativa (independência interna),

- ou mesmo relacionada com a ideia de “distanciamento das partes” ou de isenção relativamente aos litigantes num conflito jurisdicional (aferida à definição de imparcialidade);

- e até, por fim, ao menor ou maior distanciamento que terão as decisões judiciais face ao conjunto de crenças, valores e orientações assumidos pelos próprios juízes e restantes sujeitos processuais (independência ideológica).

Por outro lado, para além de interdependência num espaço comum, a independência, como espaço de liberdade e de autonomia, pressupõe também alguma responsabilidade (mais ou menos marcada) da entidade ou da instituição que se assume como independente. A independência pressupõe a prestação de contas de uma autonomia responsável.

Como adequar esse conceito de responsabilidade ou de prestação de contas (*accountability*) ao poder judicial e à atividade jurisdicional em face do princípio ou garantia constitucional da irresponsabilidade? Trata-se de uma questão que tem de ser respondida através de um balanceamento rigoroso e adequado de valores, de regras e de procedimentos.

A independência como padrão organizativo, regulativo e deontológico

terá, pois, de ser encarado, antes de mais, como um merecimento, pois a independência judicial necessita de ser conquistada, não sendo automática. Os juízes e os tribunais terão o respeito e a legitimação dos cidadãos condizentes com a excelência do seu desempenho, resultado de decisões imparciais, bem fundamentadas e proferidas em prazo razoável.

Daí que a independência judicial se possa considerar, atualmente, como uma noção multidimensional e de cariz dinâmico, sendo também, como salientámos atrás, um conceito em relação com o valor da responsabilidade (enquanto *accountability*, ponto de encontro ou cruzamento das noções de transparência, de prestação de contas e da assunção ética da responsabilidade). Nesse sentido, pode-se dizer que a independência judicial só se pode entender como uma independência responsabilizante do ponto de vista ético-social, fazendo a mesma ganhar operatividade e pragmatismo.

Esta independência e prestação de contas são valores que determinam o grau de autonomia e partilha que o judiciário possui no domínio da sua governação e administração do judiciário (nos seus vários níveis de magnitude, isto é, macro, meso e micro) e que se encontram intimamente conexionsados com a ética e a deontologia de todos e cada um dos juízes (afirmação de um estatuto social, político e profissional do judiciário para além da sua mera funcionalidade). Os parâmetros são diversificados e passam por vários níveis: subjetivo, objetivo, sistemático ou individual e respeitam aos vários domínios implicados:

- quadro constitucional e legal (bases e fundamentos legais da independência judicial);

- autonomia organizacional do judiciário (estrutura de governação do judiciário, separação de poderes e Conselhos Judiciários);

- participação do judiciário nas reformas jurídicas e da justiça (programação e execução das políticas públicas);

- financiamento do judiciário (orçamento e finanças);

- gestão do judiciário (tribunais e recursos humanos);

- decisões de recursos humanos sobre juízes e presidentes de tribunais (nomeação, avaliação, disciplina, promoção, movimentação, colocação, acumulação, comissões de serviço, licenças de serviço, aposentação, jubilação);

- garantia formal da inamovibilidade dos juízes (suas decorrências constitucionais e legais);

- articulação com as regras da pré-determinação legal do juiz (juiz natural);

- análise das práticas disciplinares e outras de afastamento ou transferência de juízes sem o seu consentimento;

- distribuição e gestão de processos (objetividade, transparência e pré-determinação legal);

- irresponsabilidade ou imunidade no desempenho da função judicial;

- consagração de procedimentos de proteção para ameaças ou violação da independência judicial;

- consagração de condições de desempenho e mérito (efetivação de condições de formação, de organização e de gestão aos juízes);

- grau de influência do(s) Conselho(s) Judiciário(s) e da gestão dos tribunais (v.g. presidentes dos tribunais)

no processamento e decisão dos casos individuais;

-grau de obrigatoriedade ou de imperatividade das diretrizes de distribuição e gestão processuais ou mesmo da qualidade decisional (uniformidade, consistência, estrutura, celeridade e eficiência);

-influência ou ascendente dos juízes presidentes, inspetores (disciplinares ou avaliadores), juízes seniores, mais bem classificados ou de tribunais superiores;

-consagração de condições de desempenho e mérito (efetivação de condições de formação, de organização e de gestão aos juízes);

-independência e confiança percebida pela comunidade e pelos utilizadores (reputação);

-existência de mecanismos transparentes e equitativos de distribuição processual;

-garantias de supervisão e de competência, com diretrizes de distribuição e gestão processuais ou mesmo da qualidade decisional (uniformidade, consistência, estrutura, celeridade e eficiência);

- procedimentos de queixa ou de reclamação sobre a atuação do juiz ou do tribunal no processo ou para com as partes (para além do recurso das decisões);

-relatórios periódicos sobre a atividade e o desempenho dos tribunais e das demais instituições judiciárias;

-relação com a imprensa e os media;

-avaliação e fiscalização externas e internas (dentro do judiciário [Conselhos Judiciários] ou fora [legislativo ou executivo ou mesmo internacional]);

-disponibilidade de regras éticas ou deontológicas num código, em

especial o dever de atuação leal, diligente e responsável;

-clareza, acessibilidade e compreensibilidade da atividade judicial;

-escusa e recusa de juiz (afastamento de processos);

-exclusividade e condicionamentos de atividades extraprofissionais dos juízes; e

-análise e avaliação dos sentimentos públicos sobre o funcionamento do sistema judicial e da atuação dos juízes (confiança, transparência e legitimação): pela sociedade, pelos utilizadores dos tribunais e pelos juízes.

6. Reforma da justiça, governação e políticas públicas

Seja por efeito do desenvolvimento social e económico ou fruto de um conjunto mais alargado de razões que iremos explicitar mais à frente, certo é que a temática da governação dos tribunais ganhou ao final destes quarenta anos alguma pertinência política e convive com um ambiente crítico e de assumida vontade de reforma, pontuada de algumas iniciativas legislativas e políticas, de alguma relevância retórica e de alguma irrelevância programática e organizacional.

A justiça e o direito firmado pelos tribunais passaram a assumir um indelével papel de governação e regulação nas democracias atuais, num cenário de várias tensões e do qual se realça uma fragilização e menorização do Estado na sua conceção clássica.

Um poder judicial que se afirma na sua dupla e ambivalente função de terceiro árbitro dos outros atores (moderador e contrapoder), mas também,

crescentemente, de ator do jogo de governação e regulação políticas, participante com os outros poderes no debate e na discussão sobre o direito e a sua realização. Refletindo-se, esse novo papel, no atual modelo de julgador que subjaz ao padrão constitucional, ideológico e cultural que é exigível ao decisor jurisdicional, num padrão de realização jurisdicional do direito mais integrado nas suas componentes institucionais e mais desperto para as implicações sistemáticas e estruturais da administração da justiça.

Difícilmente a reforma da justiça pode vir a prosseguir sem estar articulada com a reforma do Estado e no relacionamento com a sociedade política e a sociedade civil. Um território comum em que se desenvolvem as temáticas da administração judiciária e da atividade jurisdicional e em que é necessário intervir com o estudo, com a análise e a defesa de novas propostas organizativas e de gestão.

Tem-se como demonstrada a urgência na alteração dos parâmetros de qualidade e de desempenho dos tribunais e dos outros meios de resolução dos litígios ou de pacificação social.

O discurso sobre a reforma da justiça costuma pautar-se pela tónica da alteração das respetivas estruturas formais, pela revisão dos corpos normativos e pelo apelo a acrescidos recursos materiais: modificações processuais, mutações nas competências, reformas estatutárias, falta de meios, penúria de equipamentos e escasso número de magistrados e funcionários.

Admitindo que as reformas legais, as melhorias processuais e o apetrechamento material se perfilam como indispensáveis para a predita mudança, temos por certo que não serão, por si só, suficientes, sem que sejam acrescentadas as mais valiosas inquietude e “abertura de horizontes” dos seus atores. E sem que essa nova atitude não venha acompanhada por uma incisiva mudança qualitativa, tanto na cultura judicial como na estratégia global que envolve a governação e a organização dos sistemas da justiça.

Multiplicam-se à escala global as iniciativas de reforma da justiça, moldando os mecanismos de governação e administração dos sistemas de justiça aos parâmetros mais exigentes de independência, de desempenho, isto é, de eficiência e eficácia, mas também de qualidade do poder judicial e, do mesmo modo, à diversificação e otimização da resposta dos meios de composição e resolução alternativas dos litígios.

É ao nível mais cimeiro da estratégia do governo da justiça e das políticas da sua reforma que se têm vindo a demonstrar as maiores dificuldades, designadamente na implementação de alterações de índole estrutural e de maior impacto nos sistemas envolvidos. O que tem consequências na abordagem ao ambiente que envolve a atividade do sistema judicial e dos demais sistemas de resolução de litígios, mas também na conformação da administração e gestão dos tribunais e, por último, na gestão e organização da própria tarefa da realização jurisdicional do direito.

Assim, por exemplo, trata-se de uma constatação óbvia que o atual desenho

das competências do Conselho Superior da Magistratura e a sua própria designação, não faz jus ao seu efetivo papel no sistema judicial, no seu todo, e, por via disso, na arquitetura político-constitucional do judiciário.

Como tópicos essenciais deste capítulo podemos salientar, desde logo, a nível histórico, a organização da justiça refletida na sua cartografia ou nos mapas judiciários e a sua lenta reforma, num sentimento de que a geografia que nos separa é também aquela que nos pode aproximar.

Numa visão pluridimensional da justiça, desde o plano macro ao micro, passando pelo meso, temos a governação, o domínio das políticas públicas de justiça, a organização e gestão dos tribunais, a gestão processual e a jurisdição.

Nesta articulação, merecem especial destaque os Conselhos Judiciais (v.g. Conselho Superior da Magistratura) e a presidência dos tribunais. Dentro da atividade processual ou procedimental há que evidenciar a distinção entre a gestão autónoma e gestão heterónoma dos processos, além da necessidade de uma melhor conceptualização do próprio ato jurisdicional.

7. Concluindo: passado, presente e futuro

O contexto político, social e económico em que vivemos, tanto a nível local como global, tem sido marcado por um ambiente de incerteza e de novas complexidades que sobressaem de uma sociedade da informação e do conhecimento potenciada pela inovação tecnológica verdadeiramente disruptiva e

do impacto criado pelas alterações climáticas.

Esta incerteza potencia um sentimento de perplexidade, em que se sucedem as incapacidades recorrentes de uma racionalidade pública assente tradicionalmente sobre a estabilidade da regulação e da governação. Estas respostas não são compatíveis com as referidas alterações climáticas, com a disrupção informativa e tecnológica e com a aceleração consequente e intensa das dinâmicas económicas e sociais.

O fenómeno consequente da globalização económica e política induz a conceção de políticas condizentes com uma sociedade do risco ou mesmo em metamorfose, conceitos que o cientista social Ulrich Beck trata nas suas obras de referência *Sociedade de risco mundial* e *A metamorfose do mundo* (como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade).

Este ambiente de crise, de crise da economia e do Estado, faz preanunciar a imagem impressiva da democracia assente em escoras como um edifício em ruínas, face aos colapsos políticos e financeiros que lhe estão inerentes. E os exemplos sucedem-se até em contextos inesperados, falando-se já numa crise dos valores europeus em torno do conceito do Estado de direito.

Na verdade, como é sabido, um dos pilares da democracia é o Estado de direito que depende dos tribunais e do sistema judicial.

A articulação futura destes elementos globais ao pensamento organizativo constitucional, em Portugal, tem de

fundamentar-se no passado e no presente.

Portugal, como vimos, evidencia-se por uma evolução histórica longa (e pluricontinental) das instituições judiciárias, com a sucessão mais recente de um período de ditadura seguido de democracia.

Nos últimos 44 anos assistimos a uma mutação no quadro político-constitucional mas com continuidades sociais e culturais das magistraturas (perfil e modelos profissionais), a evoluções lentas e progressivas no modelo de tradição burocrática (juiz-funcionário), a uma cultura discursiva que apela a um grau elevado de independência e de imparcialidade, ao crescimento da importância e da centralidade da justiça na sociedade, a um movimento de reorganização judiciária e à instituição de um novo modelo de gestão judicial e, por último, ao reforço da deontologia judiciária para além da sua vertente disciplinar como passo importante para a credibilização democrática do poder judicial.

A importância dos tribunais é consequência da essencialidade das funções e objetivos políticos, institucionais e sociais por eles prosseguidos:

- assumem um papel central enquanto instituições essenciais de dirimção de conflitos e de reintegração da ordem social e jurídica posta em causa;

- prosseguem as finalidades e os objetivos constitucionalmente consagrados, vinculados com a realização da justiça e com a procura da verdade (material ou processual), com a proteção dos direitos e liberdades fundamentais e

com o reestabelecimento da paz jurídica em crise e a consequente reafirmação da norma violada;

- colocam-se como fiscalizadores e sancionadores da ação do Estado, compreendendo aqui os demais órgãos de soberania, garantindo a legalidade e a coadunação aos princípios basilares da democracia na atuação daqueles;

- enquadram-se como o “centro de gravidade” na arquitetura de separação de poderes do Estado de direito, tendo uma função de equilíbrio entre os poderes legislativo e executivo; e

- . devido ao património histórico, simbólico e cultural que representam, promovem também a integridade histórica e cultural da comunidade política onde se inserem, enriquecendo dessa forma a atuação do poder e da autoridade na esfera pública e reforçando a consciência ético-jurídica da sociedade. São pressupostos dessa importância e essencialidade, os valores e as ideias-vector ínsitas à função jurisdicional e portanto à administração da justiça, nas suas diversas dimensões:

- o património simbólico e cultural dos tribunais;

- o valor da independência e da autonomia dos tribunais;

- o papel central dos tribunais enquanto instituições sociais;

- as finalidades e os objetivos constitucionalmente prosseguidos pelos mesmos tribunais;

- a legitimação normativo-constitucional; e

- a exigência de efetividade da tutela judicial (acesso à justiça, tutela jurisdicional efetiva).

A jurisdição que aqui sempre se pretende valorizada, realiza-se numa estrutura relacionada com a administração

judiciária e concretiza-se na administração da justiça.

A jurisdição assenta em modelos jurisdicionais e de realização do direito, tal como acima se deixou definido, que pode ser perspectivada de diversas formas:

- o perfil do juiz e as diversas tradições jurídicas (v.g. civil law ou common law);

- a organização da justiça e jurisdição, vistas em conjunto;

- a jurisdição e a administração judiciária (administração da justiça); e

- consonância com a democracia constitucional e com os padrões internacionalmente estabelecidos do desenvolvimento e da paz, da justiça social e da igualdade, dos direitos humanos e da proteção ambiental (Estado de direito).

A aplicação do direito, o seu contexto institucional e os factores de organização e gestão da justiça, são tópicos fundamentais deste percurso.

“As decisões judiciais inserem-se num processo institucionalizado de discussão” e podem e devem ser abordadas no condicionalismo organizativo da administração da justiça (Benoît Frydman).

São notas importantes, neste descritivo das características que devem influenciar a organização da justiça e o pendor da jurisdição, a adaptabilidade e pragmatismo institucional, adequados aos tempos de instabilidade, incerteza e liquidez em que vivemos.

O que passa naturalmente pelos questionamento e revigoração dos

pressupostos do Estado de direito e dos princípios em que ela assenta.

Por outro lado, a formação e a capacitação dos juizes devem, cada vez mais, realizar-se em espaços cada vez mais globais: espaço privilegiado da cooperação jurídica e judiciária e também do diálogo judicial nos espaços comuns internacionais que partilham algum património histórico e uma herança.

Concluindo: (passado, presente e futuro).

A consolidação do Estado direito democrático passa pela consolidação, pelo aprofundamento e pela garantia do Estado de direito (“à prova de água” - project “waterproof” tal como oferecida no [blogue
 https://verfassungsblog.de/project-waterproof/](https://verfassungsblog.de/project-waterproof/)), mas também:

- pelo fortalecimento da identidade jurídica e judiciária que caracteriza os nossos sistemas nacionais de direito;

- pela qualificação e dignificação das magistraturas através do seu estatuto e também do diálogo judicial transnacional;

- pelo desenvolvimento de um “mercado judiciário” que possibilite o incremento da razão económica no universo judiciário; e

- pela atuação influente (e concorrencial) em domínios específicos e estratégicos, tal como a justiça económica e ainda outros domínios: governação e organização da justiça (inclui gestão dos tribunais e gestão processual), jurisdição e decisão, migrações e fronteiras, ambiente, políticas criminais (criminalidade organizada, políticas das drogas, criminalidade financeira, corrupção etc...).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Afonso, Orlando. 2004, *Poder Judicial – Independência In Dependência*, Coimbra: Livraria Almedina.
- Andrade, José Carlos Vieira de. 2011, “Revisão Constitucional e Tribunais”, in José A. Tavares e outros (eds) *A Constituição Revista*, e-book, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. 2000, “Jurisdição e Democracia Política: lições de um século”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 19, Julho/Dezembro, pp. 7-14.
- ASJP – Associação Sindical dos Juízes Portugueses. 2006, *Boletim Informação & Debate*, Vª Série, n.º 1, Julho de 2006.
- //--- 2007, *A Construção do Novo Mapa dos Tribunais: Enraizamento, Efectividade e Mudança*, Lisboa: GEOT /Associação Sindical dos Juízes Portugueses, disponível em <http://www.asjp.pt/images/stories/doc/contrucao-mapatribunais.pdf>.
- Autheman, Violaine; e Elena, Sandra. 2004, *Global Best Practices: Judicial Councils – Lessons Learned from Europe and Latin América*, IFES Rule of Law White Paper Series, Washington: IFES/USAID.
- Beck, Ulrich. 2016, *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*, tradução do original alemão de 2007, Weltrisikogesellschaft. *Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Lisboa: Edições 70.
- //--- 2017, *A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*, tradução do original inglês de 2016, *The Metamorphosis of the World*, Lisboa: Edições 70.
- Bell, John. 2006, *Judiciaries within Europe – A Comparative Review*, Cawbridge/New York/Melbourn/Madrid/Cape Town/Singapore/São Paulo: Cambridge University Press.
- Brito, Wladimir. 2004, « O Poder Judicial », in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXX, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 231-270.
- Burbank, Stephen B.. 1999, “The architecture of judicial independence”, in *Southern California Law Review*, 72, pp. 315-351.
- //--- 2006/2008, “Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations”, in *Daedalus – Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, Fal 2008, Vol. 137, N.º 4, pp. 16-27, também em *University of Pennsylvania Law School, Public Law Working Paper N.º 06-29*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=922091>.
- Burbank, Stephen B.; e Friedman, Barry. 2002, “Reconsidering Judicial Independence”, in Stephen B. Burbank e Barry Friedman (eds.) *Judicial Independence at the Crossroads – An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks/London/New Delhi: Sage Publications, pp. 9-42.
- Cadiet, Loïc. 2003, “Introduction” in Loïc Cadiet e Laurent Richer (dir.) *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris: Presses Universitaires de France.
- Cândido de Oliveira, António. 1989, “A Administração da Justiça: uma perspectiva de Administração Pública”, in *Scientia Iuridica*, Janeiro-Dezembro 1989, Tomo XXXVIII, n.ºs 217/222, pp. 48-74.
- Canotilho, Gomes. 1986, “A Constituição de 1976 dez anos depois: do grau zero da eficácia à longa marcha

através das instituições”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais n.ºs 18/19/20*, Fevereiro de 1986, pp. 269-279.

---//--- 1998^a, “A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho (orgs.) *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora – 1920-1995*, pp. 247-264.

---//--- 1999, *Estado de direito*, cadernos democráticos n.º 7, Fundação Mário Soares, Lisboa: Gradiva Publicações.

---//---. 2000, “Paradigmas de Estado e paradigmas de Administração Pública”, in *Moderna Gestão Pública*, Acta Geral do II Encontro INA, Oeiras: Instituto Nacional de Administração.

---//--- 2003, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição Coimbra: Almedina.

Cappelletti, Mauro. 1990, “Des Juges Legislatifs?”, in *Le Pouvoir des Juges*, Collection Droit Public Positif, Aix-en-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, pp. 23-114.

---//--- 1990^a, “Quis custodes custodiet?”, in *Le Pouvoir des Juges*, Collection Droit Public Positif, Aix-en-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, pp. 132 e ss..

Castanheira Neves, 1983, *O instituto dos “Assentos”, função criadora dos juizes e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora.

---//--- 1998, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Anos 130.º (pp. 290 a 300, 322 a 329) e 131.º (pp. 8 a 14).

---//--- 1998a, “Da «Jurisdição» no actual Estado-de-direito”, in Antunes Varela, D. Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J.J. Gomes Canotilho (orgs.) *Ab Uno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 177-227.

Catarino, Luís Guilherme. 1999, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça – O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*, Coimbra: Almedina.

CCJE – Conselho Consultivo dos Juizes Europeus. 2007, *Opinion n.º 10 (2007) on the structure and role of the High council for the judiciary or another equivalent independent body*, disponível em [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CJJE\(2007\)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CJJE(2007)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3).

Chorão, Luís Bigotte. 2010, *A crise da República e a Ditadura Militar*, Porto: Porto Editora.

Coelho, Nuno. 2017, “A definição constitucional das instituições judiciais na democracia portuguesa: independência, imparcialidade e autonomia”, in Maria de Lurdes Rodrigues, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães, Conceição Gomes e Rui Guerra Fonseca, *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra: Almedina, pp. 93-111.

Commaille, Jacques. 2007, «La justice entre *détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation*: vers une théorie de sociologie politique de la justice », in Jacques Commaille e Martine Kaluszynski (dir.) 2007, *La fonction politique de la justice*, Grenoble: La Découverte/PACTE, pp. 295-321.

---//--- 2008, *Une sociologie politique des réformes de la justice*, intervenção na Conferência Internacional «Estado, sociedade e justiça no XXI século: democracia, qualidade e eficiência nos tribunais judiciais», Universidade de Coimbra, 26 de Setembro 2008.

Conde, Enrique Álvarez. 1997, *Curso de Derecho Constitucional*, Volume II, *Los Órganos Constitucionales – El Estado Autonomo*, segunda edición, Madrid: Editorial Tecnos.

Conselho Superior da Magistratura. 1999, “Deliberação sobre o E.M.J. na sessão plenária de 14/1/99”, in *Boletim Informativo*, Janeiro de 1999, pp. 52-65.

Cross, Frank. 2008, “Judicial Independence”, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (Orgs), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, New York: Oxford University Press, 557-575.

Delgado del Rincón, Luis Esteban. 2002, *Constitución, Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais.

Dias, João Paulo. 2004, *O Mundo dos Magistrados – A evolução da organização e do auto-governo judiciário*, Coimbra: Livraria Almedina.

Díaz, Elías. 2002, “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, in Elías Díaz e José Luís Colomer (eds.) *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza Editorial.

Entrevista Actualidade Jurídica. 2003, «Entrevista com o Advogado Diogo de Lacerda», in *Actualidade Jurídica*, Ano VII – Série III, n.º 47/48, Março/Agosto 2003, pp. 3-12.

Ferrajoli, Luigi. 2005, “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”, in Manuel Atienza e Luigi Ferrajoli (ob. col.) *Jurisdição y*

Argumentación en el Estado constitucional de derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 87-108.

---//--- 2010, “Jurisdicción y Democracia”, in Miguel Carbonell (ed.) *Democracia y garantismo*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 208-219.

Fix-Fierro, Héctor. 2003, *Courts, Justice & Efficiency – A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Fontes, José. 2006, *A Fiscalização Parlamentar do Sistema de Justiça*, Coimbra: Coimbra Editora.

Frydman, Benoît. 2005, *Les sens des lois*, 2005, Bruxelles – Paris: Bruylant – L.G.D.J.

---//--- 2007, «L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice», in *La qualité des décisions de justice*, CEPEJ Studies N.º 4, Actes du colloque de Poitiers, 8-9 mars 2007, pp. 18-29.

Garapon, Antoine; Allard, Julie; e Gros, Frédéric. 2008, *Les vertus du juge*, Paris: Dalloz.

Garoupa, Nuno. 2011, *O Governo da Justiça*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

---//--- 2011^a, “O Governo da Justiça e a Constituição”, in José A. Tavares e outros (eds) *A Constituição Revista*, e-book, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Garoupa, Nuno; e Ginsburg, Tom. 2007, "The Economics of Judicial Councils", in *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Paper 050207-02, disponível em <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-02>.

Gonçalves da Costa, José. 1998, “O Sistema Judiciário Português”, in *Boletim da Faculdade de Direito* Vol. LXXIV, 1998, Coimbra, pp. 173-239.

Graes, Isabel. 2014, *O Poder e a Justiça em Portugal no Século XIX*, Lisboa: AAFDL (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa).

Guarnieri, Carlo. 2003, *Giustizia e politica – I nodi della Seconda Repubblica*, Bologna: il Mulino.

---//--- 2004, “Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self-government”, in *Constitutional innovation: the creation of a Supreme Court for the United Kingdom; domestic, comparative and international reflections*, a special issue of *Legal Studies*, Volume 24, Issues 1 e 2, March 2004, pp. 169-187.

---//--- 2008, “La Magistratura in Itália: Un Profilo Storico e Comparato” in Paolo Biavati, Carlo Guarnieri, Renzo Orlandi e Nicolò Zanon (ob. col.) *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna: il Mulino, pp. 21-74.

Guarnieri, Carlo; e Magalhães, Pedro Coutinho. 2001, *Democratic Consolidation, Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern Europe*, Working Paper n.º 1, Abril de 2001, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, disponível em <http://www.ics.ul.pt/publicacoes/workingpapers/ANTIGOS/seurjud.pdf>.

Hespanha, António Manuel. 2003, *Cultura Jurídica Europeia - Síntese de Um Milénio*, Forum da História, Mem Martins: Publicações Europa-América.

---//--- 2009, “Terão os juízes voltado ao centro do direito”, in *Julgar*, Número Especial (O poder judicial numa democracia descontente – Impasses, desafios e modernização da justiça,

Oitavo Congresso dos Juizes Portugueses), 2009, pp. 13-30.

Homem, António Pedro Barbas. 2003, *Judex Perfectus – Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal 1640-1820*, Coimbra: Almedina.

---//--- 2009, “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal”, in António Pedro Barbas Homem, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Paula Costa e Silva, Susana Videira e Pedro Freitas (coords.) *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Coimbra: Almedina, pp. 53-70.

Jean, Jean-Paul ; e Pauliat, Hélène. 2006, « An evaluation of the quality of justice in Europe and its development in France », in *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2 (December) 2006, pp. 44-60.

Lopes, Nuno José. 2015, *Juízes sob Tutela – Disciplina e controlo da magistratura judicial entre a República e o Estado Novo*, Porto: Edições Afrontamento.

Lúcio, Laborinho. 2000, “Justiça – Da responsabilidade da crise à crise da responsabilidade”, in António Barreto (org.) *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, Lisboa: Publicações Dom Quixote.

---//--- 2012, *O Julgamento – Uma Narrativa Crítica da Justiça*, Alfragide: Publicações Dom Quixote.

Magalhães, Pedro Coutinho. 1995, “Democratização e independência judicial em Portugal”, in *Análise Social*, vol. XXX (130), 1995 (1.º), pp. 51-90.

Medeiros, Rui; e Fernandes, Maria João. 2007, “Anotações aos Art.ºs 202.º e 203.º da CRP”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-47.

Melo, António Moreira Barbosa de. 2009, “A Administração da Justiça no Estado de Direito Democrático: O Caso Português”, in *Boletim da Faculdade de*

Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXV, Coimbra, pp. 1-27.

Mendes, Castro. 1977, “Nótula sobre o art. 208.º da Constituição – Independência dos juízes”, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, Lisboa: Petrony, pp. 653-660.

Miranda, Jorge. 1999, “Tribunais, Juízes e Constituição”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Janeiro de 1999, Lisboa, pp. 5-28.

---//--- 1999^a, “Le Conseil supérieur de la magistrature – Portugal”, in Thierry S. Renoux (dir.) *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe – Actes de la table ronde internationale du 14 septembre 1998*, Mission de recherche «Droit et Justice», Paris: La Documentation française.

---//--- 2007, «Anotação ao Art.º 218.º da CRP», in Jorge Miranda; e Rui Medeiros, 2007, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 194-200.

Moreira, Vital. 2005, “Da «reforma» à «modernização» administrativa”, in *Público*, “Espaço Público”, n.º 5475, 22/3/2005, Ano XVI, pp. 9.

---//--- 2007, “A concepção do cargo público permite compreender muito melhor as características próprias do estatuto judicial. Juízes-funcionários?”, in *Público* de 13/11/2007, Ano XVIII, pp. 41.

Mozzicafreddo, Juan. 2001, “Modernização da administração pública e poder político”, in *Administração e Política – Perspectivas de Reforma da Administração Pública na Europa e nos Estados Unidos*, Oeiras: Celta Editora.

Ng, Gar Yein. 2007, *Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances*, Antwerp: Intersentia.

Nieto, Alejandro. 2005, *El desgobierno judicial*, Madrid: Trotta Editorial.

Noronha Nascimento, Luís António. 1999, “Poderes do Estado e Poder Judicial”, in *A Independência do Poder Judicial, o Relacionamento com os outros Poderes do Estado e o Recrutamento de Juízes*, I Encontro Internacional de Conselhos Superiores de Magistratura, Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, pp. 57-64.

---//--- 2003, “O Conselho Superior da Magistratura e a Administração dos Tribunais”, in *Boletim Informativo*, Junho 2003, Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, pp. 79-86.

Novais, Jorge Reis. 2006, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, reedição da publicação originária de 1987, Coimbra: Almedina.

Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. 2001, *A Administração e Gestão da Justiça – Análise comparada das tendências de reforma*, direcção científica de Boaventura Sousa Santos e coordenação de Conceição Gomes, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/5.pdf>.

---//--- 2006, *A Geografia da Justiça – Para um novo mapa judiciário*, direcção científica de Boaventura Sousa Santos e coordenação de Conceição Gomes, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponibilizado em http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_d_a_Justica_Relatorio.pdf.

---//--- 2006^a, *Como gerir tribunais? Análise comparada de modelos de organização e gestão da justiça*, direcção científica de Boaventura Sousa Santos e coordenação de Conceição Gomes, Coimbra: Centro

de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponibilizado em http://opj.ces.uc.pt/pdf/Como_gerir_os_tribunais.pdf.

Organização do Conselho Superior da Magistratura. 2002, «Proposta do Conselho Superior da Magistratura para o diploma legal de organização dos seus serviços e atribuição de autonomia administrativa e financeira – Aprovado em Sessão Plenária realizada a 15 de Janeiro de 2002», in *Boletim Informativo*, IIª Série, n.º 2, Julho de 2002, Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, pp. 37-46.

Pastor, Santos. 2003, Los nuevos sistemas de organización y gestión de la justicia: ¿Mito o realidad?, in *Tercera Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe: Principales tendencias de la última década y hacia donde vamos*, Quito: Banco Interamericano para el Desarrollo, disponível em <http://www.iadb.org/sds/doc/SGC-Panel-III-ES.pdf>.

Peters, B. Guy. 1997, “Policy Transfers Between Governments: The Case of Administrative Reforms”, in *West European Politics*, Vol. 20, N.º 4 (October 1997), pp. 71-88.

Piçarra, Nuno. 1989, A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução, Coimbra: Coimbra Editora.

Pizzorusso, Alessandro. 1992, “Commento Costituzione Art. 108”, in G. Branca e A. Pizzorusso *Commentario della Costituzione*, La magistratura, Tomo III, Bologna/Roma: Zanichelli Editore / Soc. Ed. del Foro Italiano, pp. 1-31.

Rangel, Paulo Castro. 2001, “Justiça Administrativa e Administração

Pública da Justiça”, in *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Porto: Publicações Universidade Católica, pp. 183-227.

---//--- 2009, “O Estado Novo, a Magistratura e a Revolução”, in *O Estado do Estado – Ensaios de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, Alfragide: Publicações Dom Quixote, pp. 67-78.

Rebello de Sousa, Marcelo. 1992, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

---//--- 2006, “Oração de Sapiência no VII Congresso dos Juizes Portugueses”, in *Boletim Informação & Debate*, IVª Série, N.º 7, Janeiro 2006, Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses.

Rials, Stéphane. 1989, “Ouverture: L’office du juge”, in *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, N.º 9, 1989, pp. 3-20.

Rocha, J. A. Oliveira. 2001, *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, Oeiras: Instituto Nacional de Administração.

Rodrigues, Cunha. 1999, “Sobre a Justiça no Próximo Milénio”, in *Perspectivas do Direito no Início do Século XXI*, *Boletim da Faculdade de Direito*, *Stvdia Iuridica* 41, Coimbra: Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, pp. 93-111.

---//--- 1999ª, “Modelos de Governo do Poder Judicial: Alternativas”, in *Lugares do Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 211-242.

---//--- 2007, “O perfil profissional do juiz na Constituição da República de 1976”, in António Pedro Barbas Homem, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Paula Costa e Silva, Susana Videira e Pedro Freitas (coords.) *O Perfil do Juiz na*

Tradição Ocidental, Coimbra: Almedina, pp. 281-291.

---//--- 2009, *Recado a Penélope*, Lisboa: Sextante Editora.

Rodrigues, Maria de Lurdes; Garoupa, Nuno; Magalhães, Pedro; Gomes, Conceição; e Fonseca, Rui Guerra. 2017, “O sistema de justiça da democracia: quatro décadas de políticas públicas”, in *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra: Almedina, pp. 17-58.

Rousseau, Dominique. 2011, “Exigences constitutionnelles de l’indépendance de la justice et exigences managériales », in Benoit Frydman et Emmanuel Jeuland, *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, Paris : Éditions Dalloz, pp. 57-62.

Rubin, Edward L.. 2002, “Independence as a Governance Mechanism”, in Stephen B. Burbank e Barry Friedman (eds.) *Judicial Independence at the Crossroads – An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks/London/New Delhi: Sage Publications, pp. 45-55.

Ruivo, Fernando. 1986, “A Magistratura num Período de Crise do Estado: 1969-1974” in *Revista Crítica de Ciências Sociais* n.ºs 18-20, Fevereiro de 1986, pp. 343-376.

Russel, Peter H.. 2001, “Toward a General Theory of Judicial Independence”, in Peter H. Russel e David M. O’Brien (eds.) *Judicial Independence in the Age of Democracy (Critical Perspectives from around the World)*, Charlottesville and London: University Press of Virginia.

Santos, Boaventura de Sousa. 1999, “The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts”, in Johannes Feest (ed.) *Globalization and Legal Cultures – Oñati*

Summer Course 1997, Oñati: International Institute for the Sociology of Law.

---//--- 2001, “Os processos de globalização”, em Boaventura de Sousa Santos (org.) *Globalização –Fatalidade ou Utopia*, vol. 1 da coleção Boaventura de Sousa Santos *A sociedade portuguesa perante os desafios da globalização*, Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, pp. 31-106.

---//--- 2009, *Sociología jurídica crítica – Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Bogotá: Editoria Trotta / ILSA

Shetreet, Shimon. 2011, “Judicial independence and accountability: core values in liberal democracies”, in H. P. Lee (ed.) *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, New York (et. All): Cambridge University Press, pp. 3-23.

Soares, Rogério Ehrhardt. 2008, *Direito público e sociedade técnica*, edição original de 1969 (Coimbra: Atlântida), Coimbra: Edições Tenacitas.

Souza, Marnoco e. 2011, *Constituição da República Portuguesa – Comentário*, Biblioteca Res Publicana, uma reimpressão do original de 1913, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda.

Taruffo, Michele. 2005, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, in *Isonomía [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 22, Abril 2005, Doxa, pp. 9-18, disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12810523226718273543435/015144.pdf?incr=1>.

Toharia, José Juan. 1999, “La independencia judicial y la buena Justicia”, in *Justicia y Sociedad*, Hacia un mejor Servicio Público de Justicia, Publicación N.º 3, Octubre, pp. 9-32.

Voermans, Wim. 1999, *Councils for the judiciary in EU countries*, European

Commission / TAIEX: Tilburg University/Schoordijk Institute.

---//--- 2000, « Councils for the Judiciary in Europe » in *Tilburg Foreign Law Review*, 2000, Volume 8, Number 2, pp. 121-133.

---//--- 2007, “Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries”, in *Utrecht Law Review*, Volume 3, Issue 1 (June) 2007, pp. 148-159.

Voermans, Win; e Albers, Pim. 2003, *Councils for the Judiciary in EU*

Countries, Strasbourg: European Commission for the Efficiency of Justice, disponível em

http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/textes/CouncilOfJusticeEurope_en.pdf.

Zenha, Francisco Salgado. “A Constituição, o Juiz e a Liberdade Individual”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 32, n°s I-II, pp. 161-184.

Poder Judicial, suas grandezas e fraquezas

Luís António Noronha do Nascimento

Juiz Conselheiro Jubilado e Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (2006-2013)

Os Tribunais integram um dos poderes do Estado, o Poder Judicial, a par do Legislativo e do Executivo; esta é a forma resumida que usamos para definir rapidamente uma das características do estado de direito.

A separação e a independência dos poderes funcionam como o pêndulo regulador da democracia (o “checks and balances” dos saxónicos) que corporiza a repartição das funções soberanas por órgãos diferentes, não hierarquizados entre si, que se controlam reciprocamente e que são, por isso, os guardas e as entidades guardadas num equilíbrio estável mas em constante ajustamento.

Os titulares do Poder Judicial são os juízes; mas para que exerçam a judicatura imparcialmente, aplicando a Constituição e a Lei sem obediência a ordens de terceiros ou de colegas, os juízes gozam das três garantias estatutárias que o estado de direito sedimentou: independência, inamovibilidade e irresponsabilidade.

Longo foi o caminho para se chegar à teorização política dos dias de hoje; e o séc. XVII foi, na história europeia, uma

época charneira de transmutação do mundo antigo para as estruturas do mundo moderno.

A Europa viveu um prolongado período de crise económico-social (de 1620 a 1680) com uma queda demográfica geral e nada habitual no continente que, em regra, se reproduziu sempre muito desde o ano 1000 até cerca de 1950, e que conduziu àquela que foi, verdadeiramente, a primeira grande guerra entre europeus: a Guerra dos Trinta Anos, que opôs os católicos do sul aos protestantes do norte.

A Guerra dos Trinta Anos mudou a face da Europa: até aí, o poder estivera sempre no coração do Mediterrâneo (através dos grandes impérios: romano, bizantino, otomano, califado de Damasco); depois dela, o poder transferiu-se para os europeus do norte e por aí se manteve até agora.

À Espanha imperial de Carlos Quinto, no séc. XVI, único país cristão a poder conter, na defensiva, o enorme poderio dos turcos otomanos, vão suceder – após a Guerra dos Trinta Anos – os países hegemónicos emergentes que marcaram a história moderna da Europa: Inglaterra,

França, Prússia-Alemanha, Áustria-Habsburgo e (no fim do século) a Rússia.

De todos eles, a Inglaterra é o mais avançado, com uma economia aberta, pujante, uma burguesia mercantil e manufatureira em crescimento e um sistema político que se torna definitivamente parlamentar após a denominada “Gloriosa Revolução” de 1688; repare-se (comparando os tempos da História) que enquanto a Revolução Francesa ocorre no fim do séc. XVIII, a liberalização do sistema político inglês tem lugar mais de 100 anos antes com as Revoluções de 1640 e 1688.

Não é de espantar, por isso, que seja em Inglaterra que surjam as primeiras teorizações dos princípios estruturantes do estado de direito; os ingleses elaboram-nos para uso interno sem qualquer preocupação de os impor a outros, e serão – mais tarde – os franceses a exportar esses princípios, universalizando-os, com as guerras napoleónicas que se estenderão por toda a Europa.

A teoria da separação de poderes como forma de distribuição do exercício separado de poderes soberanos, e como meio de obviar à concentração de tudo no bernal de uma só pessoa ou de um pequeno grupo, aparece em primeira mão nos escritos do inglês John Locke no séc. XVII.

Somos, hoje ainda, tributários dessa ideia; e os Tribunais, como corporização do Poder Judicial, completam o leque dos poderes do estado da nossa modernidade segundo a qual o exercício da soberania deve estar repartido por órgãos diferentes, separados e independentes

(muito embora solidários e interdependentes) como salvaguarda dos direitos e das liberdades.

As revoluções liberais europeias configuraram os Tribunais como uma pirâmide hierárquica de três patamares que se tornou habitual.

Temos, assim, os tribunais de proximidade, disseminados por todo o espaço geográfico do país, que julgam em 1ª instância as causas para que são solicitados.

Mas a necessidade de reapreciar as decisões (e, no crime, a necessidade de permitir sempre ao arguido um duplo grau de julgamento) levou à pirâmide judiciária: aos tribunais de 2ª instância para primeira reapreciação e, no fim, ao Supremo Tribunal para última reapreciação, em certos casos, e para uniformização de jurisprudência noutros casos.

Este é o modelo que se generalizou e substituiu, no estado moderno, a rede intrincada de tribunais e juizes (juizes do povo, juizes de fora) que vinha do “ancien régime”; modelo linear, facilmente perceptível e tributário do racionalismo europeu.

O Poder Judicial foi estruturado nas democracias modernas para julgar os conflitos concretos surgidos entre pessoas de direito privado e/ou de direito público, e para julgar quem comete um crime pondo em perigo a paz social.

Daí que nos processos que correm nos tribunais – seja qual for a matéria

concreta a julgar – há princípios inderrogáveis a respeitar: os da igualdade formal das partes, do contraditório e da legalidade (que impõe ao juiz que julgue segundo a estatuição jurídica prevista na lei, exceto nos casos em que lhe é possível lançar mão da equidade).

É justamente por isso que se diz com frequência que os tribunais são o refúgio final da defesa dos direitos de cidadania, porque – esgotadas as outras vias – só resta a decisão judicial para repor ou impor a legalidade violada. Aliás, é na sequência desta ideia que a nossa lei constitucional expressamente refere que as decisões judiciais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas (art.205, n.º 2 e 3).

O exemplo emblemático que corporiza o ditame nuclear da função jurisdicional está na história do moleiro de Sans-Soussi descrita pelo jurista alemão Gustav Radbruch.

Frederico, o Grande, da Prússia, resolveu construir um palácio à medida da sua grandeza; mas, no meio das suas intenções e do terreno de que dispunha, intercalava-se o moinho de um simples moleiro.

Depois de várias tentativas para adquirir o moinho, todas infrutíferas por força da renitência do moleiro, Frederico ameaçou que lho confiscava; ao que o moleiro deu a resposta que ficou para sempre: “não, não te apoderas porque ainda há juízes em Berlim”.

Era, no fundo, a consciência nascente, espalhando-se socialmente, de que todos são iguais perante a lei – sejam reis ou moleiros, senhores ou vassallos – e que o juiz é o guardião da lei e da igualdade.

Este é, ainda hoje, o ponto nodal da função de julgar: dar a cada um o que lhe pertence mesmo que tenha que afrontar as opiniões formatadas dos colonistas ou dos pregadores de homilias enlatadas.

Tivemos, há quinze anos, entre nós, um caso que espelha o exemplo de Sans-Soussi: o caso Esmeralda.

Apesar da pressão constante que certa Imprensa vazava diariamente nos seus noticiários e comentários, da pressão preordenada instilada em programas televisivos expressamente dedicados ao caso, os tribunais e os juízes mantiveram o distanciamento que sustenta a independência e julgaram como deviam, à revelia de uma moralidade social que se pretendia endeusada.

Na mesma época, a situação repetiu-se noutros casos similares.

Muita gente ainda recordará a campanha comunicacional dirigida contra um juiz do Tribunal de Família e Menores de Braga porque este exigia requisitos sólidos e apertados para decretar a adoção de menores, quando certa Imprensa defendia requisitos abertos, quase sem fronteiras, que abriam a porta a muita coisa.

Estávamos na época em que viria a surgir o escândalo internacional protagonizado por uma ONG francesa (a “Arca de Zoé”) acusada de traficar menores do centro de África (nomeadamente, do Chade) para França num esquema sedimentado de adoções piratas.

O tempo passou, a memória dos factos foi-se diluindo até que, recentemente, ela ressurgiu na sequência de programas de

um canal televisivo a propósito de adoções de menores eventualmente negociadas por uma igreja evangélica.

O que nesses programas se denunciou foi aquilo que o juiz de Braga já então não permitia; e o que, neles, se defendeu foi, afinal, o que esse juiz decidia, há 20 anos, com os seus critérios rigorosos e proporcionais.

Não houve, contudo, a coragem de lembrar o que devia ser lembrado: a história de um juiz que se quis crucificar, e que mais não fez senão repetir os juízes de Berlim para defesa dos moleiros de hoje.

O maior problema do Poder Judicial será, sempre, o da preservação da independência do juiz.

A independência do juiz tem muitas valências, mas duas delas comportam um significado maior: as denominadas independência interna (ou funcional) e externa (ou orgânica).

O juiz julga segundo a interpretação que faz da lei e da prova produzida em julgamento, sem obediência a ordens ou instruções de terceiros: esta é a sua independência interna, ou seja, a sua independência na função de julgar.

Mas para que ela se mantenha incólume, o juiz não pode ser transferido nem responsabilizado por ter julgado contra vontade dos poderes constituídos, nem ser congelado na sua carreira porque quem decide sobre ela não gostou das suas decisões.

Daí que para garantir a irresponsabilidade e a inamovibilidade do juiz – como suportes da sua independência – o seu órgão de gestão (entre nós, o Conselho Superior da Magistratura – CSM) deva ser, também, equidistante, asséptico em relação ao teor das decisões, independente – ele próprio – no seu exercício da gestão: este é o conceito da independência externa (ou orgânica).

O problema surge, contudo, quando o CSM tem uma composição ou um comportamento tal que funciona como agente de pressão ou de condicionamento sobre os juízes, limitando-lhes a liberdade de julgar.

Em regra, isso acontece quando o Conselho: a) tem uma composição político-partidária total (ou quase) que lhe permita fixar os limites do comportamento dos juízes; b) é composto totalmente (ou quase) por juízes de absoluta confiança política do órgão que os escolhe (foi a solução adotada no Estado Novo); c) tem funções essencialmente consultivas cabendo a competência deliberativa a órgãos políticos situados acima dele na hierarquia do estado (é o modelo francês).

Quando isto acontece, o órgão de gestão deixa de ser, com frequência, o garante da independência interna e transmuta-se num órgão de controlo à distância do exercício da função do juiz.

Este modelo de controlo aparece-nos na Europa continental em duas épocas definidas: ou em momentos e regimes ditatoriais, ou em regimes democráticos copiando aquilo que é a filosofia genética do CSM francês.

A França foi, na verdade, o berço dos Conselhos da Magistratura como forma de administrar (e condicionar) os juízes.

Incapaz de admitir poderes do estado que não tenham titulares eleitos – fiel, aqui, à sua tradição republicana e à sua tradição histórica de concentração do poder – a França tratou sempre os tribunais ora como um não-poder (uma “autoridade judiciária”, foi a expressão cunhada), ora como um poder secundário de expressão menor; daí que Montesquieu tenha dito que os tribunais eram “un pouvoir nul”.

O Conselho francês foi, por isso, estruturado como o órgão máximo de gestão dos juízes, com uma composição político-partidária, dirigido pelo Presidente da República e com um número de membros maioritariamente designados por ele, uma ausência total de juízes eleitos pelos seus pares durante décadas a fio (e, mesmo hoje, os juízes eleitos são politicamente residuais), tendo funções quase só consultivas e cabendo aos outros poderes do estado a designação de juízes para os tribunais superiores e para as principais funções do Judiciário, e tendo ainda como suas correias de transmissão os presidentes dos tribunais de 2ª instância e dos tribunais de grande instância (que correspondem ao que, entre nós, se designou por tribunal de círculo) que superintendem e acompanham o exercício profissional dos juízes dos tribunais inferiores.

É, no fundo, esta verdadeira hierarquia de facto que administra e condiciona à distância o exercício da função jurisdicional.

No sistema francês não há inspeções regulares aos juízes porque isso corresponderia a apreciar administrativamente a jurisdição e, portanto, a violar a sua independência; há apenas o sistema normal de recursos para reapreciação jurisdicional das sentenças. Mas com uma estrutura nuclear deste género, centrada num Conselho escolhido politicamente por cima e que transmite as suas recomendações para baixo através das suas correias de transmissão, todo o corpo de juízes fica condicionado.

Como corolário desta opção, a França moldou o estatuto dos juízes segundo a imagem identitária do funcionalismo público: os juízes são admitidos por concurso público e formados numa escola, têm progressão profissional na carreira que é gerida pelo CSM e pelo Executivo, e podem ser não só punidos disciplinarmente pelo Conselho como também responsabilizados civilmente pelas suas decisões em casos excepcionais.

O modelo francês espalhou-se na Europa continental, tornando-se, aí, habitual até à rutura operada em Itália após a 2ª Grande Guerra.

Em Itália – com a experiência traumática da ditadura fascista – avançou-se para uma solução nova e inovadora: mantendo-se embora certos sinais típicos da matriz francesa (entre outros, a responsabilidade disciplinar e civil do juiz em casos limitados), criou-se um Conselho Superior com uma composição totalmente nova e onde os juízes e magistrados do MP, eleitos pelos seus pares, estão em franca maioria, opção esta que – vigorando até hoje – permitiu que o Conselho se tornasse no verdadeiro

garante da independência externa e resistisse às várias tentativas dos Governos de Berlusconi para instrumentalizar os Tribunais.

Portugal seguiu um caminho híbrido.

Em Portugal há Conselho Superior da Magistratura (CSM) desde 1892 – com designações várias que foram mudando ao longo do tempo – copiando-se aqui a tradição francesa; mas nunca se instalou uma hierarquia de facto com patamares intermédios que servissem de correias de transmissão do Conselho.

Portugal seguiu um trajeto diferente para condicionar os juízes: o sistema de inspeções periódicas.

Ou seja, enquanto na Europa se instalava uma hierarquia de facto para condicionar à distância (e em discurso tácito) o juiz, entre nós ela não existia, mas existia um sistema de inspeções periódicas aos juízes de 1ª instância para os avaliar e notar, e justificar assim a sua progressão ou retenção profissional.

Com o 25/Abril, o modelo de inspeções manteve-se mas foi democratizado: permitiu-se ao juiz o contraditório pleno e o acesso pleno ao processo, e atribuiu-se ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) competência total para, em recurso, controlar jurisdicionalmente quer o modo como se realizou a inspeção quer o modo como se respeitou a independência do juiz.

Recentemente, contudo, o modelo português mudou; e mudou porque se inseriu – na nova orgânica dos tribunais – uma nova figura, até aí desconhecida: o juiz-presidente da comarca, nomeado

diretamente pelo Conselho, seu representante no terreno, transportando para uso interno a hierarquia de facto conhecida na Europa e sem eliminar aquilo que a Europa desconhece, ou seja, as inspeções periódicas aos juízes.

Vale isto por dizer que as recentes reformas da orgânica judiciária acumularam, no nosso país, as duas formas de condicionamento da independência na função de julgar: hierarquia de facto e inspeção judicial.

E este é o maior perigo que, atualmente, se perfila; porque, depois de termos o modelo de Judiciário europeu mais perfeito a garantir a independência e a inamovibilidade dos juízes (a par da Itália) consagrou-se, na nova lei, um paradigma de acumulação de controlos que a Europa não conhece e que pode levar – se não houver, no interior do sistema, equilíbrio emocional, equidistância de interesses, pluralidade ideológica que faça o contacto com todas as pontas periféricas do sistema – a uma adulteração da independência de quem julga.

Repare-se que o nosso Conselho não é, na sua composição, uma cópia do Conselho italiano.

Este tem uma maioria de 2/3 de magistrados (juízes e MP) na sua composição interna ao passo que o Conselho português tem uma paridade tendencial entre vogais-juízes e vogais-não juízes; a maioria de membros no nosso Conselho é, em regra, definida pelo Presidente da República quando escolhe os seus vogais e com isso opta ou por 8 juízes e 9 não-juízes ou por 9 juízes e 8 não-juízes.

O receio atrás manifestado quanto ao percurso futuro dos tribunais portugueses naquilo que contende com princípios nucleares que podem ser afetados e que vêm de tempos ancestrais da história europeia, encontra respaldo num estudo recente de Luca Verzelloni publicado em “40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal” (edição da Almedina).

Comparando os Tribunais portugueses aos de cinco países europeus de referência (França, Itália, Suécia, Holanda, Hungria), sob vários itens nucleares, Verzelloni conclui que Portugal é o único que garante a independência interna e a inamovibilidade dos juízes a 100%, superando a Itália que, neste particular, é considerada a referência inovadora da independência judicial (cfr. págs. 579 a 600 daquela obra).

Daí a razão de ser da nossa preocupação quando vemos como mau augúrio um modelo de duplo condicionamento do juiz; é que nada garante que com a pressão em acelerar o tempo de resolução dos processos, em decidir em função de números estatísticos de pendências, em fixar objetivos economicistas a cumprir a qualquer preço, em erigir o produtivismo como critério maior e dominante, não se venha a ferir perigosamente a independência interna do juiz e a secundarizar por largo tempo os patamares de qualidade no funcionamento dos tribunais.

Não podia ser maior o contraste entre a estruturação dos tribunais ingleses com os da Europa continental.

Em Inglaterra, os tribunais são vistos como um verdadeiro poder do estado e os juízes como os seus titulares.

Daí que os juízes sejam nomeados por escolha de entre os melhores advogados com carreira firmada, através de um processo de cariz político e consensualizado coordenado pelo *Chief of Justice*, não tenham carreira profissional, não sejam vistos nem considerados como funcionários públicos, não tenham órgão de gestão que os controle nem escola de formação porque a sua socialização já está feita, não estejam sujeitos a leis excecionais de responsabilidade civil extracontratual, e usufruam de um leque salarial muito diferente (para melhor) do que os seus congéneres continentais.

O modelo inglês espalhou-se pelos países saxónicos; e é esta visão que legitima que o Presidente dos EUA tome posse perante o Presidente do Supremo Tribunal do seu país.

O Poder Judicial deve estar vocacionado para a obtenção de três objetivos: julgar em prazo razoável sem perda de qualidade e do respeito pelos direitos das partes; transparência no funcionamento dos tribunais que possibilite a sua perceção por um leigo de cultura média; soluções legislativas pragmáticas que facilitem aquelas rapidez e perceção.

Esta trilogia está longe de ser satisfeita, a tal ponto que muitos dos estrangulamentos e das opacidades dos tribunais entroncam na falta de respeito por aquelas regras.

Elencar o catálogo alargado das fraquezas do Poder Judicial é estulto: à uma, porque as suas deficiências têm causas díspares, desde as que contendem com a medula do sistema até aquelas outras que aparentam ser secundárias; doutra parte, porque – no seu conjunto – os tribunais são uma estrutura burocrática pesada e tão ramificada que a melhoria geral do seu funcionamento é um processo lento e moroso, mas a sua degradação pode ocorrer num tempo curto e apressado.

Daí que nos limitemos a elencar causas das fraquezas do Poder Judicial, que consideramos prioritárias, sem procurar ser exaustivos.

Um dos maiores problemas do Poder Judicial advém da sua fragmentação em orgânicas separadas que pode levar à prolação de decisões diferentes sobre casos iguais, sob a perplexidade da opinião pública que não compreenderá um fenómeno assim.

Temos, hoje, três Judiciários diferentes: o dos tribunais comuns para julgar conflitos da sociedade civil; o dos tribunais administrativos (os TAF) para julgar os conflitos do estado, dos municípios e dos organismos públicos; o da jurisdição constitucional para julgar tão-só a matéria da constitucionalidade das leis.

A maior perplexidade colocar-se-á na mais que previsível justaposição de decisões divergentes entre as orgânicas comum e administrativa.

E porquê?

De há 15/20 anos a esta parte, alargou-se desmesuradamente a competência dos TAF, ficcionando-se a natureza administrativa de certas matérias quando elas são exatamente iguais a quaisquer outras da mesma índole e típicas da jurisdição comum (como sejam os casos de responsabilidade civil extracontratual, nomeadamente os resultantes de acidente de viação), ou introduzindo inconstitucionalmente na esfera administrativa questões que manifestamente não lhe pertencem (contratos privados ou casos de responsabilidade civil extracontratual por atos no exercício das funções de soberania).

O pressuposto abstruso que esteve por detrás desta opção foi este: aos tribunais comuns cabe julgar os cidadãos; aos TAF cabe julgar o estado ou qualquer outro organismo público. Com isto, criou-se um verdadeiro foro especial para o estado e seus organismos que passam a ter ao seu dispor tribunais próprios, com juizes próprios a julgá-los e que beneficiam de um estatuto diferente.

O maior perigo que esta dualidade comporta é a possibilidade de termos, na prática, direitos diferentes consoante se julga o estado ou o cidadão; isto é, bem pode suceder que tenhamos casos em que seja diverso o direito para o estado e o direito para o cidadão.

Num acidente de viação em que intervenha um veículo do estado e num outro em que intervenham somente privados, e em que os lesados sem culpa (e que sejam casados) fiquem sexualmente impotentes, podemos ter decisões contrastantes quanto à questão de saber se o cônjuge do impotente é, ou

não, uma vítima reflexa, com direito próprio a uma indemnização autónoma porquanto os tribunais que decidem pertencem a Judiciários separados e os Supremos Tribunais (Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Administrativo) nunca podem fazer uniformizações de jurisprudência aplicáveis a ambas as orgânicas.

Do mesmo modo, em casos de responsabilidade contratual onde se fixe o contraente incumpridor e se quantifique o montante dos danos, podemos ter opções diferentes acerca da amplitude do nexos causal com decisões finais divergentes, uma delas seguindo eventualmente a variante negativa da causalidade adequada e outra seguindo a sua variante positiva; se nunca se colocar questão alguma de inconstitucionalidade, a uniformização é impossível porque tudo se passa em Judiciários separados onde a decisão proferida num deles não vigora no outro.

Na verdade, os Supremos Tribunais ou julgam em último recurso ou uniformizam o direito de modo a estabelecer regras para a igualdade de julgamento em questões substancialmente idênticas; se houver Judiciários diferentes encimados por Supremos diferentes bem pode a igualdade de julgamento ir às malvas em matérias similares.

Em toda esta problemática, o que verdadeiramente está em jogo é o princípio fundador da igualdade.

A unidade ou pluralidade de Judiciários entronca – uma vez mais – na visão político-ideológica contrastante de ingleses e franceses.

Em França, vingou a tese de que os tribunais não podiam julgar e fiscalizar os atos legislativos do Parlamento e os atos administrativos do Executivo porque isso correspondia a violar o princípio da separação de poderes já que se punha um poder do estado a decidir sobre a validade dos atos de outro.

Com isto, a França tapou a porta à fiscalização da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos.

Com o tempo e a evidência de que assim não podia ser, abriu-se a porta, no continente europeu, à fiscalização dos atos dos outros poderes do estado, mas sonegou-se essa função aos tribunais existentes, criando-se para tanto as chamadas auditorias administrativas que não eram tribunais, estavam integradas na própria Administração do estado e que julgavam, assim, em circuito fechado, os atos do seu senhor.

O tempo amacia as arestas dos vícios redibitórios e, destarte, as auditorias foram-se metamorfoseando em tribunais; assim nasceu a jurisdição administrativa separada, com tribunais próprios para julgar o estado e com juizes próprios beneficiando de um estatuto diferente. Concomitantemente, as teses de Hans Kelsen fizeram o seu caminho e surgiu, na Áustria, a jurisdição constitucional autónoma, mais tarde alargada ao resto da Europa.

Apegada à velha tradição da teoria monista de raiz napoleónica, ainda hoje a França não tem um Supremo Tribunal Administrativo a encimar a cúpula dos TAF, sendo o Conselho do Estado a desempenhar esse papel.

Nenhum destes traumas virou angústia no mundo saxónico.

Desde sempre, entre os saxónicos, o Poder Judicial é uno e a jurisdição comum tem competência para julgar tudo; daí que em Inglaterra e nos EUA os tribunais tenham competência para julgar do constitucional ao cível, ao crime, ao administrativo, ao fiscal, ao laboral, ao comercial.

O modelo saxónico é, neste ponto, mais feliz e eficaz: evita o perigo do “direito duplo” acima referido, e impede (nos casos de apreciação de constitucionalidade) que os processos andem de Supremo em Supremo até à decisão final, assim se ganhando tempo e coerência.

Curiosamente, Portugal, arreigado às teses políticas gaulesas, seguiu – com a Constituição republicana de 1911 – o modelo inglês de controlo difuso da constitucionalidade entregue aos tribunais comuns (copiando o que estava inscrito na Constituição brasileira de 1891, que o foi beber aos EUA), que ainda hoje se mantem e que nem sequer a Constituição de 1933 eliminou.

Outra questão a acompanhar reporta-se ao novo mapa judiciário, já que sedimentar uma rede de comarcas e tribunais é obra que deve perdurar por muitas décadas sem prejuízo de ajustamentos periféricos que devam ser feitos.

Alinharemos dois pontos que, a nosso ver, merecem atenção.

O primeiro refere-se à metodologia seguida para a delimitação das comarcas e em relação à qual reticências várias ressuscitam ciclicamente.

Tivemos dois desenhos do mapa judiciário: um, de 2008, que começou a ser implementado em três comarcas experimentais (Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Amadora-Sintra); outro, implementado em 2012/2013 que substituiu, na íntegra, o anterior e que se mantém.

O primeiro desenho levava em conta, como critério, a ocupação demográfica do território, tinha como polo orientador as denominadas Nuts e propunha, a final, a existência de 39 comarcas; o segundo desenho leva em conta, como critério, os distritos sobre os quais assentam as comarcas e propõe, a final, a criação de 23 comarcas.

Neste desenho que vingou, o número e extensão de comarcas é igual ao dos distritos, com exceção, tão-só, para Lisboa (com 3 comarcas) e Porto (com 2 comarcas).

Vale isto por dizer que no mapa atual seguiu-se o figurino clássico, decalcando-se o perfil da orgânica judiciária sobre o perfil da organização administrativa do país, como já acontecera desde o séc. XIX com o tandem comarca-município a partir das reformas de Mouzinho da Silveira.

Simplesmente, o distrito (hoje, a medida-padrão da comarca) é uma cópia do “département” francês da era napoleónica, feito essencialmente para reforçar o poder central no imenso espaço territorial da França (relembre-se

que, à época, a França era, após a Rússia, o maior país europeu em termos territoriais).

Copiado artificialmente para Portugal, o distrito não levou em conta as diferenças do território e das gentes e, quantas vezes, a fronteira dos distritos (e também dos municípios) passa pelos rios que nada dividem e – outras vezes – não leva em conta as grandes serras que são as autênticas barreiras naturais da separação dos povos.

A artificialidade do distrito reflete-se, assim, na artificialidade das novas comarcas, nomeadamente a norte do sistema Montejunto-Estrela; daí as correções que, com frequência, é necessário fazer no rendilhado do mapa.

Provavelmente, o desenho da reforma de 2008 seria mais lógico, embora o seu abandono prematuro não permita certezas absolutas; mas esta presunção advém essencialmente dos pressupostos em que ele assentava, ou seja, da ocupação demográfica do território que permitia uma visão mais aproximada dos problemas dos cidadãos e, ainda, da forma positiva como estavam a funcionar as três comarcas experimentais.

O segundo ponto tem que ver com a “justiça ao pé da porta” como sói dizer-se: deve o tribunal deslocar-se às populações ou devem estas deslocar-se ao tribunal, tal é a pergunta?

Temos em Portugal dois verdadeiros sistemas judiciários: um, no litoral, onde vive cerca de 3/4 da população e em povoamento disperso; outro, no interior, desertificado e, em regra, de povoamento concentrado.

No litoral, as distâncias para os tribunais são normalmente curtas, as comunicações fáceis e com boa rede viária; no interior, as distâncias são longas, as comunicações difíceis e com uma rede viária de bem menor qualidade.

Este deve ser o critério orientador, assente no tipo de povoamento dominante: no povoamento disperso do litoral deve deslocar-se o cidadão e não o tribunal; no povoamento concentrado do interior, com grandes distâncias a percorrer e transportes a minguar, deve deslocar-se o tribunal e não os povos.

De permeio, temos as zonas híbridas com povoamento misto, ora mais concentrado, ora mais disperso. Nestas, a solução correta deverá ser procurada caso a caso, consoante os fatores específicos dominantes.

A quarta questão que marca a imagem dos Tribunais tem que ver com a sua morosidade.

É hoje entendimento generalizado o que afirma que os processos judiciais devem ser julgados “em prazo razoável”, expressão consagrada na “Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, mas que – curiosamente – não é, por vezes, cumprido nas ações pendentes no próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que, em diversos casos, demorou mais tempo a julgar do que aquele que demorou o tribunal do país condenado.

A morosidade dos tribunais tem várias causas confluentes que a provocam: orgânica judiciária distorcida, códigos

processuais que permitem aproveitamentos dilatórios, formação intermitente de funcionários com consequências na produtividade, quadros deficitários, crises económicas duradouras que se repercutem na enxurrada de ações ao sabor dos seus ciclos, além – obviamente – de erros ou negligência de magistrados e funcionários no exercício da função.

Mas, provavelmente, a principal causa indutora da morosidade passa por uma política desregulada de concessão de crédito ao consumo que conduz à sua atribuição sem análise sobre a capacidade de quem a requer e, a prazo, ao crédito malparado ou a dezenas de milhares de ações de dívida que entopem os tribunais cíveis, inquinando o conjunto do sistema.

Em regra, o aumento exponencial na utilização dos tribunais acontece com a subida da riqueza social que traz associada uma maior capacidade individual na defesa dos direitos, ou com o aparecimento de uma crise económica de relativa extensão que leva ao incumprimento contratual por inúmeras franjas da sociedade, agravado, ainda mais, se a legislação reguladora da concessão do crédito em massa for grosseiramente deficitária ou permissiva.

Em Portugal, este problema explodiu a partir da segunda metade dos anos 80 do século passado com a nossa adesão à União Europeia e à subsequente chegada dos fundos comunitários; o verão de 1987 marca o início da invasão dos tribunais por esse lixo processual que se expressava nessas ações de dívida provenientes da concessão desregulada de crédito.

Começou-se por ações de dívida de prémios de seguro, e rapidamente se passou para os leasings, crédito bancário, cartões de crédito, sfacs (sociedades financeiras para aquisição a crédito – ou seja, sociedades de crédito ao consumo), telemóveis, TV Cabo, Net Cabo, e por aí adiante.

O mais impressionante em todo este processo foi a incapacidade do Poder Político em controlá-lo e regulá-lo, deixando-o ao deus-dará num mercado onde pululava uma publicidade agressiva e enganosa que se servia da manifesta ignorância do consumidor médio e que beneficiava as grandes empresas que, dela, se aproveitavam; foram estas empresas que, depois, se vieram a tornar nos grandes utilizadores dos tribunais para cobrança de dezenas de milhares de créditos, quantos deles meramente formigueiros.

Quem for aos dados retrospectivos dos números estatísticos dos processos entrados anualmente nos tribunais portugueses, verá refletida – ao longo da década de 1992/2001 – toda essa trama.

Durante esse período, o número de processos entrados nos tribunais tem uma subida lenta e previsível em quase todas as espécies, ou seja, no penal, trabalho, menores e família; ao invés, no cível, o número de entradas dispara a partir de 1992/93, atinge o pico em 1997 e, a seguir, pouco decresce mantendo valores sustentadamente elevados.

Assim, as ações cíveis ascendem a 266.123 em 1992, sobem para 485.210 em 1997 e mantêm-se (à entrada do novo milénio) em valores acima dos 430.000 (431.864 em 2001); ou seja, os tribunais

portugueses foram, durante anos a fio, invadidos por uma verdadeira enxurrada de ações de dívida de valores não muito elevados que canibalizaram o seu funcionamento.

Este fenómeno ganhou expressão no relatório bianual que o Conselho da Europa publicou em 2006, através da CEPEJ (o seu organismo que analisa a eficácia da justiça europeia).

Nele, e no capítulo da justiça cível, informa-se que a Espanha tem 1926 processos cíveis por 100.000 habitantes, a França tem 2862, a Alemanha 3738, a Noruega 292, e Portugal tem 5966; isto é, Portugal tinha o triplo das ações cíveis da Espanha, mais do dobro da França, pouco menos do dobro da Alemanha e quase vinte vezes o número da Noruega, o que mostra bem a diferença existente entre o nosso país e os outros no tocante à defesa dos direitos do consumidor.

Esta problemática ajuda a perceber, quase na íntegra, o essencial da morosidade processual nos nossos tribunais.

Assim: os tribunais de recurso (Supremo Tribunal e Relações) julgam muito depressa, entre 3 a 5 meses, em média, sendo pela certa os mais rápidos da Europa; os tribunais de 1ª instância, do interior, julgam em regra em prazo razoável; o mesmo se passa com os tribunais especializados do grande crime e do grande cível do litoral, com os tribunais de trabalho e os de família; por fim, os tribunais especializados do pequeno cível e do pequeno crime, situados no litoral, julgam frequentemente com atraso.

E porquê?

Porque é neles que se situam os principais fatores de bloqueio: nos tribunais de pequena instância cível do litoral, densamente povoado, desemboca a parte de leão das ações de dívida acima referidas; nos tribunais da pequena criminalidade das zonas densamente povoadas desemboca a criminalidade formigueira, quantas vezes em catadupa.

Verdadeiramente, nunca se tentou, nem se testou qualquer solução drástica para obviar a este estrangulamento; algumas sugestões chegaram a ser aventadas, sem sucesso, como a que surgiu na Holanda com a criação de júzos próprios e específicos para este tipo de processos de modo a que o dilúvio que eles representam não contamine o conjunto do sistema.

Quinto item: o controlo democrático pluralista das profissões que desempenham funções forenses, e os seus efeitos em setores públicos do aparelho do estado.

Referimo-nos muito concretamente a juízes, procuradores do MP, advogados, solicitadores e agentes de execução.

Os juízes exercem uma função soberana do estado, a função jurisdicional; o seu órgão de gestão (CSM) tem natureza pública e uma composição pluralista com vogais designados pelo Presidente da República e eleitos, quer pela Assembleia da República (AR) quer pelo corpo de juízes, e onde os juízes estão, normalmente, em minoria (8 em 17).

Os procuradores do MP são funcionários qualificados do estado desempenhando

uma função pública, e o seu órgão de gestão (CSMP – Conselho Superior do MP) é composto também por membros designados pela AR, pelo Governo e eleitos pelo corpo de magistrados; no entanto, ao contrário do que acontece com os juízes, os magistrados do MP não estão em minoria no seu Conselho, mas sim numa estranha maioria de 2/3 que, hoje, nada justifica.

Por fim, temos as profissões liberais (advogados, solicitadores, agentes de execução) sujeitas à regulação da Ordem dos Advogados (OA) e da Ordem dos Solicitadores (OS).

A atividade das profissões liberais relacionadas com a justiça é de interesse público; daí que os seus órgãos de regulação tenham natureza pública.

Exatamente por isso, é incompreensível que órgãos de regulação profissional de natureza pública tenham uma composição exclusivamente corporativa, integrados tão-só por profissionais pertencentes à classe regulada; ou, por outras palavras, é inadmissível que o estado se demita de participar na gestão de profissões de interesse público deixada, na íntegra, nas mãos da classe regulada.

Temos, aqui, o exemplo clássico do regulador que é uma emanção clonada do regulado; algo que, com a maior naturalidade, se projeta nos momentos de sindicância disciplinar aquando da apreciação do comportamento dos respetivos profissionais.

Parte significativa das condutas sindicáveis reporta-se a conflitos interprofissionais ocorridos no decurso do funcionamento dos tribunais ou a conflitos emergentes da relação de

serviço estabelecida entre o profissional forense e o cidadão que o procura; entregar a decisão disciplinar a um órgão composto, na íntegra, por profissionais do mesmo ofício que o visado, é – à partida – inquirar as regras do jogo que se desenrola sempre em casa de uma das partes.

Esta questão agrava-se, porém, quando se entra na esfera dos agentes de execução (AE).

No sistema atual, o AE exerce, por delegação do estado, a função coerciva do próprio estado.

Ou seja, o estado, hoje, quando quer impor o cumprimento de uma sentença cível ou de qualquer outro título executivo, pode não utilizar as suas estruturas coercivas, delegando o exercício da coercibilidade num AE que fica, assim, investido em poderes de império estatal.

Como assim, temos um profissional privado a exercer funções públicas, com poderes públicos, mas que – se prevaricar – vai ser apreciado e julgado disciplinarmente por um órgão composto tão-só por oficiais do mesmo ofício como se fora uma mera associação privada.

Temos, portanto, uma autêntica parceria público-privada (P.P.P.) no mundo dos tribunais: o privado exerce funções públicas mas é apreciado por um organismo público de composição privada.

Se, para além disto, a conduta do AE entrar no foro criminal ou na esfera da responsabilidade civil extracontratual (casos, por exemplo, de apropriação

indevida pelo AE de quantias pertencentes a um credor, como tem acontecido a fazer fé em notícias da Imprensa) a espiral de incongruências alarga-se: porque o AE exerce por delegação uma função do estado, o estado torna-se também responsável, face ao credor, pelo ressarcimento do prejuízo que este sofreu e que lhe deve ser indemnizado.

A P.P.P. atinge, então, o clímax: o AE apropria-se do dinheiro, o estado paga, e – na apreciação da conduta disciplinar – o estado, que paga, fica à porta. O público suporta os desmandos do privado e o privado subtrai-se ao controlo do público.

Sexto item: a formação dos juízes.

A formação dos juízes é inicial (a que ocorre antes do ingresso definitivo na classe) ou contínua (a que ocorre ao longo da sua vida profissional).

Não será sobre a teorização da formação que falaremos; será, antes, sobre a extinção operada na 1ª instância, e em todos os ramos de direito (exceto no processo penal), do julgamento feito em tribunal coletivo e que funcionava verdadeiramente como a formação contínua mais importante que os juízes tinham ao seu dispor.

O julgamento em coletivo foi uma peculiaridade do sistema português introduzido por J. Alberto dos Reis no processo civil – o processo-padrão – para garantir a fiabilidade do julgamento da matéria de facto.

Julgar o facto é, talvez, a maior dificuldade do juiz na sua função de

julgar; enquanto julgar de direito tem por detrás um lastro de opiniões jurídicas e obras de especialidade que o sustentam, julgar o facto tem por detrás a experiência profissional concreta assimilada, a memorização dos casos similares que servem de guia para o futuro e para a aplicação das presunções naturais, e ainda o conhecimento dos espaços e das gentes onde os factos se desenrolaram.

O recurso da matéria de facto levou a que, na Europa, se registasse a prova sem o que o recurso era impossível ou inviável; em Portugal, país pobre nos anos 30 do século passado, Alberto dos Reis “criou” o tribunal coletivo, sem registo da prova, mas com três juízes para o julgamento da matéria de facto porque seis olhos veem mais que dois e três cabeças pensam melhor que uma.

Com tal bifurcação, a Europa vai copiar o juiz monocrático alemão que julga sozinho, e Portugal passa a julgar o facto em Coletivo num sistema que, depois, foi exportado para outros ramos do seu direito.

Quando em 1997 entra em vigor, em Portugal, a nova lei de processo civil que substituiu o código de Alberto dos Reis de 1939 (reformulado em 1961) é este modelo de julgamento em Coletivo (com quase 60 anos de existência) que entra em “débacle” e desaparece (exceto no crime, como se disse).

Alberto dos Reis, adepto das teses inovadoras dos processualistas italianos que defendiam a oralidade do julgamento (em vez dos ritos antigos das assentadas escritas) conjugada com a concentração da prova que permitia reter mais facilmente a memória dos momentos

relevantes da audiência, impôs o Coletivo a julgar o facto com base nesses dois pressupostos: dispensar o registo escrito, mais caro num país pobre; tornar mais fiável a decisão do facto num julgamento oral mais rápido e concentrado.

Mas o que Alberto dos Reis criou com esta opção foi, também, uma forma especial de formação contínua dos juízes que, ao longo da 1ª instância, tinham que confrontar constantemente as suas opiniões entre si, cedendo por vezes, ficando vencidos outras vezes, reconhecendo – quantas vezes – que a opinião dos outros colegas era melhor que a sua, alterando a sua maneira de ver, ou seja, não caíndo na tentação de assumir tiques autocráticos de sabedoria infalível como bem pode suceder no tribunal unipessoal onde ela nunca é confrontada e posta à prova.

O registo da prova não impunha a extinção do Coletivo; esse registo funciona, sim, como um “auxiliar da memória” de quem julga em 1ª instância e como a documentação que permite a reapreciação do facto em 2ª instância, algo que é plenamente compatível com a manutenção do Coletivo.

Foram, sim, razões economicistas e de mera celeridade que estiveram por detrás daquela eliminação já que, agora, com o julgamento unipessoal, libertam-se mais juízes para julgar mais casos.

Com o novo modelo, os juízes de 1ª instância (exceto os do crime) passam a contar apenas consigo, não permutando obrigatoriamente modos de ver sobre a percepção e a avaliação da prova feita em julgamento e podendo, assim, calibrar o tiro se necessário fosse; duas, três dezenas

de anos depois, chegados à 2ª instância, vão ter que julgar em coletivo, ajustando temperamentos jurídicos – quantas vezes sem sucesso – e que deviam ter sido ajustados muito antes.

No futuro, o tempo dirá de sua justiça: se a celeridade garrotou a Justiça ou a fortaleceu.

Sétimo item: o modelo de investigação que temos e que, tudo indica, terá que ser repensado.

Os tempos que se perfilam na Europa sugerem que, a prazo, teremos uma situação político-social difícil com um confronto larvar (ou explícito) entre a pulsão da segurança e a pulsão da liberdade.

Depois de se tornarem dominantes no séc. XVIII e hegemónicos no séc. XIX, a Europa e o Ocidente sentem que o centro do mundo se desloca, no séc. XXI, para oriente, se irá fixar na Ásia, que os países asiáticos começam a emergir como os polos das futuras centralidades e que o Ocidente começa a perder as rédeas da História.

Já em 1997, Zbigniew Brzezinski, antigo secretário de estado norte-americano da Administração Carter, escrevia na sua obra “O Grande Tabuleiro de Xadrez” (“The Grand Chessboard”) que o novo século teria como motor mundial a Eurásia, que na Ásia se situaria a maioria da população do planeta e da sua riqueza, e que o centro da Eurásia é ocupado pela Rússia, detentora das maiores reservas mundiais de matérias-primas.

A Europa está hoje enredada em dificuldades estruturantes que não derivam apenas de si, mas também de um mundo globalizado onde as sequelas entre causas e efeitos se projetam no espaço global.

Daí que a Europa tenha arritmias em gerir dossiers vários que irão potenciar – com toda a probabilidade – a sua pulsão securitária fazendo perigar os direitos de liberdade.

Elenquemos as dificuldades da Europa seguindo, muito sucintamente, o que dissemos na nossa intervenção na “Business School” da Universidade do Porto, em 8/6/2017:

- a) Tal como nos países economicamente avançados, a Europa está criando sociedades cada vez mais desiguais, com cerca de 1/5 da população a enriquecer e 4/5 a empobrecer, erodindo a classe média, esboroando a coesão social e potenciando o surgimento de ideologias radicais porque o meio está a desaparecer; há décadas, o sociólogo norte-americano Robert Reich avançara este futuro, apoiado, hoje, por outros pensadores;
- b) A Europa entrou, após 1950, numa queda demográfica em espiral cujo fim não se vislumbra, envelhecendo e minguando populacionalmente. É de certa forma o trajeto similar ao de outras culturas e/ou civilizações hegemónicas que se tornaram hedonistas, individualistas e com défice demográfico; hoje, não há um único país europeu que tenha uma

taxa paritária de substituição demográfica que se situa em 2,1 filhos por mulher.

Os países europeus mais próximos deste valor (França e Irlanda) situam-se à volta de 1,9; Portugal tem uma taxa pouco superior a 1,3 o que faz do nosso país um caso preocupante para o futuro, ademais se lhe juntarmos os efeitos da emigração de jovens nacionais em idade fértil.

Comparando as previsões de crescimento demográfico dos cinco países europeus do anel mediterrânico com as dos países do Magreb as conclusões são de espantar (com uma taxa de reprodução que pode ser, sensivelmente, de 1 para 21); tal como é, o constatar que em 1950 a Europa tinha o dobro da população da África e, em 1990, tinha menos gente que a África; ou, ainda, o facto de a Europa albergar, há um século, cerca de 20% da população mundial e hoje ter apenas cerca de 8%.

O vazio raramente existe, e muito menos na Europa; daí o perigo deste fenómeno insidioso que não se sente porque cavalga o longo prazo mas se pressente, e tem nas migrações a sua expressão visível;

- c) A Europa é um continente pobre, como escrevia Braudel.

O início das navegações para o oriente e a descoberta da América foram o eldorado europeu; o encontro com outras civilizações mais antigas e ricas e os metais preciosos americanos (a prata,

primeiro, e o ouro, a seguir) relançaram o seu futuro.

O domínio que se seguiu permitiu à Europa chegar às grandes reservas mundiais, quer na era colonial quer na era neocolonial.

Hoje, com o fim desses ciclos, o acesso europeu às grandes reservas de matérias-primas é cada vez mais problemático até porque elas se encontram em zonas longínquas e fora do seu controlo (Rússia, Cáucaso, centro e sul de África, China);

- d) O séc. XXI será o tempo dos grandes espaços geoestratégicos; daí que a Europa apenas seja audível no futuro se se federalizar, falando a uma só voz.

A federalização da Europa é um autêntico trabalho de Sísifo, nem sequer iniciado sessenta anos depois do Tratado de Roma; a União não passa, ainda agora, de um mero mercado comum, com um direito comum que regula transações negociais ocorridas no espaço comunitário.

Não discutir a federalização é, no fundo, uma consequência da história europeia centrada no estado-nação, surgido nos sécs. XIII-XIV, que jamais desapareceu, que catapultou a Europa para um historial de concorrência entre nações que foi – durante séculos – um dos segredos do seu sucesso e da sua agressividade e é, hoje, um empecilho à sua federalização.

Ademais, a Europa conheceu, por mil anos, três “europas” culturais diferentes, desenhadas no rasto

geográfico da divisão definitiva do império romano: uma, no espaço oriental, helenística, bizantina, ortodoxa, virada para o levante, e – quando eslava – escrevendo em cirílico; outra, no espaço ocidental, católica, romanizada, escrevendo em alfabeto latino, assumindo-se como mediterrânico-atlantista; a terceira, a norte das fronteiras do antigo império (que foram, quase sempre, o Reno-Danúbio), pragmática, utilitarista, economicista, e escrevendo também em alfabeto latino.

Fundir em meio século espaços políticos e culturais tão díspares que se sedimentaram por mais de mil anos é, por isso, um trabalho de Sísifo;

- e) Mas o perigo maior será o que pode advir de uma crise do sistema monetário convencionado em Bretton Woods.

Com a emergência das potências asiáticas (com saliência para a China), a aceitação internacional das suas moedas começa a estar na ordem do dia tanto mais que, num número crescente de contratos celebrados na Ásia, a moeda de pagamento é a chinesa; aliás, há poucos anos, e segundo o que a Imprensa noticiou, o megacontrato de fornecimento de gás natural russo à China foi negociado nas moedas dos dois países segundo um câmbio clausulado no próprio negócio.

Este foi, a nosso ver, o balão de ensaio para aquilo que se seguirá no futuro.

Em 1971, a Administração Nixon decretou a inconvertibilidade do dólar violando o Tratado de Bretton Woods; anos depois, os EUA firmaram com a Arábia Saudita o pacto do petrodólar que lhes permitiu manter a moeda de uso internacional, inconvertível, e numa situação de permanente déficit da balança comercial que os foi levando para uma enorme dívida internacional.

Hoje, é isto que está em risco.

Com o aparecimento da moeda chinesa (e, talvez por arrastamento, da russa), se a sua convertibilidade em ouro for decretada como se pensa que pode acontecer, o dólar inconvertível terá uma margem de manobra cada vez menor; a consumir-se isso, o centro do mundo mudará de certeza.

É todo este conjunto de fatores previsíveis que nos deve fazer repensar o modelo de investigação criminal.

É previsível que tenhamos, a médio prazo, na Europa, sociedades mais desiguais e mais fechadas, com uma xenofobia crescente porque o estrangeiro ocupa um espaço que queremos nosso, relembrando o tempo mítico do eldorado que perdemos mas de que permanece a memória, com uma violência interna que vai surgindo indexada (ou não) a fenómenos de terrorismo, com tendência para um conservadorismo larvar como forma de autodefesa e com o perigo de se tornarem duais: nós e os outros, sendo que os outros serão também os “nossos” que se mutaram em dissidentes ou minoritários.

Será então que a tensão entre segurança e liberdade se agudizará.

O direito e o processo penal são os redutos finais das liberdades; daí que, com tempo e a tempo, se deva repensar esta problemática porque é no processo que se concretiza o leque de direitos e garantias do arguido.

Temos, nos países que nos são mais próximos, três modelos de investigação: feita pela polícia (como em Inglaterra e EUA), feita pelo juiz de instrução (como em Espanha, França, Bélgica), e feita pelo MP (como em Portugal, Itália).

A investigação feita pela polícia não tem tradição entre nós; tivemos com o código de processo penal de 1929 a investigação criminal feita pelo juiz de instrução, opção que se manteve até 1945, quando se optou por um novo modelo atribuindo-se, então, a titularidade daquela ao MP, situação que permanece até aos dias de hoje, salvo o ligeiro interregno de 1976/1987 quando – após o 25/Abril – se voltou a atribuir ao juiz de instrução a investigação criminal.

Mantendo embora o nosso modelo de investigação sob a direção do MP, os tempos que se avizinham justificam uma intervenção muito mais ampla do juiz de instrução.

Repare-se que não há (nunca há) recurso dos atos praticados em investigação pelo MP (ou pela polícia); só há recurso dos despachos dos juizes.

Precisamente por isso é que no inquérito criminal é obrigatória a intervenção do juiz de instrução sempre que, nele, se quer praticar atos que contendem com as liberdades e os direitos do arguido:

prisão, buscas, escutas telefônicas, acesso a contas bancárias ou à correspondência privada.

Esta intervenção obrigatória destina-se não só a sindicatá-la a validade do ato que o MP quer realizar através do controlo da prova indiciária apresentada, mas também a permitir o recurso do arguido que só é possível depois de um despacho do juiz.

Justamente por isso, deveríamos reavaliá-la o nosso inquérito criminal, alargando significativamente a intervenção do juiz de instrução através de incidentes jurisdicionais enxertados no inquérito e decididos por ele, sempre que alguém se sinta atingido nos seus direitos de personalidade; alguém que tanto pode ser o próprio arguido (e, na maioria das vezes, sê-lo-á), como um suspeito (figura vagamente prevista na lei e que, por isso, pode permanecer no limbo jurídico sem termo à vista e sem saber se cairá ou não no inferno), como ainda um terceiro, titular de um interesse jurídico relevante, que se veja atingido, nele, por decisões não jurisdicionais.

Os processos dividem-se em administrativos ou jurisdicionais consoante a natureza intrínseca dos seus atos.

Os jurisdicionais correm nos tribunais; ou seja, são os processos judiciais decididos por um juiz, onde as partes se encontram em perfeita igualdade formal, com direito ao contraditório pleno, com acesso pleno às provas dos autos, sem segredo de justiça e em que as sentenças proferidas têm que obedecer a regras de legalidade estrita.

A tramitação processual destas ações está cuidadosamente prevista nos códigos e a margem de discricionariedade do juiz é quase nula, pois este tem que julgar em função dos parâmetros definidos na lei.

O processo administrativo é diferente.

Neste, à entidade que o dirige, coordena e tramita são atribuídos, em regra, poderes discricionários em função do fim a que se destina o processo; simplesmente, os poderes discricionários – elásticos como são – podem ser usados fora ou para além dele, teleguiados para outro fim que não o que a lei pretende (ainda que assumam dissimuladamente uma forma correta) convolvendo-se, assim, em poderes arbitrários.

Vale isto por dizer que nos processos administrativos não há frequentemente uma legalidade estrita a cumprir o que facilita o abuso de exercício que caracteriza a arbitrariedade.

O inquérito criminal é, substancialmente, um processo administrativo, todo ele destinado a obter a prova do crime imputado ao arguido e a sua posterior condenação.

Com uma finalidade tão larga e um iter investigatório tão abrangente, o perigo de exercício arbitrário dos poderes aumenta.

O “timing” escolhido para se iniciar mais cedo ou mais tarde a investigação (podendo isso contender, ou não, com prazos de prescrição ou com regras de foro especial), o alongamento maior ou menor do percurso investigatório (nomeadamente, através de megaprocessos cujo fim nunca está à vista) que pode permanecer, ou não, em

stand-by técnico e o arguido/suspeito em levitação processual por tempo que ele próprio não consegue imaginar, dar à lei leituras jurídicas pouco usuais prolongando a vida investigatória, investigar num vaivém ondulante naquilo que o Observatório Permanente para a Justiça apelidou de “movimento aparente dos processos”, são – entre outros – alguns exemplos que podem conduzir à arbitrariedade investigatória.

Com uma crise previsível no horizonte que pode potenciar a já referida pulsão securitária de uma Europa receosa e fazendo marcha-atrás em vários capítulos do seu catálogo democrático, não será mau reinventar o futuro, prevendo-o, e juridicalizando (como se disse) manchas importantes do inquérito criminal para salvaguarda do nosso ADN cultural.

Mas o inquérito criminal exige, ainda, que se repense o seu modo de arquivamento.

Com a justificação de que as duas magistraturas são independentes (Judicatura e MP) conclui-se erradamente que só o MP pode arquivar o inquérito, assim se sonogando ao controlo jurisdicional parte importante da investigação criminal.

Não há recurso dos atos do MP; só há recurso das decisões do juiz.

Daí que, ao pôr o MP a arquivar definitivamente inquéritos criminais, o legislador consagrou um sistema decisório meramente administrativo de arquivamento sem controlo; só assim não será quando a parte ofendida se constitui assistente ou quando qualquer cidadão o pode ser, e o é efetivamente. Até porque

um dos princípios das democracias é a possibilidade de controlo jurisdicional de todos os atos socialmente relevantes.

Dever-se-ia copiar, por isso, a solução italiana para casos destes, já que nesse país (onde o inquérito criminal também é dirigido pelo MP) o seu arquivamento é competência jurisdicional do juiz de instrução, assim se abrindo a porta à possibilidade de recurso para o tribunal superior.

Repare-se que, antes do 25/Abril, existia entre nós um sistema de controlo dos arquivamentos criminais do MP mais eficaz que o atual, que passava pelo juiz da comarca que – entendendo-o – fazia intervir a hierarquia do MP, obrigando-a a agir; sistema que, curiosamente, foi “copiado” mais tarde para o Tratado que instituiu o T.P.I. (Tribunal Penal Internacional).

Mas não terminaremos sem referir dois aspetos importantes dos tribunais portugueses.

O primeiro refere-se à ausência de queixas relevantes de erros judiciários nas decisões dos nossos tribunais, ao contrário do que, com frequência, a Imprensa nos transmite quanto aos tribunais anglo-saxónicos.

Nestes, os dramas que se nos deparam reportam-se a quem, condenado, passou 20, 24, 27 anos na cadeia antes de se confirmar a sua inocência e se ordenar a sua soltura, sem falar daqueles que viram a sua inocência reconhecida depois de executados.

O trabalho que a “Innocence Project” (uma ONG norte-americana) tem desenvolvido é, a este nível, o contraponto a uma tragédia que não existe no nosso país; e não existe, certamente, por força de filosofias diferentes que informam os modelos saxónico e o nosso, aquele centrado no tribunal criminal de júri mais permeável a influências sociais e mediáticas, e este – o nosso – centrado no tribunal coletivo de juízes togados mais impermeável a influências desse tipo e aplicando mais acertadamente o princípio nuclear do “in dubio pro reo”.

O segundo aspeto reporta-se a um estudo feito pela equipa de Nuno Garoupa sobre os Tribunais portugueses (publicado na revista “Subjudice”, nº 34, págs.127 a 144).

Analisando a produtividade dos vários atores e intervenientes dos tribunais, esse estudo fornece-nos conclusões surpreendentes, nada condizentes com os estereótipos que normalmente são publicitados: durante o longo prazo de 1960-2002, cada novo advogado por 100.000 habitantes, lançado no sistema judicial, aumentou o número de processos findos por 1000 habitantes em 0,32; cada novo juiz por 100.000 habitantes aumentou o número de processos findos por 1000 habitantes em 5,2; cada funcionário, nas mesmas

condições, diminuiu a produtividade em - 1,2 (o MP não é avaliado no estudo já que a parte de leão da sua intervenção se processa fora dos tribunais).

O que isto revela é uma mensagem bombástica de que ninguém quer falar: os juízes trazem às costas os tribunais portugueses e se, um dia, disserem “basta” à sobrecarga de trabalho que têm o Judiciário dificilmente terá conserto.

Nenhum país tem um Poder Judicial só com virtudes ou só com defeitos.

Mas muitos dos problemas que emperram os nossos tribunais entroncam em interesses parcelares, de capela, de pequenos grupos que beneficiam com a manutenção de um estatuto que a inércia favorece.

Daí que corrigir aspetos relevantes do Poder Judicial seja, no fundo, um programa inacabado, sem fim à vista, porque qualquer alteração estrutural só se obtém depois de um esforço prolongado e persistente.

E porque as ruturas sociais profundas raramente acontecem, a melhoria dos Tribunais acaba por ser um programa omnipresente no dia-a-dia de todas as gerações.

Tribunais eclesiásticos: Processo de declaração de nulidade matrimonial

Padre Ricardo Jorge Alves Ferreira

Vigário Judicial do Tribunal Diocesano de Lisboa e Professor do Instituto Superior de Direito Canónico da Universidade Católica Portuguesa

- De alguns processos especiais (Parte III), designadamente os processos matrimoniais;
- Do processo penal (Parte IV).

A Igreja Católica sempre teve leis de disciplina sagrada, para regular a vida dos seus fiéis e definir as suas instituições, e também teve «no decurso dos séculos, o costume de as reformar e renovar para que, conservando sempre a fidelidade ao seu divino Fundador, correspondessem adequadamente à missão salvífica que lhe foi confiada» (JOÃO PAULO II, Constituição Apostólica *Sacrae disciplinae leges*, promulgação do CIC, 25 Janeiro 1983).

No exercício do poder de governo, a Igreja tem, além do poder legislativo e executivo, o poder judicial, o qual deve ser exercido pelo modo prescrito no direito por meio dos juizes e dos colégios judiciais (c. 135 §3). Neste sentido, tudo o que se refere a esta matéria encontra-se no Livro VII acerca dos Processos, do Código de Direito Canónico, promulgado por João Paulo II em 25 de Janeiro de 1983 e actualmente em vigor.

Este Livro divide-se em quatro partes:

- Dos juízos em geral (Parte I), onde se trata dos vários graus e espécies de tribunais, dos seus membros e da disciplina a observar neles;
- Do juízo contencioso ordinário (Parte II), descrevendo as várias etapas, desde a introdução da causa até à execução da sentença;

1. Tribunais Eclesiásticos

A Igreja Católica, por direito próprio e exclusivo, é competente, de acordo com o cânone 1401, para julgar através dos próprios tribunais:

«1º - as causas que respeitam a coisas espirituais ou com estas conexas;

2º - a violação das leis eclesiásticas e de tudo aquilo em que existe a razão de pecado, no respeitante à definição da culpa e à aplicação de penas eclesiásticas».

E, portanto, são objecto de juízo:

«1º - a defesa ou a reivindicação dos direitos das pessoas físicas ou jurídicas, ou a declaração de factos jurídicos (juízo contencioso);

2º - os delitos, no que respeita à aplicação ou à declaração da pena (juízo penal)» (c. 1400 §1).

Em relação às controvérsias provenientes de um ato do poder administrativo «só podem deferir-se ao Superior ou ao tribunal administrativo» (juízo administrativo) (c. 1400 §2).

Quanto ao Romano Pontífice, ele não pode ser julgado por ninguém (c. 1401),

pois ele é na Igreja o juiz supremo (c. 1442), em virtude do cargo que exerce e para o qual foi eleito legitimamente (cc. 331-333). E naturalmente há causas que são reservadas ao Romano Pontífice, o qual, por si ou por pessoa delegada, julga os que exercem a suprema magistratura do Estado, os Cardeais, os Legados da Sé Apostólica e os Bispos em causas penais (c. 1405 §1, 1º-3º). O Romano Pontífice pode julgar ainda outras causas que ele tenha advogado a si (c. 1405 §1, 4º), e contra uma sentença ou decreto do Romano Pontífice não há apelação ou recurso (c. 333 §3).

O poder judicial na Igreja é exercido habitualmente por meio de tribunais de vários graus e espécies (Cf. Comentário ao CIC, edição anotada, Braga 1984, 870):

a) Pela instância ou grau. Entendendo por instâncias cada uma das petições que se fazem nos distintos graus jurisdicionais estabelecidos pela lei, para actuar e sentenciar as causas judiciais. Há, assim, tribunais de primeira instância, de segunda instância e de terceira e última instância (cc. 1419, 1438, 1443, 1444);

b) Pelo número de juízes. Há tribunais com juiz único e tribunais colegiais, normalmente constituído por três juízes (cc. 1419, 1423, 1425, 1426);

c) Em razão do território. Há tribunais diocesanos (c. 1420) ou tribunais metropolitanos (c. 1438), mas também pode haver tribunais interdiocesanos, regionais ou nacionais, segundo exerçam as suas funções numa ou várias dioceses, numa ou várias regiões, ou numa nação (c. 1423);

d) Pela jurisdição com que julgam. Há tribunais que têm jurisdição própria ou jurisdição delegada, podendo apenas exercer as funções que lhe foram conferidas pela autoridade competente (cc. 1419 e 1442);

e) Pela capacidade de julgar em grau diverso. Há tribunais que podem conhecer só na primeira instância ou só em apelação. A série de instâncias costuma corresponder aos graus dos tribunais; mas, às vezes, conhece em primeira instância o tribunal metropolitano (c. 1419 §2).

Como já foi referido, o Romano Pontífice é o juiz supremo para toda a Igreja Católica e pode julgar «ou por si ou por meio dos tribunais ordinários da Sé Apostólica, ou por meio de juízes por si delegados» (c. 1442). Deste modo, qualquer fiel pode recorrer ao Romano Pontífice, em razão do seu primado, «ou introduzir qualquer causa contenciosa ou penal, em qualquer grau do júízo e em qualquer estado de pleito» (c. 1417 §1).

A Santa Sé tem três tribunais: a Penitenciaria Apostólica, o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica e o Tribunal da Rota Romana (Cf. JOÃO PAULO II, Const. Apost. *Pastor Bonus*, sobre a Cúria Romana, 22 Junho 1988, artigos 117-130).

A competência da Penitencia Apostólica refere-se às matérias que concernem ao foro interno e às indulgências (Cf. *Pastor Bonus*, art. 117). A Penitenciaria Apostólica, para o foro externo, tanto sacramental como não sacramental, concede as absolvições, as dispensas, as comutações, as sanções, as remissões e outras graças (Cf. *Pastor Bonus*, art. 118).

O Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica provê à recta administração da justiça na Igreja e exerce a função de Supremo Tribunal, com competência em matéria judicial, competência em matéria contencioso-administrativo e competência em matéria administrativa, conforme é explicitado no cânone 1445.

O Tribunal da Rota Romana é o tribunal ordinário constituído pelo Romano Pontífice para receber as apelações (c. 1443) e, por isso,

- julga as causas em segunda instância que chegam a si por legítima apelação, após terem sido julgadas pelos tribunais ordinários de primeira instância,
- e julga em terceira ou ulterior instância as causas já conhecidas pela mesma Rota Romana ou por quaisquer outros tribunais (c. 1444 § 1).

Este Tribunal pode também julgar em primeira instância as causas que o direito lhe reserva (c. 1405 §3) ou outras que o Romano Pontífice tiver avocado a si e confiado à Rota Romana (c. 1444 §2).

Há ainda a considerar a Nunciatura Apostólica em Madrid que também pode conhecer, por direito especial, causas em primeira, em segunda e em terceira instância. Mas qualquer outro tribunal pode conhecer em terceira instância causas *ad casum* se receber competência do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica. Por exemplo, o Tribunal Patriarcal de Lisboa já recebeu, neste últimos anos, esta competência para julgar em terceira instância quatro causas.

Em cada diocese ou nas Igrejas particulares equiparadas a elas (cf. cc. 368-372), o juiz de primeira instância é o Bispo diocesano ou aquele que se lhe

equipara no direito (cf. c. 381 §2), que pode exercer o poder judicial por si mesmo ou por meio de outros, excepto nas causas determinadas expressamente pelo direito (c. 1419). O Bispo tem obrigação de constituir na sua diocese o Vigário judicial, normalmente distinto do Vigário geral, com poder ordinário de julgar (c. 1420 §1), e que constitui um único tribunal com o Bispo, «mas não pode julgar as causas que o Bispo se reservar a si mesmo» (c. 1420 §2). O Vigário judicial pode ter auxiliares, designados por Vigários judiciais adjuntos (c. 1420 §3). Estes e o Vigário judicial devem ser sacerdotes, «de fama íntegra, doutores ou ao menos licenciados em direito canónico, com idade não inferior a trinta anos» (c. 1420 §4).

Além do Vigário judicial e dos Vigários judiciais adjuntos, o Bispo constitua na diocese juízes diocesanos que sejam clérigos, sacerdotes ou diáconos, do clero secular ou regular (c. 1421 §1). A Conferência episcopal portuguesa, como outras, permitiu, de acordo com a possibilidade dada pelo cânone 1421 §2, que também leigos sejam constituídos juízes, homens ou mulheres (CEP, Decreto XVII, 1985). Todos os juízes devem ser de «fama íntegra e doutores ou ao menos licenciados em direito canónico» (c. 1421 §3). A nomeação dos juízes diocesanos, bem como do Vigário judicial ou Vigários judiciais adjuntos, é por tempo determinado (em Lisboa, por cinco anos) e só podem ser removidos por causa legítima e grave (c. 1422).

Além dos tribunais diocesanos, a Sé Apostólica pode aprovar a constituição de um único tribunal de primeira instância para várias dioceses – tribunal interdiocesano, exigindo-se naturalmente

o acordo dos respectivos Bispos diocesanos (c. 1423).

Nos tribunais eclesiásticos assumem ainda relevo particular:

- Auditor (c. 1428). É designado pelo presidente do tribunal para realizar a instrução da causa. Pode ser clérigo ou leigo, mas deve distinguir-se pelos bons costumes, prudência e doutrina.

- Ponente ou Relator (c. 1429). É nomeado pelo presidente de entre os juízes do tribunal colegial para que, na reunião dos juízes, relate a causa e posteriormente redija por escrito a sentença.

- Promotor de justiça (cc. 1430 e 1431). Por ofício está obrigado a velar pelo bem público e por isso deve intervir nas causas contenciosas, a juízo do Bispo diocesano, em que possa estar implicado o bem público e nas causas penais.

- Defensor do vínculo (c. 1432). Por ofício está obrigado «a apresentar e expor tudo o que razoavelmente se puder aduzir contra a nulidade ou dissolução», nas causas em que se trate da nulidade da sagrada ordenação ou da nulidade ou dissolução do matrimónio.

A nomeação do Promotor de justiça e do Defensor do Vínculo é da competência do Bispo. Estes podem ser clérigos ou leigos, mas «de fama íntegra, doutores ou licenciados em direito canónico, e de comprovada prudência e zelo da justiça» (c. 1435).

- Notário (c. 1437). Deve intervir em qualquer processo e assinar, sob pena de nulidade, os actos que, somente assim, «fazem fé pública».

Em Portugal, temos treze tribunais diocesanos (Angra, Aveiro, Braga, Coimbra, Funchal, Guarda, Leiria -

Fátima, Lisboa, Portalegre - Castelo Branco, Porto, Setúbal, Viana do Castelo e Viseu) e dois tribunais interdiocesanos: um composto pelas dioceses de Évora, Beja e Algarve e o outro composto pelas dioceses de Bragança - Miranda, Lamego e Vila Real. A única diocese que ainda não constituiu tribunal é a de Santarém, sendo as causas remetidas para o Tribunal de Lisboa, por determinação do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica.

Todos estes tribunais julgam em primeira instância e apenas alguns deles julgam também em segunda instância (Braga, Évora, Lisboa e Porto). Normalmente, contra as decisões do tribunal do Bispo sufragâneo (primeira instância) apela-se para o tribunal do Metropolita (segunda instância) (c. 1438 §1), e nas causas decididas em primeira instância no tribunal do Metropolita apela-se para o tribunal que ele, com a aprovação da Sé Apostólica, tiver designado de modo estável (c. 1438 §2). A título de exemplo, o Tribunal Patriarcal de Lisboa é o tribunal de apelo, em segunda instância, para todas as dioceses da Província eclesiástica de Lisboa, e o tribunal de apelo de Lisboa é o de Évora.

2. Processo de declaração de nulidade matrimonial

A reforma do processo canónico para as causas de declaração de nulidade do matrimónio no Código de Direito Canónico foi feita há dois anos pelo Papa Francisco no Motu Proprio *Mitis iudex Dominus Iesus*, promulgado em 15 de Agosto de 2015 e que entrou em vigor a 8 de Dezembro desse mesmo ano. Esta reforma levou à abrogação dos cânones 1671 a 1691 do Código de Direito

Canónico de 1983, os quais foram substituídos por outros tantos. Foram também anexados vinte e um artigos com as Regras de procedimento ao tratar das causas de nulidade matrimonial.

São várias as alterações introduzidas nesta reforma, mas as mais relevantes são:

- Não necessidade de dupla sentença conforme, sendo agora executiva uma única sentença favorável à nulidade matrimonial, permanecendo sempre a possibilidade de apelação para um tribunal superior (I Critério fundamental; cc. 1679-1682);

- Introdução do processo mais breve diante do Bispo nos casos em que a acusada nulidade do matrimónio seja sustentada por argumentos particularmente evidentes (IV Critério fundamental; cc. 1683-1687).

Os capítulos que eventualmente podem ser alegados numa declaração de nulidade matrimonial não foram alterados com a nova reforma, mantêm-se e podem ser encontrados nos cânones 1095-1103. De facto, sendo o consentimento dos nubentes o que origina o matrimónio (c. 1057 §1), este tem de ser válido, pelo que, sob pena de nulidade, ele deve ser consciente, livre, verdadeiro e não condicionado.

Quanto aos capítulos mais invocados junto do Tribunal Patriarcal de Lisboa, verifica-se que um grande número tem a ver com as incapacidades configuradas no cânone 1095, a saber: os que sofrem de defeito grave de discricção do juízo acerca dos direitos e deveres essenciais do matrimónio, que se devem dar e receber mutuamente (nº 2), e os que por causas de natureza psíquica não podem assumir

as obrigações essenciais do matrimónio (nº 3).

No primeiro caso, considera-se a ausência da necessária: a) capacidade psicológica relativa ao matrimónio, a nível da inteligência prática e da vontade; b) maturidade proporcionada ao matrimónio, tendo presente que não se requer maturidade plena e perfeita; c) capacidade de discernimento e ponderação da decisão do matrimónio. As causas principais são: imaturidade afectiva e psicológica; anomalias psicosexuais; dependência excessiva paterna e/ou materna; falta de suficiente liberdade interna.

No segundo caso, tem de verificar-se a incapacidade real de assumir as obrigações essenciais do matrimónio (não apenas dificuldade nem incumprimento): bem dos cônjuges (ajuda mútua, partilha e diálogo, respeito, não humilhações nem violência física ou psicológica), bem da geração e educação da prole, bem da unidade e fidelidade conjugal, bem da indissolubilidade (cc. 1055 e 1056). As causas psíquicas mais frequentes são: transtornos de personalidade, psicoses, esquizofrenia, bipolaridades, homossexualidade e toxicoddependência.

Outro grupo de capítulos invocados tem a ver com as chamadas simulações parciais: exclusão das propriedades essenciais do matrimónio (indissolubilidade e bem da fidelidade – c. 1056) e elementos essenciais do matrimónio (bem dos cônjuges e bem da prole – c. 1055). Não pode haver discrepância entre a manifestação externa do consentimento e a vontade interna dos contraentes (c. 1101). Portanto, se algum dos nubentes exclui, ao casar, por

acto positivo de vontade, alguma das propriedades essenciais do matrimónio ou algum dos elementos essenciais do mesmo, contrai-o invalidamente.

Um outro capítulo que é também invocado, mas em menos casos, é o erro de uma das partes, dolosamente perpetrado pela outra para obter o consentimento matrimonial, acerca de uma qualidade que, por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal (c. 1098). Por exemplo, quando alguém esconde que é estéril ou tem alguma doença ou dependência grave com o propósito de casamento.

Existem ainda outros capítulos de nulidade que podem ser invocados: falta de suficiente uso de razão (c. 1095, 1º); erro acerca da pessoa (c. 1097 §1); erro acerca da qualidade da pessoa (c. 1097 §2); simulação total e exclusão da dignidade sacramental (1101 §2); consentimento condicionado (c. 1102); violência e medo (c. 1103).

No processo de declaração de nulidade matrimonial existem cinco fases distintas: 1ª – Fase introdutória; 2ª – Fase da instrução ou probatória; 3ª – Fase da discussão; 4ª – Fase da decisão; 5ª – Fase da execução.

Mas antes de iniciar qualquer processo, é necessário redigir o chamado Libelo em que se propõe o objecto da controvérsia e se solicita o ministério do juiz competente: formula-se o pedido de declaração da nulidade; propõe-se a razão do pedido ou o capítulo ou os capítulos de nulidade pelos quais o matrimónio é impugnado; e indica-se pelo menos sumariamente sobre que factos e sobre que meios de prova o autor se

fundamenta para demonstrar o que se afirma (cc. 1502 e 1504). Esta redacção pode ser feita com o auxílio de um Advogado com formação canónica ou no Serviço jurídico-pastoral criado para o efeito (cf. Artigos 1-6; Subsídio, 13-15). Temos nas instalações do Tribunal de Lisboa um Serviço de Acolhimento que atende e esclarece os fiéis e os ajuda a elaborar o Libelo e a fundamentá-lo.

Os cônjuges é que são hábeis para impugnar o matrimónio que celebraram, podendo o Libelo ser apresentado apenas por um ou pelos dois conjuntamente (c. 1674 §1, 1º). Também o é o Promotor da justiça em algumas circunstâncias (c. 1674 §1, 2º).

O Libelo tem de ser necessariamente apresentado ao juiz competente. Assim, nas causas de nulidade do matrimónio que não estejam reservadas à Sé Apostólica, ou não sejam por ela avocadas, são competentes em primeiro grau de jurisdição:

1º o tribunal do lugar onde se celebrou o matrimónio (*ex contractu*);

2º o tribunal do lugar em que uma ou ambas as partes têm domicílio ou quase-domicílio (*ex domicilio*);

3º o tribunal do lugar em que de facto se hão-de recolher a maior parte das provas (c. 1672).

O Vigário judicial, após receber o Libelo, só pode admiti-lo se tiver a certeza que o matrimónio está irremediavelmente perdido, de modo que seja impossível restabelecer a convivência conjugal (c. 1675), e que o mesmo goza de algum fundamento (c. 1671 §1). No Decreto de

admissão do Libelo, o Vigário judicial deve ainda nomear o Defensor do vínculo e ordenar que uma cópia do Libelo lhe seja notificada e outra à parte Demandada, se ela não assinou o Libelo, dando-lhe o prazo de quinze dias para exprimir a sua posição relativamente à petição (c. 1676 §1).

Transcorrido o mencionado prazo e ouvido o Defensor do vínculo, o Vigário judicial por decreto próprio: 1º determina a fórmula da dúvida que estabelece por que capítulo ou capítulos é impugnada a validade do matrimónio; 2º decide se a causa deve ser tratada com o processo ordinário ou o processo mais breve; 3º constitui o colégio dos juízes para o processo ordinário ou nomeia o instrutor e o assessor para o processo mais breve (c. 1676 §§ 2-5). Este decreto deve ser notificado às Partes e ao Defensor do vínculo.

Aqui termina a fase introdutória, iniciando-se de seguida a instrução da causa. Esta é conduzida pelo juiz instrutor que ouve as Partes e as testemunhas apresentadas por elas, e, se necessário, juntando alguns documentos relevantes ou relatórios periciais. Terminada esta fase, procede-se à publicação dos autos de modo a serem consultados pelas Partes e, se não for requerida qualquer diligência e considerando-se a causa suficientemente instruída, decreta-se a conclusão da instrução.

Passa-se então à fase da discussão. Se desejarem, as Partes ou os seus Advogados podem apresentar Alegações. O Defensor do vínculo tem de elaborar as Advertências em que apresenta os argumentos a favor da validade do

matrimónio. E só depois é que o colectivo de juízes estuda os autos e, tendo presente as observações referidas, decide em conformidade com a certeza moral a que chegou. O juiz relator redigirá a sentença que é de seguida enviada às Partes e ao Defensor do Vínculo.

Se alguma das Partes ou o Defensor do vínculo não concordar com a sentença pode apelar para o tribunal superior (c. 1680 §1), no prazo peremptório de quinze dias úteis contados desde que teve conhecimento da publicação da sentença (c. 1630 §1). Se este novo tribunal colegial concluir que a apelação resulta manifestamente dilatória, confirme com decreto próprio a sentença de primeira instância (c. 1680 §2), ou se a apelação for admitida, deve proceder da mesma maneira como na primeira instância, com as devidas adaptações (c. 1680 §3).

A sentença que em primeiro lugar declarou a nulidade do matrimónio, expirado o prazo para a apelação, torna-se executiva (c. 1679). Após os respectivos averbamentos no livro dos matrimónios e dos baptismos, as Partes cujo matrimónio foi declarado nulo podem contrair novas núpcias, a não ser que seja aposta à sentença algum *vetitum* (c. 1682).

No entanto, está prevista a possibilidade de poder recorrer-se de uma sentença executiva ao tribunal de terceiro grau, em qualquer momento, para «*nova proposição da causa nos termos do cân. 1644, aduzindo-se novas e ponderosas provas ou argumentos dentro do prazo peremptório de trinta dias a partir da apresentação da impugnação*» (c. 1681).

De acrescentar, que o Estado Português reconhece os efeitos civis das decisões de declaração de nulidade do matrimónio canónico, como é estabelecido no artigo 16 da Concordata celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa, no dia 18 de Maio de 2004 (actualização da anterior, datada de 7 de Maio de 1940):

«1. As decisões relativas à nulidade e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado pelas autoridades eclesiais competentes, verificadas pelo órgão eclesial de controlo superior (Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica), produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação, nos termos do direito português, pelo competente tribunal do Estado (Tribunal da Relação)».

Os requisitos de verificação destas decisões são indicados no nº 2 deste mesmo artigo: *«a) Se são autênticas; b) Se dimanam do tribunal competente; c) Se foram respeitados os princípios do contraditório e da igualdade; e d) Se nos resultados não ofendem os princípios da ordem pública internacional do Estado Português».*

3. Processo mais breve diante do Bispo

Uma das grandes novidades da Reforma do Papa Francisco é a introdução no ordenamento canónico do chamado “processo mais breve”, «apenas nos casos em que a acusada nulidade do matrimónio seja sustentada por argumentos particularmente evidentes, garantindo assim que o processo seja mais ágil», como se indica no IV critério fundamental. E no critério anterior sublinha-se a centralidade do Bispo no serviço da justiça, pois o próprio Bispo é juiz na sua Igreja, «podendo exercer o poder judicial por si mesmo e não

deixando a função judiciária em matéria matrimonial completamente delegada aos Tribunais». Assim, é ao Bispo diocesano que compete julgar as causas de nulidade do matrimónio como processo mais breve.

O Papa Francisco no preâmbulo desta Carta Apostólica tinha já salientado as razões desta reforma que justificam a introdução do processo mais breve, tendo particularmente presente a realidade concreta de muitos fiéis na Igreja – que voltaram a casar civilmente após um primeiro casamento canónico fracassado, e o pedido de alguns membros do episcopado que imploravam processos mais rápidos e acessíveis.

Deste modo, o Papa decide dar disposições que favoreçam a celeridade dos processos, chama-lhe «justa simplificação», mas salvaguardando que não se trata de favorecer a nulidade dos matrimónios, nem colocar em risco o princípio da indissolubilidade.

Além disso, o Papa decide manter a prática de as causas de nulidade matrimonial serem tratadas por via judicial, e assim o agora processo mais breve, porque, segundo ele, «o exige a necessidade de tutelar ao máximo a verdade do sagrado vínculo». É necessário sempre chegar à certeza moral, «baseada nos actos e nas provas recolhidas», para declarar a nulidade de qualquer matrimónio independentemente do tipo de processo que se trate (cf. TRIBUNAL DA ROTA ROMANA, Subsídio para a aplicação do *Motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus*, 12).

Os novos cânones sobre as causas para a declaração de nulidade do matrimónio

estabelecem no artigo 5 um conjunto de normas a ter presente no processo matrimonial mais breve diante do Bispo (cc. 1683-1687).

No primeiro cânone deste artigo indicam-se as condições imprescindíveis para este se poder realizar:

1º a petição tem de ser «proposta por ambos os cônjuges ou por um deles, com o consentimento do outro»;

2º e haja «circunstâncias de factos e de pessoas, apoiadas por testemunhos ou documentos, que não exijam uma mais acurada discussão ou investigação e tornem evidente a nulidade» (c. 1683).

E no cânone seguinte explicita-se que o libelo, além do que normalmente deve conter (c. 1504), deve ainda:

«1º expor de maneira breve, integral e clara os factos em que se baseia a petição»;

2º indicar as provas que possam ser imediatamente recolhidas pelo juiz;

3º exhibir, em anexo, os documentos em que se baseia a petição» (c. 1684).

A verificação da existência destas condições é da responsabilidade do Vigário judicial que, de acordo com o cânone 1676 §2, no decreto em que determina a fórmula da dúvida, decide se a causa deve ser tratada com o processo ordinário ou o processo mais breve.

É nesta fase que se levantam algumas dificuldades. Partilho as que eu próprio

tenho sentido no Tribunal Patriarcal de Lisboa.

A maioria dos libelos é proposta apenas por uma das Partes. Não obstante os esforços em conseguir que ambos os cônjuges participem na elaboração da petição, são raros os casos em que isso se consegue. Geralmente a parte que contacta o Serviço de Acolhimento do Tribunal não quer contactar o outro cônjuge ou não se mostra muito confortável em envolvê-lo, e em muitos casos há razões plausíveis.

Há também uma percentagem significativa de Demandados que não se pronuncia em relação à petição apresentada pela parte Autora, apesar de a terem recebido nos termos do Direito. E não sabendo qual a sua posição e disponibilidade em colaborar futuramente, não há outro caminho senão o processo ordinário.

Relativamente aos Demandados que se pronunciam, muitos deles não subscrevem a petição da parte Autora, nem concordam com a declaração de nulidade e apresentam inclusivamente argumentos nesse sentido. Outros subscrevem a petição do cônjuge no geral e até concordam com a declaração de nulidade, mas não na totalidade do que é descrito e sobretudo como é descrito, fazendo rectificações e acrescentando por vezes novos factos. Em qualquer dos casos indicados, não é viável o processo mais breve.

Existem também alguns Demandados que subscrevem a petição da parte Autora, mas de forma muito sumária e muitas vezes sem clarificarem se têm intenção de colaborar no processo. Aqui

há a considerar se este consentimento é suficiente e sobretudo avaliar se do libelo se deduzem as circunstâncias dos factos e de pessoas previstas no cânone 1683, nº 2. A complexidade dos casos e as dificuldades de apuramento de prova levam à prudência e numa situação de dúvida é preferível optar pelo processo ordinário.

Portanto, o número de processos mais breves no Tribunal de Lisboa tem sido muito reduzido. Entre cerca de duas centenas de libelos apresentados, apenas alguns reúnem as condições referidas: em 2016, houve 4 processos breves; em 2017, houve também 4 processos breves; e em 2018, temos já 4 processos breves, um já instruído e três em instrução.

No mesmo decreto em que foi determinada a fórmula da dúvida, o Vigário judicial nomeia o instrutor (pode designar-se a si próprio – Artigo 16) e o assessor, e cita para a sessão as Partes e as testemunhas, «não para além de trinta dias» (c. 1685). Se possível, o instrutor deve recolher as provas numa única sessão, por meio de uma redacção sumária e por escrito «somente naquilo que se refere à substância do matrimónio controverso» (Artigo 18 §2), e fixar o prazo de quinze dias para o Defensor do Vínculo apresentar as suas observações e para as Partes, se desejarem, apresentarem alegações (c. 1686).

Os autos são depois entregues ao Bispo para os estudar e decidir, depois de consultar também o instrutor e o assessor, podendo agir de duas maneiras:

- a) «Se chegar à certeza moral sobre a nulidade do matrimónio emane a sentença»;

- b) «Caso contrário, envie a causa para o processo ordinário» (c. 1687 §1).

A sentença deve ser assinada pessoalmente pelo Bispo, mas pode eventualmente ser redigida pelo assessor ou pelo próprio instrutor (cf. Subsídio, 33). O texto integral da sentença deve expor «de forma breve e acuradamente os motivos da decisão» e ser notificado o mais rapidamente possível às Partes, no prazo de um mês a partir do dia da decisão (c. 1687 §2 e Artigo 20 §2). E contra a sentença do Bispo, dá-se apelação ao Metropolitano ou à Rota Romana (c. 1687 §3).

Os prazos previstos nas normas acerca dos processos mais breves diante do Bispo têm sido razoavelmente cumpridos. Temos tido, no entanto, algum cuidado, antes de avançar com um processo mais breve, de nos certificar junto de ambas as Partes se estão de facto disponíveis para prestar depoimento na data definida e da necessidade de as testemunhas também comparecerem nesse dia. E isto para não comprometer a celeridade que se pretende no processo mais breve e, se for o caso, optar para que decorra como processo ordinário.

4. Tribunal Patriarcal de Lisboa

Como já referido, o Bispo diocesano é o juiz de primeira instância na sua diocese e pode exercer nela o poder judicial por si mesmo ou por meio de outros (c. 1419). O Tribunal Patriarcal de Lisboa é competente para todos os fiéis que residem na área geográfica do Patriarcado de Lisboa (Os limites não coincidem com o distrito de Lisboa, estendem-se mais a norte: concelhos de Caldas da Rainha, Alcobça e Nazaré) e também para a

Diocese de Santarém, atendendo a que esta ainda não tem tribunal constituído (até ao ano passado incluía-se também a Diocese de Setúbal, mas desde aí foi constituído um Tribunal próprio).

Temos de ter ainda em conta que o Tribunal Patriarcal também julga as causas em Segunda Instância provenientes das Dioceses do centro, sul e ilhas: Guarda, Leiria – Fátima; Portalegre – Castelo-Branco, Évora, Setúbal, Beja, Algarve, Funchal e Angra.

Quanto aos membros, o Tribunal Patriarcal de Lisboa é composto por doze juizes (nove clérigos e três leigos, dois homens e uma mulher); uma Auditora (leiga); um Promotor de Justiça (clérigo); quatro Defensores do Vínculo (dois clérigos e dois leigos); dois Notários (leigos) e duas administrativas (leigas). De salientar que os Juizes e os Defensores do Vínculo não estão a tempo inteiro no Tribunal, têm outras missões canónicas ou ocupações profissionais. E muitos deles colaboram gratuitamente.

Nestes últimos anos tem havido um aumento do volume de trabalho no Tribunal, mas também tem havido um grande esforço em responder a todos os pedidos que nos são dirigidos, resultado do empenho pessoal e colectivo por parte de todos os intervenientes.

Até ao ano de 2008 eram introduzidas em média 20 causas por ano, mas a partir de 2009 este número cresceu exponencialmente: 2009 – 69 causas; 2010 – 87 causas; 2011 – 55 causas; 2012 – 75 causas; 2013 – 53 causas; 2014 – 66 causas; 2015 – 69 causas; 2016 – 90 causas; 2017 – 104 causas.

Mas temos de ter presente que estas causas são só as que dão entrada, pois os pedidos de informação são superiores e nestes últimos anos já ultrapassam a centena e meia cada ano.

A este nível gostaria de sublinhar que o Tribunal Patriarcal de Lisboa dispõe de um Serviço de Acolhimento, já há alguns anos, para atendimento e esclarecimento na fase preliminar, onde, além de toda a ajuda especializada que se dá, se faz uma primeira “triagem”.

Este grupo de colaboradores competentes constitui a necessária presença que o Papa Francisco refere no discurso aos membros do Tribunal da Rota Romana, os quais têm como função “prestar conselho solícito sobre a possibilidade de introduzir uma causa de nulidade matrimonial”. Eles são uma espécie de “patronos estáveis” que “favorecem um acesso real de todos os fiéis à justiça da Igreja”, designadamente aqueles que não têm possibilidades financeiras de constituir um advogado-procurador.

As sentenças proferidas também têm aumentado desde 2010, correspondendo, como já se disse, a um grande esforço de todos os membros do Tribunal em dar resposta aos pedidos, após um processo judicial exigente e moroso de produção de prova. Assim: 2010 – 58 sentenças; 2011 – 79 sentenças; 2012 – 46 sentenças; 2013 – 61 sentenças; 2014 – 56 sentenças; 2015 – 51 sentenças; 2016 – 73 sentenças; 2017 – 60 sentenças.

E em relação à situação atual do expediente do Tribunal: quase todas as causas que foram introduzidas em 2017 estão em fase de instrução, sendo que

algumas ainda não estão por falta de resposta de alguma das Partes e as que foram introduzidas no mês de Dezembro só agora foi feito o primeiro contacto em ordem a prosseguirem. Portanto, o tempo que decorre entre a entrada da causa e o seu começo é bastante mais reduzido que nos anos precedentes, apenas alguns meses.

Outro aspeto que queria frisar é o que diz respeito às custas judiciais. O Papa Francisco tem recomendado que possa ser assegurada a gratuidade dos processos, mas tanto quanto possível e obviamente «sem prejuízo da justa e digna retribuição dos operadores dos tribunais» (cf. Critério VI da Reforma). Apesar de este desejo ser louvável, tem de se ter em atenção a situação concreta de cada Igreja particular. O valor que se pede actualmente no Tribunal Patriarcal de Lisboa não é excessivo e tem sempre presente a situação económica das Partes e quando necessário é concedido patrocínio gratuito ou redução de custas, após comprovativo da situação financeira.

O ato de julgar no século XXI ou a trilogia acusação, defesa, resultado, no mundo dos megaprocessos

Rogério Alves

Advogado e Bastonário da Ordem dos Advogados Portugueses (2005-2007)

O ATO DE JULGAR NO SÉCULO XXI

O tempo vai passando. Já estamos bem dentro do século XXI. Para quem, como eu, nasceu no século XX, no miolo desse século, diga-se de passagem, este salto no tempo nada tem de despiciendo ou de irrelevante. Nem toda a gente atravessa dois séculos numa mesma vida, logrando uma distribuição que, em acréscimo, se prevê equitativa, isto é, bem distribuída pelos dois hemisférios de tempo, se não falharem muito as notícias que dão perspectivas sobre a esperança de vida. Cada unidade secular comporta traços próprios de evolução, de mudança e de progresso, que são por todos (e todas) desejados. Traços marcantes, que não são para se esgotarem num simbolismo de cunho literário ou numa fé mais ou menos transcendente, celebrada com o

habitual par de champanhe e passas que se consomem à meia-noite, mas para se concretizarem em coisas desejavelmente boas, projetadas, de forma benfazeja, sobre a vida das pessoas e dos países. A humanidade chegou aqui por caminhos pedregosos e não raras vezes turbulentos. Pretende-se que continue a sua peregrinação, optando sempre pelo sentido que, precisamente, dê mais sentido a essa caminhada. Estamos muito longe da perfeição. Continuamos a errar, mas, em, mesmo com dúvidas e falhas, necessitamos de continuar a julgar. É verdade que hoje se julga de outras formas, adotando utensílios mais modernos e técnicas mais desenvolvidas. Porém o ato de julgar continua a ser, mais coisa menos coisa, aquilo que sempre foi: tentar reconstituir o que se passou, visando a resposta para quatro questões capitais: o que é que aconteceu; como é que aconteceu; porque é que aconteceu; quem é que fez acontecer. Uma vez

desvendado este básico *Quiz*, estaremos em condições de aplicar o direito. Um *Quiz* que não raro se transforma num quebra-cabeças. Mas mesmo quando assim é não dispensa o julgamento. Não há condições para adotar o comando bíblico do *não julgueis, para que não sejais julgados*²⁵. Ao invés: *o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio*.²⁶ Presume-se que, por harmonia interpretativa e imposição constitucional²⁷, o tribunal também não pode eximir-se à sua insubstituível e imprescindível missão, alegando o excesso de matéria e a profusão da questão sob escrutínio. Dito de forma mais comezinha e para o que aqui releva, os chamados megaprocessos também têm de ser analisados, escrutinados e decididos, por mais que a disforme monumentalidade das suas dimensões torne essa tarefa vizinha do inviável e, por ser assim, uma atividade de alto risco e mais vulnerável ao erro.

NO MUNDO DOS MEGAPROCESSOS.

Mas afinal o que é um megaprocessos? Quando se me colocam questões semânticas, recordo sempre, com

saudade, a minha professora da (assim chamada à data) instrução primária. Alertava então, certa, para o facto comezinho de o definido nunca poder fazer parte da definição. Cumprirei com gosto essa regra. Digo às vezes, mais em jeito de brincadeira, que um megaprocessos se assemelha ao amor, que, de acordo com o que dele se diz com várias cambiantes, vive-se, mas não se define. Porém, ao contrário do amor, os megaprocessos são realidades corpóreas. Na sua forma final têm muito peso, ocupam muito espaço e, por isso, não só dão muito trabalho, como projetam danos colaterais em várias direções. Já lá irei com mais detalhe. Por ora interessa-me reter algumas ideias vestibulares. Começando por notar que não existe uma definição legal de megaprocessos. Esta recente espécie judiciária não se mede em metros, não se pesa em quilos, nem se afere em Terabytes. Trata-se, genericamente, de um processo grande, gigante mesmo, quando comparado com o paradigma tradicional de autos para o qual as leis estão pensadas e as estruturas foram formatadas. Curiosamente os megaprocessos não aparecem, apenas, no habitat penal e processual penal. Basta pensarmos nos bojudos casos que existem noutras áreas. Pensemos, por exemplo, na insolvência de um grande grupo empresarial, envolvendo muitos

²⁵ Mateus 7, 1; Lucas 6, 37.

²⁶ Artigo 8, n.º 1, do Código Civil.

²⁷ Artigos 201, n.º 1 da CRP.

trabalhadores, credores e terceiros. Também estes poderiam chamar-se assim, fosse pela sua dimensão, fosse pelo espaço que ocupam, pelas montanhas de papel que colecionam e pelo tempo que demoram no respetiva tramitação. Haveria muitos outros exemplos disponíveis. Ocorre, todavia, que ao falarmos de megaprocessos, vem-nos à memória, inevitavelmente, a realidade penal. Os processos criminais são aqueles que mais atraem a atenção mediática e, a reboque desta, mais mobilizam o interesse dos cidadãos. O crime e o castigo polarizam a curiosidade geral, ao mesmo tempo que despertam sentimentos fortes e entusiásticos. A caminhada da investigação, que desaguará num processo, une o decantado interesse público com aquele toque de voyeurismo que, alegadamente, afeta em maior ou menor dose todos os seres humanos, por nos estar na massa do sangue. O processo criminal é o fenómeno o que nos conduz mais perto de um Big Brother oficial e autorizado. Por isso se estabeleceu alguma sinonímia entre o megaprocessos e o megaprocessos penal. Só a estes me referirei doravante como objeto de análise. Faço-o a partir da minha experiência como advogado, já com mais de 30 anos, partilhando convosco realidades e preocupações, que, a meu ver, devem estar na linha da frente

do debate cívico em função da sua manifesta e inegável acuidade.

PATOLOGIAS PRÓPRIAS DOS MEGAPROCESSOS.

Se falo em patologias e não em características, perceberão, desde logo, que, em minha opinião, os megaprocessos são uma coisa indesejável, conquanto, por vezes, inevitável. Já anotei que o substantivo não tem uma definição legal específica. Sendo a sua geometria é variável à vista de um reconhecemo-lo de imediato. Encontram-se, habitualmente, espalhados por várias dezenas (às vezes centenas) de dossiês; ocupam muito espaço em prateleiras das secretarias; à parafernália de folhas arquivadas, a que chamamos volumes, juntam-se subespécies de apensos, anexos, uns ainda fiéis ao tradicional formato em papel, outros já hospedados em suportes informáticos. São processos difíceis de consultar, difíceis de movimentar e quase insuscetíveis de serem conhecidos de fio-a-pavio. A lei não os autonomiza como tais, mas, ainda assim, toma algumas precauções para aqueles que elege como sendo processos de especial complexidade. Esta especial complexidade é declarada pelo juiz, com fundamento, nomeadamente, no número de arguidos ou de ofendidos, ou no

caráter altamente organizado do crime.²⁸ Vale um critério subjetivo e casuístico. A declaração de especial complexidade está quase sempre presente nos megaprocessos. Mais tarde ou mais cedo acaba por ser declarada. Não se trata de uma sinalização inócua. Diz-se na física que o calor dilata os corpos. Na lei a especial complexidade dilata os prazos, nomeadamente: para apresentar a contestação ao pedido de indemnização civil; para requerer a abertura da instrução; para contestar a acusação e juntar o rol de testemunhas; para interpor recurso.²⁹ Mas não só. A complexidade também afeta a duração do inquérito³⁰, a tramitação e o tempo das perícias³¹, o prazo de duração da prisão preventiva³² e da prolação da decisão instrutória³³, o funcionamento do tribunal coletivo³⁴, a extensão das alegações orais³⁵, a marcação da leitura da sentença em processo comum³⁶ e o reenvio do processo³⁷. Antecipe-se, desde já, que este alargamento de prazos e outros retoques

²⁸ O artigo 215 do CPP nos seus números consagra estes critérios, recorta o acervo de crimes a que se poderão aplicar e estabelece o modo de atribuir ao processo essa qualificação.

²⁹ Cfr. o artigo 107, n.º 6, do CPP e as normas do mesmo diploma para as quais remete.

³⁰ Cfr. artigo 276, n.ºs 2, al b) e 3 al. b) do CPP.

³¹ Cfr. artigos 152, n.º 2 e 157, n.º 3 do CPP.

³² Cfr. artigo 215 do CPP.

³³ Cfr. artigo 307, n.º 3 do CPP.

³⁴ Cfr. artigo 314, n.º 3 do CPP.

³⁵ Cfr. artigo 360, n.º 3 e 423, n.º 3 ambos do CPP.

³⁶ Cfr. artigo 373, n.º 1 do CPP

³⁷ Cfr. artigo 390, n.º 1, al c) do CPP

avulsos na marcha processual, não resolvem os problemas que se suscitam no tratamento dos megaprocessos. Tentarei explicar porquê.

NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DOS MEGAPROCESSOS

Regra geral aquilo que se designa por megaprocessos está associado a uma realidade complexa de base, na qual a investigação de centra e concentra. A talhe de foice noto que, no que ao direito penal diz respeito, a gravidade nem sempre se gemina com a complexidade. Há factos muitíssimo graves no plano penal, por exemplo o um homicídio na forma dolosa, que podem não dar origem a procedimentos extensos e demorados. A gravidade nem sempre acarreta complexidade. Muitas vezes, mesmo em crimes repugnantes, o objeto de análise está circunscrito, isolado e definido mediante contornos precisos e pouco suscetíveis de alargamento. Mas já não é assim nos megaprocessos. Aqui, com ou sem gravidade associada, o perímetro a considerar é significativo. Pensemos em casos como os do BPN, do BES ou da Operação Marquês. Num mesmo processo milhares de eventos são a ser passados a pente fino e muitas pessoas são envolvidas como suspeitos, arguidos, testemunhas, peritos, lesados,

assistentes e o mais que possamos imaginar. Existe como que um congestionamento permanente de pessoas e eventos que merecem dilucidação. Por isso a documentação se acumula, agregando um pouco de tudo: contratos, correspondência, extratos bancários, atas, depoimentos, transcrições de interceções telefônicas, elementos apreendidos em buscas e outros vindos de múltiplas fontes abastecedoras. Quem conhece a realidade sabe que assim é. Todo isto se junta ao habitual expediente, feito de vistas, conclusões, notificações, convocatórias, rogatórias e similares. À medida que o tempo passa e a investigação assume novos trilhos de suspeitas, a acumulação multiplica-se e reproduz-se. Torna-se muito difícil estabelecer fronteiras para dentro delas se estancar o crescimento dos autos, na medida em que factos novos nascem, tipo cascata, da investigação de factos antigos. Tal como na matemática às vezes parece tender-se para o infinito. Quando o Ministério Público encerra o inquérito, acusando, já a tal realidade corpórea se ganhou uma enorme vastidão. Só que o crescimento não parará por aí. Nas etapas seguintes que são a instrução, o julgamento e o recurso, virão mais componentes, provindos quer da defesa, quer da acusação, quer de terceiros instados e compelidos para o efeito. Vai

engrossando ainda mais o que já se apresenta como à partida disforme e intratável. Como correlato habitual destas múltiplas vertentes estão os intervenientes, os personagens do assunto, que são, em regra, os arguidos e os assistentes, mas a quem se junta toda uma outra parafernália de gente nas mais diversas qualidades processuais a que já aludi. A todos, sem exceção, esta espécie que agora analiso causa problemas, que variam com a intensidade o envolvimento respetivo. Permitam-me, porém, que me coloque na perspectiva da defesa, que surge neste novo mapa do mundo processual erigida a bode expiatória e vítima a imolar. Não será a única vítima, sobretudo quando haja pessoas ofendidas nos seus direitos patrimoniais e/ou morais., Mas é, seguramente e passe a tautologia, a vítima mais vitimada pelos megaprocessos. Tentarei explicar porquê. Mas antes gostaria de enfatizar uma oportuna advertência. São funções do Estado as de prevenir e reprimir a criminalidade, sobretudo aquela que é mais danosa e daninha para os interesses legalmente protegidos, sejam eles a vida, a integridade pessoal, a honra, segurança e o património. Às autoridades devem ser concedidos meios asados para o cumprimento dessas missões. Uma investigação rápida, certa, efetuada com base em provas sólidas e tão

irrefutáveis quanto possível para um juízo humano, permite proteger os cidadãos, separar o trigo do joio, absolvendo e castigando, consoante o que se afigure de lei, considerada e aplicada na sua globalidade de normas e princípios. Todos ficamos mais seguros e a sociedade ficará ela própria conformada enquanto tal, se confiarmos em que a justiça se esforça por acertar em todos e em cada um dos casos que aprecia e que, para tanto é servida por uma investigação sofisticada e dotada de capacidades para o desempenho das suas metas. Mas se é de saudar a capacitação dos órgãos de prevenção, investigação e julgamento, feita a bem de todos, devemos, igualmente e com a mesma energia, garantir a integridade dos direitos de defesa, enquanto condição *sine qua non* para garantir a igualdade de armas e, em simultâneo, penhor intangível pelo respeito efetivo do estado dos direitos no nosso Estado de Direito. A legítima aspiração dos povos à segurança, não pode deixar de ser acompanhada pela permanente observância desses direitos de defesa, que são, talqualmente, um direito de cada um de nós, individualmente considerados e da comunidade no seu todo. Lamentavelmente os direitos humanos não estão na moda. Verifica-se, quanto a eles, ainda há pouco tempo o escrevi, um

autêntico movimento de regressão. São tratados como um luxo dispensável em momentos de crise, vistos como concebidos para entorpecer a marcha da justiça e impedir uma caminhada ágil até à desejada condenação. Compete aos cultores da justiça e do direito oporem-se a esta tão perigoso quanto famosa deriva securitária, fazendo-o sem medo de afrontar a moda e com a legitimidade de quem carrega, nos institutos tradicionais que fazem as prerrogativas de defesa, a tradição dos que se bateram e ainda hoje se batem pela liberdade, pela igualdade e pela democracia.

PROBLEMAS PRÓPRIOS DOS MEGAPROCESSOS: A ANGÚSTIA DA DEFESA EM TEMPOS DE DESPREZO PELOS RESPETIVOS DIREITOS.

Numa intervenção com as características da que vos dirijo, não cabe a pretensão de dizer tudo o que haveria a dizer, fazendo uma espécie de teoria geral dos megaprocessos, analisados nos seus mais tradicionais epicentros e respetivas réplicas. Opto por vos deixar uma sequência de tópicos, visitados de forma sumária sem deixar de ser também assim o espero, sumarenta. Concebo-os com um punhado de pontos de observação, a qual, interseteda nos seus vários ângulos,

fornecerá uma visão sugestiva do fenómeno.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Começo pela filha bastarda da atmosfera judicial: a presunção de inocência.³⁸ Trata-se de uma figura incompreendida no conspecto da mentalidade reinante, onde tem o estatuto de proscrita. Tolerase como uma coisa algo museológica, que, quanto muito, se admite para enfeitar textos legais programáticos e embelezar discursos, mediante o uso e abuso do advérbio alegadamente. Mas já não a queremos como estrela de Belém, capaz de nos conduzir a bom porto. Em boa verdade já só vive na lei fundamental. A Constituição determina: *todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.*³⁹ Mas a *vox populi* diz outra coisa muito diferente, consagrando, nos alicerces da sua análise preliminar, uma verdadeira presunção de culpabilidade. Logo que assoma a notícia de um crime e, na galeria de suspeitos, desabrocham os primeiros laivos de nomes, eis que se cria, imparável e irreprimível, uma sensação generalizada de culpa, que os embrulha e os serve à cidade e ao mundo. Todos o sabemos. Muito antes de qualquer julgamento, muito antes, sequer, de haver acusação, já

a condenação se incrustou nas nossas convicções, nas nossas expectativas e nos nossos desejos. A culpa não pode morrer solteira, os prevaricadores devem ser condenados. Isto e coisas quejandas se proclamam como verdades absolutas. Tudo de forma bem precoce, quando, bastas vezes, nem sequer acusação ainda existe. E se é assim nos pequenos e médios processos, passe a expressão, mais assim será nos megaprocessos. Associamos os megaprocessos e uma maior quantidade, danosidade e sofisticação dos crimes e dos criminosos. O aparato da mobilização dos meios terá de ter correspondência em condenações a condizer. Porém, recorro, tudo isto é assim, antes, por um lado, de haver acusação (poderá até não haver), mas, amiúde, até antes de sabermos, sequer, o que se passa. Desconhecemos as respostas à tal pequena equação sobre quem fez, se fez, como fez e porque fez. O nosso tique condenatório é lesto como Lucky Luke, célebre por ser mais rápido do que a sua própria sombra. A assunção de culpa, que se propaga sem controlo, assenta em premissas teóricas fraquitas, do tipo de que não há fumo sem fogo, de que a classe A ou B é corrupta, de que a impunidade campeia e o mais que bem conhecem deste jaez. Em tese até isso poderá ser verdade. Raramente haverá fumo sem fogo e poderão existir classes

³⁸ Prevista no artigo 32, n.º 1, da CRP.

³⁹ Loc. cit.

ou profissões mais conhecidas pela sua venalidade. Mas há outros valores mais altos que nem sempre se levantam.⁴⁰ Nomeadamente este: até que se apurem os factos num ambiente de efetivo contraditório, todas as conclusões são precipitadas e, com frequência, erradas. Nunca olvidemos que o tribunal não julga generalidades: julga pessoas. Pessoas concretas que, fizeram (ou não) coisas concretas. Pessoas que têm família, têm direitos e têm expetativas, provindas de viverem num Estado de Direito que lhe viabiliza a defesa. Pessoas que poderão estar inocentes e que merecem ser inocentadas. Outras que poderão ser culpadas mas que, nesse caso, devem ver medida, com rigor, a sua culpa, para serem castigadas em conformidade. Impõe-se que aceitemos a letra e o espírito da nossa lei fundamental e ajamos respeitando o que ela determina. Por muito desejarmos a culpa alheia, não devemos adivinhá-la, antecipá-la, adotá-la e querer impô-la, transformando o julgamento que virá numa espécie de ritual de confirmação. Julgar é uma função essencial. Tem a mesma dignidade quando conclui pela absolvição, como quando conclui pela condenação. É essencial que, enquanto o tribunal não decidir, sem apelo nem agravo, com o tal trânsito em julgado, as pessoas visadas

⁴⁰ Contrariando a previsão de Camões nos Lusíadas (Canto Primeiro 3).

não percam, de forma precoce, a honra, a dignidade, o bom nome e, muitas vezes, o emprego e a possibilidade de proverem à sua própria subsistência. A presunção de inocência é isto: tratar as pessoas como titulares de direitos; não antecipar a culpa, para não condenar sem culpa. O Estado dispõe de um vasto arsenal de medidas de coação pessoal e patrimonial, que previnem o risco de a presunção de inocência causar, ela própria, entraves à investigação. Tratam-se das famosas medidas de coação, que constroem as pessoas afetadas, às vezes de forma muito violenta, mesmo antes de ser tomada uma decisão final pelo juiz do julgamento. Peço-vos que tenham em conta, o facto de que a grelha de direitos cujo exercício reclamamos como cidadãos de pleno direito, não se confundir com qualquer sintoma de impunidade, ao contrário do que, de formas mais ou menos dolosas, se pretende fazer crer. Seria bom que entendêssemos isto de uma vez por todas.

O SOFRIMENTO INTERCALAR:

Para o visado num megaprocessamento existem ónus adicionais que são gerados pelo tempo de espera. Se alguém anda a ser investigado durante dois, três, quatro, cinco ou mais anos, vê a sua vida afetada de forma mais ou menos dolorosa. No

limite mínimo – se não é arguido e não suporta medidas de coação – vive a incerteza do devir. Pensa no que lhe irá acontecer e na medida em que isso se projetará no seu futuro. Pior, contudo, é se sofrer na pele medidas restritivas da sua liberdade ou daquelas que incidem na esfera patrimonial. Umas e outras podem ser draconianas. Meses ou anos de privação da liberdade; meses ou anos com suspensão de operações a débito nas contas bancárias; meses ou anos com imóveis arrestados ou com bens apreendidos. Tudo isto a par com a devassa da vida privada, tornada inevitável pelas interceções telefónicas, o acesso ao correio eletrónico, que tudo ou quase escancara aos olhos de terceiros. Perguntar-se-á: mas poderia haver investigação sem estes meios? Poderiam, por exemplo, os produtos do crime ser recuperados, total ou parcialmente, sem o uso destas vias? Trata-se ou não de males necessários? Sejamos honestos: as respostas têm de ser positivas em grande medida. O que a lei permite, tem, em regra sentido. Digo-o sem prejuízo da existência de algumas aberrações, entre as quais merece particular destaque o instituto da perda alargada nos moldes em que está legislado.⁴¹ Mas é porque esses institutos preventivos de enorme capacidade destruidora têm a sua lógica,

⁴¹ Prevista na Lei 5/2002 de 10 de janeiro na redação da Lei 30/2017 de 30 de maio.

que, precisamente, só devem ser utilizados em casos que o justifiquem e que, para que se analise a justificação que os sustenta, se exerça, em regra, o sagrado contraditório. O contraditório que, não podendo, por vezes, ser contemporâneo às decisões, deverá surgir logo que possível, permitindo corrigir erros que hajam sido cometidos e, com isso, repor a normalidade. Os atos dos tribunais devem ser fundamentados e essa fundamentação deve ser sustentada e apreciada. Os megaprocessos esticam os prazos, por terem a tal especial complexidade. Por essa via se mantém pessoas em prisão durante anos, como se congelam bens, imobilizados, arrestados e retirados à disponibilidade dos seus titulares, antes, sequer, do julgamento. Por prolongarem a vigência destas medidas os megaprocessos são, também aqui, geradores de efeitos negativos. A lentidão é sempre nociva. Mas é-o ainda mais quando prolonga, excessivamente, situações prematuras de privação e ablação de direitos. O julgamento deve ocorrer num prazo razoável.⁴² A nossa Constituição dá guarida a este ditame e determina que se deverá ser *jugado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*.⁴³ Os megaprocessos não se afeiçoam a esta lógica. A sua velocidade é

⁴² Cfr. artigo 6 da CEDH.

⁴³ Cfr. artigo 32, n.º 2.

exasperante de lenta. Mais um motivo para não serem bem-vindos.

A PUBLICIDADE

Porque uma desgraça, para os visados, nunca vem só, aos gravames que acabei de sumariar acresce, por vezes, a publicidade do caso, que colora e salienta sempre os seus aspetos mais perversos e coloca na celeberrima praça pública a mais violenta versão do julgamento. Nestas praças nunca falta o pelourinho e, ao contrário do que acontece nas terras onde ainda existem estes monumentos emblemáticos, onde apenas são reminiscências históricas, naquelas ditas praças estão sempre ocupados e rodeados de algozes que gostam de chicotear. A este propósito peço que não me entendam mal. Sou um defensor entusiasta da liberdade de imprensa. Entendo que a comunicação social tem um papel precioso numa sociedade livre e aberta. Os media devem investigar e divulgar aquilo que tenha interesse público. Muitas vezes o tenho dito e escrito. As televisões, as rádios e os jornais podem e devem apostar no chamado jornalismo de investigação, suscitando perguntas, detetando anomalias e imparidades relevantes. O que ganha relevância reforçada quando os alvos são figuras de relevo na sociedade,

mas que se justifica em qualquer outro caso. Mas lá está: também neste tabuleiro as normas legais e deontológicas exigem que, quem está na mira da notícia, seja ouvido e tenha possibilidade de dar a sua versão, refutando e esclarecendo o que ache por bem refutar e esclarecer. E nós deveremos estar recetivos a ouvir. As investigações, criminais ou mediáticas, devem seguir os seus caminhos. Isso é saudável, necessário e positivo. O que deve ser proscrito é o juízo antecipatório de culpa. É que as aparências iludem. E vir a punir um inocente é sempre uma tragédia. Conhecemos casos de denúncias caluniosas e de provas fabricadas, que podem conduzir a condenações erradas e à destruição cívica e moral de pessoas inocentes. Destarte o mal não estará na publicidade dada ao caso, mas no prisma hostil com que, *a priori*, se olham os visados por indícios ainda nascentes e frágeis. O século XXI já se afastou cronologicamente do século das luzes e do iluminismo. Mas deverá manter-se próximo nos princípios e restaurá-los como hoje se mostra necessário.

A IMPRATICABILIDADE

Um megaprocesso é um mastodonte de facto recheado de direito. Sendo um mastodonte de facto é difícil de conhecer, de consultar e de manusear. A extensão

de prazos que permite nas diferentes fases, distribuída pelos já convocados artigos do CPP, não permite, ainda assim, nas mais das vezes, que a defesa atue de modo satisfatório. Quer-se que, digamos em 50 dias, se leiam milhares de páginas, se consultem, cotejem e analisem centenas ou milhares de documentos, se ouçam centenas de horas de escutas telefônicas, se analisem perícias complexas, tudo em vista de requerer a abertura da instrução ou de contestar a acusação. Confrontamo-nos com uma missão impossível. Como diria o Pedro Abrunhosa não dá. Recorro, por vezes, a uma metáfora comezinha, mas que julgo reveladora. Todos sabemos o que é um carro. Mais largo ou mais estreito, mais curto ou mais comprido, um carro é um carro. Troquemos o carro por um processo e a lei processual por uma garagem. As garagens, como os carros, também não são todas iguais. Mas baseiam-se nas dimensões esperadas de quem as ocupará. Imaginem-se, agora, a tentar estacionar veículos com 15 metros de comprimento e 10 de largura nos parques de estacionamento existentes. Os veículos não entrariam nos espaços; se entrassem, não caberiam nos lugares; manobriariam sempre com grandes dificuldades. Também os megaprocessos se encaixam mal na lei processual e a lei processual se acha acanhada para tratar os

megaprocessos. É como tentar vestir aos 40 anos o fato da primeira comunhão, feita quando se era criança. Este desfasamento potencia a apostasia dos direitos de defesa.

A APOSTASIA DOS DIREITOS

Nos megaprocessos desenvolve-se uma estirpe peculiar de alergia ao exercício dos direitos. Após anos e anos de recolha de prova e quando, finalmente, a coisa se encaminha, a ritmo penoso, para o julgamento, tudo aquilo que atrase a progressão é mal vindo. Mesmo que seja justo e devidamente escorado na lei. As arguições de nulidade, as irregularidades, a denúncia de provas infetadas, a tudo se mostra má cara e tudo se empacota numa embalagem de lixo tóxico com o rótulo universal de manobras dilatórias. A atividade da defesa é olhada como um fator de entorpecimento e não como um impulso auxiliar para a descoberta da verdade. Teme-se, nomeadamente, que possam ser comprometidas e desperdiçadas as diligências mestras que sustentam os indícios, as quais, se inutilizadas ou repetidas, fariam regredir o processo em tempo e em potencialidade acusatória. A possibilidade de, por razões ditas de ordem formal, se inutilizarem provas mal adquiridas, causa reações de revolta e insurgência. Parece haver quem

queira que a defesa se amestre e aceite ser figurante, qual elemento coreográfico, num processo ritualizado e com desfecho anunciado. E alguma jurisprudência tem pactuado com este estado de coisas, mantendo, até para além dos limites do admissível, atos inválidos ou respeitando, quando delas de interpõe recursos, decisões claramente mal fundamentadas ou mesmo não fundamentadas, portadoras de erros de facto e de direito. Serão sinais dos tempos, mas não são sinais reveladores da boa saúde dos tempos. Um dos sintomas mais consistentes desta Era consiste na destruição gradual dos recursos. Amiúde ouvirão dizer, que os recursos são uma das causas dos males da justiça e uma pecha no desenvolvimento da atividade dos tribunais. Já em tempos me debrucei sobre esta matéria num pequeno opúsculo que puliquei.⁴⁴ Deixo-vos somente com estas breves notas antes da necessária conclusão. Os recursos têm sido objeto de uma atividade de destruição sistemática, que se desenvolve em três vertentes essenciais, a saber: cada vez mais se recorre de menos coisas; cada vez menos os recursos têm efeito suspensivo; cada vez mais sobem a final.

⁴⁴ Rogério Alves. Os recursos como indicadores da saúde processual. Querem-se vivos ou mortos? Trabalho inserido na obra coletiva QUE FUTURO PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.

Isto significa caminhar ao arrepio do que deveria ser e do que a Constituição determina.⁴⁵ O recurso purifica a decisão e existe para corrigir o erro. A Constituição incorporou o recurso, de forma expressa, nas garantias de defesa, o que fez mediante a Lei Constitucional 1/97 de 20 de setembro. Mas isso não evitou que os recursos definhassem pela tríplice via que indiquei. Mas a esta tripla de desvitalização que corre em paralelo, soma-se um fator não despreciando, que se prende com a forma como o código de processo penal trata o recurso em matéria de facto e aborda a coexistência entre motivações e conclusões, transformando-a numa espécie de triângulo das Bermudas.⁴⁶ Muito mais do que a detença nos aspetos de substância, muitos recursos se enleiam nas questões de forma, que estabelecem um labiríntico caminho de acesso à verdade, erguendo uma barreira artificial, que evita que se olhe e julgue o que importaria olhar e importaria julgar. Uma apreciação mais detalhada deste infeliz instituto terá de ficar para uma próxima ocasião.

É tempo de concluir.

As dificuldades não trazem sempre com elas soluções rápidas e regeneradoras.

⁴⁵ De acordo com o artigo 32, n.º 1, “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa incluindo o recurso.

⁴⁶ Ver sobretudo a redação do artigo 412 do CPP.

Resulta que os megaprocessos têm, eles próprios, uma lógica subjacente e, apesar do sulco de complicações e danos que geram ao percorrerem a sua rota, também se justificam por algumas boas razões. Falo da unificação das investigações em moldes agrupados e coerentes; refiro, também, a vantagem de evitar um desdobramento de matérias, criador de múltiplos processos, tendo, em todos ou em muitos deles, o mesmo arguido, que assim se veria num interminável ciclo de procedimentos. Não existem soluções perfeitas para atalhar a abordagem da realidade em que vivemos. Mas algumas pistas podem ser exploradas se almejamos a edificação de um modelo mais arrojado e praticável a escolher como posologia. Refletir seriamente na mitigação do princípio da legalidade, injetando no sistema ingredientes próprios do princípio da oportunidade, sem nunca prejudicar os direitos das vítimas; ir mais longe na consagração de mecanismos de *plea bargain*, rompendo os acanhados limites da suspensão provisória do processo; implementar mais ainda a oralidade na tramitação dos processos, poupando tempo e ganhando espaço; fazer participar mais cedo o arguido e os demais intervenientes na investigação. Há casos em que essa participação poderá ser muito útil à descoberta da verdade e evitar a

multiplicação de atos inúteis; selecionar e excluir do âmbito das provas a produzir, quer nas fases prévias, quer, sobretudo, no julgamento, factos nos quais haja assentimento generalizado. Por aqui poderão poupar-se milhares de horas. Isto implica uma nova cultura judiciária que envolva, nomeadamente, magistrados e advogados. Tenho dito e repetido, que a reforma da justiça passa mais pela alteração de comportamentos do que pelas constantes mutações legislativas. Estas têm deixado um rasto de destruição dos direitos em busca da sacrossanta velocidade e da almejada eficiência. Infelizmente só a imolação dos direitos tem logrado sucesso. Somos muito conservadores na abordagem da fenomenologia judiciária. Habitúamo-nos a práticas, ritos e dogmas que nos impedem de construir um modelo novo. Temos de ser corajosos e inovadores se queremos ter orgulho na justiça do século XXI.

Obrigado.

Política criminal contra a corrupção

José António Mouraz Lopes

Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas

Na sustentação dogmática que suporta as políticas criminais da atualidade evidencia-se uma trajetória «divergente» da aplicação de princípios «clássicos» que até aos primeiros anos deste século vinham conformando, ainda que com algumas oscilações, toda a construção da doutrina penalista, assente em princípios de *ultima ratio*, de intervenção mínima e subsidiariedade¹.

Assim, e numa primeira oscilação, surgem as respostas a alterações de comportamentos ou evoluções sociais que as sociedades comportam, como é o caso do impacto das novas tecnologias, da rapidíssima evolução da ciência ou mesmo de novos riscos societários. Matérias como a cibernética, a proteção ambiental, a manipulação genética, o fim da vida e o modo de a encarar em circunstâncias extremas, são exemplos que necessariamente suscitam a oscilação de tipos penais tradicionais, tanto por via da amplificação da criminalização como da sua redução.

¹ Uma abordagem mais desenvolvida pode seguir-se em José Mouraz Lopes, «Fragilidades do discurso criminalizador na corrupção: entre o populismo e a ineficácia», *JULGAR*, n.º 32, maio-Agosto 2017, p. 125.

Numa segunda via, mais generalizada e com uma enorme evolução dogmática, tanto do ponto de vista substantivo como adjetivo e, diga-se, aceitação pública a nível global, encontram-se as respostas aos fenómenos do terrorismo, ainda que decorrente de várias e diversas cambiantes.

Numa terceira linha encontramos fenómenos conjunturais com enorme impacto público nas sociedades, nomeadamente na segurança pública, na desigualdade económica e social ou no modo de ambas serem percecionadas pelos cidadãos. Assim, situações como os fluxos migratórios abrangentes e pouco controlados, os fenómenos de violência extrema, ainda que pontual, contra pessoas ou grupos, as responsabilidades individuais ou coletivas decorrentes da crise financeira, suscitam linhas de discussão dogmática por regra sustentadas na ampliação do âmbito penal, tanto no sentido de «mais crimes», «penas mais severas» para quem os comete, como no sentido de «quebra» ou distensão de garantias processuais.

É neste enquadramento que podemos enquadrar, na última dimensão, a matéria da corrupção, ainda que definida num

conceito mais amplo², nomeadamente abrangendo toda a criminalidade económica e financeira. A hiper criminalização de condutas relacionadas com um conjunto de comportamentos que envolvem aquele conceito de corrupção, a alteração de leis processuais penais no sentido de abrir exceções a princípios fundamentais do processo penal, a criação de novas tipologias criminais, como os crimes de violação de regras relativas ao urbanismo³, o crime enriquecimento ilícito ou injustificado, ou a proliferação de entidades mais ou menos independentes que se arrogam como soldados de um «exército contra a corrupção», são bem o exemplo de tal evolução.

Deve dizer-se que a permanente «cobertura mediática» a tais políticas é, naturalmente, o fermento essencial à amplificação das mesmas, criando-se sempre na opinião pública o ambiente perfeito para a germinação de medidas conjunturais, por vezes com pouca eficácia.

2. Assumir, operativamente, o conceito amplo de corrupção, como «todo e qualquer abuso de poder em benefício próprio», no sentido dado pelo Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu⁴, não reduz a

² Sobre o conceito amplo de corrupção cf. José Mouraz Lopes, *O Espectro da Corrupção*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 27 e ss.

³ Para uma análise a estes crimes bem, como sobre a *ratio* que esteve na sua origem, cf. José Mouraz Lopes, «Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal» in *As Alterações de 2010 ao Código penal e ao Código de Processo Penal*, Rui do Carmo, Helena Leitão, (coord.) Coimbra, Editora, 2011, p. 66.

⁴ Cf. o primeiro RELATÓRIO DA COMISSÃO AO CONSELHO E AO PARLAMENTO EUROPEU RELATÓRIO ANTICORRUPÇÃO DA EU, Bruxelas, 2014, in

exigência de tratar, em termos substantivos a matriz jurídico-penalmente relevante que podem comporta vários tipos criminais que abrangem, entre outros, a corrupção *strito sensu*, o tráfico de influências, a participação económica em negócio, a concussão, o abuso de poderes, o branqueamento de capitais e mesmo crimes que envolvem outros bens jurídicos, como sejam a corrupção no desporto ou a criminalidade fiscal.

A operacionalidade de um conceito elástico como o referido é, no entanto, essencial à operatividade das políticas públicas anti-corrupção, nas suas dimensões repressiva e preventiva.

Para as políticas de prevenção, onde a efetividade dos resultados pode ser mais facilmente mensurável, assumir aquela dimensão ampla, que vai além de toda a tipologia criminal, tem vantagens claras.

Assim aconteceu em países onde o investimento nas políticas de prevenção da corrupção foi perspetivado seriamente, ainda que em complemento com uma política criminal repressiva eficaz.

De igual modo, a compreensão integrada e sistémica de muitas patologias na área da governação é a forma adequada para conformar políticas que queiram, de facto, enfrentar os variados problemas que se suscitam. Veja-se, por exemplo, o caso da regulamentação dos impedimentos e inibições dos titulares de cargos políticos, o regime de financiamento dos partidos, o financiamento das campanhas eleitorais

ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_pt.pdf

ou a legislação sobre rendimentos declarados e património de titulares de cargos públicos.

Questão diferente é, no entanto, a limitação que a dimensão jurídico-criminal comporta [e só pode comportar] a estas matérias. Nomeadamente em matéria de tipos criminais que devem ser suporte aos desvios ou patologias que põem em causa bens jurídicos protegidos nesta matéria.

Desde logo e num primeiro momento, limitações necessárias em função do princípio da tipicidade. O que consubstancia um tipo criminal como a corrupção, ou um crime conexo, tem que sustentar-se numa conceptualização rígida e rigorosa das condutas passíveis de integrar qualquer tipo criminal.

Trata-se de limitações absolutamente necessárias que se encontram, igualmente, na compatibilização das condutas criminais com os princípios da legalidade e proporcionalidade.

Ora, no domínio da corrupção, o que se constata é, como refere Carlo Paterniti, uma «insuficiência do modelo descritivo das condutas sobre o que deve ser o preciso objeto de proteção»⁵, tendo em conta a amplitude dos variadíssimos tipos de comportamentos ilícitos, não necessariamente criminais, que se enquadram no conceito amplo de corrupção. Esta é apenas uma dimensão de inefetividade das normas penais, nesta matéria.

Numa outra dimensão, hoje evidenciada por alguns autores, e cada

vez mais ampla, «temos atualmente estruturas de corrupção na sociedade, nos negócios e na política onde o quadro legal das leis criminais é incapaz de se acomodar».⁶ A dimensão financeira elevada e altamente complexa de muitas operações e negócios com repercussões diretas nas finanças públicas são um exemplo dessa inadequação. Trata-se de matérias cuja estrutura sistémica está sustentada numa dimensão de *engineering* altamente camuflada, assente em códigos internacionais e transnacionais de elevadíssima complexidade e sobretudo dotados de especialistas exclusivos dotados de competências muito desenvolvidas, que rapidamente transformam um determinado comportamento, aparentemente ilícito, numa situação de risco, financeiramente justificável à luz de determinados *standarts* da própria «governança financeira».

Noutros domínios, como na contratação pública, hoje sem dúvida, um dos campos mais férteis, por via da sua estrutura altamente burocrática, para o cultivo de comportamentos ilegais ou ilícitos, como é bem visível no relatório anual da UE⁷ sobre corrupção, não é nada claro que as medidas de natureza estritamente penal possam reduzir os níveis de corrupção⁸. Aqui, na contratação pública, contrariar essa filigrana de procedimentos onde a fronteira entre o legal e o ilegal, entre o que é arbítrio e o que é discricionariedade, com sanções onde o

⁵ Carlo Paterniti, «La ineffettività della norma incriminatrice», *Rivista Trimestrale diritto penal económico*, 1-2, 2010, p 251.

⁶ Wolfgang Hetzer, «Legalising Corruption?», Kreutner (ed.), *Practice Meets Science, Contemporary Anti-Corruption Dialogues*, Manzsche verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010, p.34.

⁷ Citado na nota 4.

⁸ No mesmo sentido, cf. Sope Williams, «The limitations of Penal Mechanisms to Fight Corruption in Public Procurement», in *Practice Meets Science, Contemporary Anti-Corruption Dialogues*, cit. p. 146.

princípio da tipicidade e legalidade é a regra de ouro, não parece ser a melhor solução⁹.

De igual forma as matérias relacionadas com o mercado de capitais, onde a volatilidade das operações e a «urgência» ou aceleração das condutas que as envolvem imperam, são pouco compatíveis com modelos sancionatórios formalizados como são os modelos assentes no sistema penal.

3. Uma outra linha de análise decorre da necessária avaliação do sistema de investigação criminal.

Se a repressão aparece como um elemento indispensável no âmbito das políticas anti-corrupção, e isso parece não estar em causa, as performances da investigação criminal e dos seus resultados deixam no entanto muitas perplexidades.

Há uma efetiva baixa densidade de investigações criminais bem sucedidas, nomeadamente com trânsito em julgado de decisões condenatórias ou absolutórias sobre condutas que num primeiro momento se apresentavam, aparentemente, criminalmente sancionáveis¹⁰.

⁹ Salientando a relevância dos contratos públicos na economia, o Conselho de Prevenção da Corrupção emitiu uma Recomendação sobre a prevenção de riscos de corrupção na contratação pública, em 7 de janeiro de 2015.

¹⁰ Salientando este facto numa comparação entre os índices em países como Canadá, Finlândia, Alemanha e Nova Zelândia, por comparação com os restantes países, ainda que sustentado num estudo de 2008 da UNDOC, cf. Johann Graf Lambsdorff, «The Organization of Anticorruption - Getting Incentives Right!», in *Practice Meets Science, Contemporary Anti-Corruption Dialogue*, cit. pg. 67.

A complexidade dos sistemas sociais, económicos, financeiros e políticos, a dimensão transnacional que a circulação monetária comporta, a desarticulação efetiva entre as legislações nacionais, tanto de natureza penal, como sancionatória ou procedimental, e as debilidades dos próprios sistemas formais de controlo, nomeadamente no domínio do sistema judicial são provavelmente causas que estão na origem dessa inefetividade.

Numa análise dos tipos criminais relacionados, que à partida se pretenderiam como uma resposta efetiva à progressividade da perceção do aumento da corrupção, o que se constata é, muitas vezes, uma nuvem de investigações criminais e inquéritos subjacentes, que pairam prolongadamente no tempo, sem qualquer «ponto de finalização» formal. O que, para além das consequências individuais gravíssimas sobre quem se vê envolvido em tais procedimentos, conforma uma violação ao direito fundamental à justiça efetivada em tempo razoável.

Finalmente, temos uma constante abertura legislativa à criminalização de condutas, sem que se faça uma qualquer autocritica de tais mecanismos de criminalização, nomeadamente em termos de eficácia, medida pelos resultados da criminalização, de tal crime. Recorde-se que nem tudo o que é ilegal pode ser sancionado criminalmente.

O caso do crime de tráfico de influências é o exemplo paradigmático, no que respeita às condutas integradas no já referido conceito amplo de corrupção.

Num estudo apresentado em 2011¹¹, a propósito do tráfico de influências em França, e dos resultados ocorridos entre 2007 e 2010, são evidenciadas exatamente algumas dessas fragilidades, ainda que circunscritas ao sistema francês. De igual modo as estatísticas nacionais mostram uma quase inexistência de crimes de violação de regras na área do urbanismo e no crime de tráfico de influência.

4. É sobre este amplo panorama que importa analisar a efetividade da política criminal nesta matéria.

Enveredar por um discurso de política criminal sustentado em mais crimes não é, certamente, o caminho, quer da razão essencial que a dimensão do direito penal assume na ordem jurídica sancionatória quer, muito menos, da efetividade que deve sustentar a aplicação de qualquer pena através de um processo penal justo.

A tutela penal só se justifica (e legítima) se for concretizada como último remédio para patologias sistémicas que não possam ser «tratadas» por via de outras dimensões sancionatórias, administrativas ou contraordenacionais menos intrusivas, menos complexas nos seus procedimentos e, por isso, mais eficazes.

Não parece fazer sentido, assim, enveredar pelo exemplo da «teimosia» legislativa em criminalizar novos comportamentos, como o enriquecimento ilícito ou injustificado, sabido, por um lado a «eficácia» do sistema tributário em recuperar tributos que são devidos por via de formas de

«enriquecimentos improváveis» e, por outro lado, o altíssimo risco constitucional que, por via dessa atípica configuração, apenas trariam mais ruído e menos sanção.

Há, no entanto um caminho a percorrer que, à semelhança do que aconteceu noutros países, permite identificar algum otimismo para respostas concretas a problemas concretos.

Centramo-nos, por razões de concisão, apenas em duas dimensões: nas políticas de prevenção e na investigação e julgamento em matéria criminal.

5. A amplitude das políticas de prevenção não pode omitir que se encare a questão da transparência como algo de estrutural que deve regular todas as relações económicas entre os vários protagonistas económicos e os protagonistas públicos, nomeadamente administrativos, executivos e legislativos. E, nessa medida, condicionar qualquer medida ou proposta a concretizar.

Vejamos o caso do *lobbying*.

A atividade lobista compreende o exercício de influência sobre decisores públicos, a favor ou contra determinados grupos de interesses ou matérias, sustentada em razões próprias e, naturalmente, legítimas.

Recorde-se que o *lobbying*, porque destinado exatamente a influenciar uma escolha pública, mas não de maneira oculta, desde que devidamente enquadrada, poderia permitir uma maior transparência a todo o processo de decisão, permitindo, por outro lado traçar

¹¹ Marc Segonds, Armand Riberolles, «Experience du délit penal de trafic d'influence en France», in GRECO, *Leçons tirées des trois cycles d'évaluation (2000-2010)*, in www.coe.int.GRECO.

uma fronteira clara entre o que seria ou não crime de tráfico de influência.

Nesse sentido a compatibilização do exercício da função com as regras de transparência democrática comporta o estabelecimento de condições para que se garanta o direito dos cidadãos a saber quem tenta exercer influência no âmbito das instituições públicas.

Uma regulação eficiente eficaz e exigente sobre a matéria do *lobbying*, que impusesse um registo da sua atividade, uma entidade de controlo dotada de meios e condições apropriadas para o exercício de tal cargo e que fizesse recair nos lobistas a prova de transparência da mesma atividade, traria muito mais «saúde» a uma área que, até hoje, se apresenta com completa ausência efetividade.

Um outro exemplo pode identificar-se na regulamentação esparsa e descontínua que se identifica sobre os conflitos de interesses que se verifica em várias áreas.

Das suas várias dimensões centremo-nos apenas na questão da «pantouflage» ou o que nos sistemas anglo saxónicos se entende por «revolving door». Ou seja, o exercício de cargos na administração pública/política como trampolim para as empresas privadas ou de outro modo, a permeabilização entre os protagonistas que desempenham funções públicas e as empresas privadas que, em momentos diferentes, os contratam, sobretudo as grandes empresas cujos resultados de negócios estão sempre dependentes das políticas públicas.

Recorde-se que a legislação vigente referente ao controlo dos possíveis conflitos de interesses, no sector público

e após o exercício de funções, (e é só desta dimensão que estamos a falar) evidencia-se essencialmente no conjunto de normas que constam no Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos (Lei n.º 64/93, de 26 de agosto) que, em regra, é aplicável a outros casos [entre outros ao Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central (Lei n.º 2/2004 de 15 de janeiro, com sucessivas alterações); Estatuto do gestor público (Lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro)].

Sobressai deste regime, no que respeita ao «revolving door», a proibição de exercício de «*cargos em empresas privadas que prossigam atividades no sector por eles diretamente tutelado, desde que, no período do respetivo mandato, tenham sido objeto de operações de privatização ou tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratuais*» durante três anos após o fim do exercício do cargos e, findo o mesmo período e durante um ano, o impedimento para «*servir de árbitro ou de perito, em qualquer processo em que seja parte o Estado e demais pessoas colectivas públicas*». No entanto tal regime não se aplica nem aos gestores públicos nem a membros dos gabinetes dos titulares de cargos públicos.

Para além do âmbito subjectivo muito restrito, também no que respeita ao conteúdo da limitação propriamente dita, ao não incluir, por exemplo qualquer limitação a título de consultadoria ou assessoria àquelas empresas, no mínimo pode dizer-se que tal regime, conforma um luto «pouco carregado»!

Quanto ao regime sancionatório, o que está em causa, não cumprindo aquelas

proibições, é apenas a inibição para o exercício de funções de altos cargos políticos e de altos cargos públicos por um período de três anos.

O regime débil de impedimentos e inabilidades, o restrito âmbito subjetivo das limitações ao exercício de atividades diretamente relacionadas com as empresas privadas, bem como a sua fragilidade de conteúdo não torna o mecanismo efetivo, não cumprindo, por isso o objetivo para que foi criado.

O duplo regime de estabelecer interdições de emprego gerais ou específicas para determinados grupos ou, em alternativa fixar restrições relativas à representação de determinadas empresas são dois sistemas que podem articular-se.

O estabelecimento de um sistema confiável é essencial para evitar desgates maiores no próprio sistema de governação pública.

Por outro lado é absolutamente pertinente a pergunta sobre qual a eficácia de um regime sancionatório sustentado apenas em sancionamentos administrativos, concretamente na ilegitimidade temporária para cargos públicos. Existem mecanismos alternativos que podem passar pelo confisco de bens decorrentes da atividade levada a termo que podem ser mais eficazes.

Não menos importante, importa questionar se não devem ser modificados os débeis mecanismos de controlo sobre as situações que envolvem este tipo de permeabilidade, nomeadamente a fragilidade institucional das entidades que regulam e fiscalizam as matérias relativas

a incompatibilidades de cargos públicos bem como alguma tolerância social que envolvem.

Finalmente há ainda áreas de risco, diversificadas, que impõem tratamentos diversificados.

Assim no âmbito da contratação pública, as medidas propostas pelo Conselho de Prevenção da Corrupção, ainda que de uma forma muito simples serão um bom princípio para mudar algo que tem que efetivamente mudar neste domínio. O que se pretende é a imperiosa atenção permanente a todos os desvios de legalidade e o conseqüente alerta que deve ser dado, a partir da sua deteção às autoridades com poderes investigatórios. Estamos aqui no domínio dos chamados «*whistle blowing*» que, sendo mecanismos de alerta aprofundados, não se podem confundir com esquemas parecidos de «delações premiadas» ou mesmo com os mecanismos de direito premial no domínio penal.

6. Conforme salientámos, o funcionamento do sistema de investigação criminal e judicial no domínio da corrupção, por via da enorme complexidade que a mesma comporta, deve ser encarado frontalmente e as suas disfunções superadas por via de outros mecanismos que não apenas as debilidades da lei, nomeadamente a lei substantiva.

Sustentar, de forma adequada, uma acusação criminal exige desde logo o apelo novas correntes do pensamento gestor aplicável na área da justiça.

É possível criar respostas rápidas, eficazes e mesmo economicamente mais

eficientes no domínio das técnicas e dos métodos de investigar crimes e mesmo para o seu julgamento, nomeadamente no âmbito de toda a criminalidade complexa que, no âmbito da corrupção, normalmente está em causa.

No âmbito da gestão da investigação criminal, nesta matéria, assume especial relevância a assertividade da gestão do inquérito, através da identificação do seu objeto, restringido à sua efetiva capacidade de prova, que é pouco compatível com «mega processos» cuja dificuldade de gestão é evidente. Uma investigação só é eficaz se se circunscrever ao objeto do processo (ao «pedaço de vida», na expressão de Figueiredo Dias). E este pedaço de vida não pode ser constantemente alargado ao sabor de informações esparsas que vão surgindo na investigação e que, sem uma triagem imediata, tornam o inquérito ingovernável.

De igual modo a opção por investigações «cirúrgicas» e dotadas de maior celeridade, utilizando-se o mecanismo da «separação de processos» como instrumento útil de gestão, não parece colidir com o princípio da legalidade que deve orientar toda a atuação do Ministério Público, desde que asseguradas todas as garantias de defesa inerentes.

Não gostaria de terminar sem aludir finalmente, nesta matéria à dimensão de especialização judicial no julgamento de crimes desta natureza. Por outras palavras à criação de tribunais específicos para julgamento de crimes de corrupção ou criminalidade organizada complexa desta natureza.

Não sendo matéria «virgem» a nível comparado, como o demonstram a criação de Tribunais com esta competência especializada em países como a Eslováquia, Quênia, Filipinas, Uganda e Indonésia, a razão de ser para a sua criação tem sido sustentada na maior eficiência que os julgamentos destes casos podem comportar e a sinalização que os Estados dão no sentido de levarem a sério a luta contra corrupção. Outros entendem como vantagem a especialização dos juízes na apreciação de alguns regimes de prova adotados neste tipo de criminalidade

Não é claro, ainda, quer das experiências quer dos resultados obtidos se efetivamente essa será uma solução generalizadamente positiva¹². Nos casos citados a efetividade das soluções encontradas, sendo diferenciadas, decorreu mais do facto de alguns daqueles países, os problemas de corrupção encontravam-se mais no judiciário (e daí a necessidade de terem esses tribunais especializados) do que na especialização dos juízes e tribunais criados e nas consequências que isso comportou. Será por isso necessário ponderar muito bem, em função da situação concreta do país, em concreto, se valerá a pena ou não criar tais tribunais especializados.

Questão a merecer diferente resposta, no sentido positivo, será a necessidade de aprofundar a análise e interpretação da doutrina da prova difícil subjacente a tais crimes, nomeadamente a prova indireta

¹² Assim o estudo de Matthew C. Stephenson, Sofie A. Schütte, «Specialised anti-corruption courts: a comparative mapping», U4 Anticorruption Resource Center, U4 Issue December 2016 No 7, disponível in <https://www.u4.no>

ou a extensão de procedimentos
gestionários à própria fase de julgamento.

Justiça e Misericórdia: perspectivas do Direito na Bíblia

D. José Ornelas Carvalho

Bispo de Setúbal

Introdução

Agradeço profundamente o convite para usar da palavra nesta casa e perante esta assembleia. Aceitei fazê-lo, antes de mais, por respeito para com esta Faculdade e pela sua determinante missão e serviço ao país e ao mundo. Por minha sensibilidade, convicção e formação, sempre considere a justiça e o direito como colunas fundamentais da vida em comum e é nesse sentido que presto a mais sentida homenagem a esta casa e a todos os que nela trabalham, ensinam e estudam.

Por outro lado, sinto igualmente o dever de pedir desculpa por ter aceite. O meu domínio de competência não é propriamente o Direito e, mesmo para falar dele no contexto eclesial, certamente encontraríeis pessoas mais qualificadas do que eu. Quando pesava se devia ou não aceitar o convite, veio-me à mente o que, mais do que uma vez, ouvi a um meu professor: "Não há nada mais criativo que a ignorância". E explicava com um exemplo: Peçam a um grupo de

engenheiros para projetarem uma ponte sobre um rio. Os resultados serão normalmente bastante semelhantes, porque eles são todos especialistas e consideram cientificamente a melhor localização, desenho e características da ponte. Mas perguntem ao povo da região sobre a futura ponte, e terão um enorme variedade de pontes. A maioria será inviável, mas, se calhar, surgirão algumas ideias novas que podem ser úteis à ponte que vier a ser construída pelos engenheiros. Esta pode ser a utilidade de estarem aqui esta tarde. Talvez haja alguma ideia que possa ser útil à vossa ponte.

Mas a minha ousadia de estar cá tem também uma razão pessoal, mais determinante: Este é um tema que me é muito caro, tanto do ponto de vista da realidade social, como da dimensão religiosa e concretamente da Igreja Católica em que me insiro. E é esse ponto de vista pessoal, alimentado pela tradição bíblica, que é o meu campo de especialização e pela minha vivência na Igreja, que desejo simplesmente tentar expor.

Não é um estudo de dados bíblicos – embora neles se fundamente – mas uma exposição resumida e aberta,

assumidamente marcada pela minha sensibilidade e as minhas convicções. Selecionei, 6 temas, onde acho que a visão bíblica e cristã pode dar um contributo interessante na busca de um mundo mais justo, a partir daquilo que considero as raízes da justiça e do direito.

1. Um pressuposto fundamental

O Direito e a Justiça estão intimamente ligados à concepção cosmológica, antropológica e relacional de cada sociedade ou cultura. É à luz dos valores e prioridades determinados por essa mundividência, que se determina o quadro da organização social e dos comportamentos e normas que eles sugerem e que contribuem para atingi-los, que são expressos nas tradições que organizam o bem comum.

Entre esses pilares fundamentais, na maioria das culturas da humanidade, ao longo dos tempos e também hoje, um elemento fundamental e determinante dessa mundividência é a perspetiva da transcendência, que dá uma leitura da realidade, que vai para além dos dados do visível, determinável ou manipulável. Chamada com diversos nomes e expressa de formas distintas, a transcendência não anula, mas dá sentido à realidade imanente, inspirando a sua correta ordenação e integrando-a numa visão harmónica do cosmos, da vida e da história. Não se trata simplesmente de um "mais", a ajuntar à realidade próxima, mas da própria raiz e razão de ser unificadora do todo. A aceitação inteligente dessa realidade superior à soma das inteligências e das vontades oferece uma leitura nova da realidade que, sem mudar os dados físicos ou históricos, lhes dá um novo sentido, um novo valor e uma nova finalidade.

A visão de fé e a vivência religiosa, são desta ordem. O mundo, a pessoa individual e a humanidade, a história e o futuro estão inseridos nessa perspetiva integrada de sentido, desde a sua origem, passando pela sua existência e pelo seu destino. E, no centro deste sentido está a pessoa de referência: Deus. Na fé judaico-cristã em que me insiro e, podemos dizer igualmente, no islão e na maioria das tradições religiosas, esse Ser central – Deus – encontra-se na origem da própria realidade cósmica e antropológica, não apenas como criador, mas igualmente como ordenador, orientador e finalizador de toda a realidade.

Por essa razão é também a fonte primeira do Direito e o garante da Justiça. Pelo menos na tradição judaico-cristã, não se pode pensar o ordenamento do Direito e da Justiça, sem ter presente este alargamento transcendental da realidade, que dá sentido e orientação a todos os setores da vida humana, a nível pessoal, familiar, social, político, cultural, económico, etc. Respeitando todas as outras formas de interpretar o mundo e a história, é nesse pressuposto que vou falar.

2. Atitude de fé e laicidade do Estado

À luz deste princípio fundamental e holístico da mundividência cristã, pode-se perguntar, e com razão se não estamos diante do caminho para uma teocracia infantilizadora que tira a justa autonomia à pessoa humana e às sociedades. A pergunta tem plena razão de ser, até porque, no passado e também no presente, encontramos formas de pensamento religioso, claramente

"teocráticas", que pretendem impor a toda a sociedade, não apenas da sua visão de Deus e do mundo, mas também um "direito divino" com as suas determinações culturais, rituais, e limitativas que, não raro, colidem com outras legítimas visões do mundo e da sociedade, ou digamos com a autonomia de um homem pensante e do Estado de Direito. Normalmente, essas manifestações pouco têm de verdadeiramente religioso, mas resultam muito mais de interesses que se revestem de religiosidade.

Sem pretender entrar nos detalhes de uma vasta discussão histórica e sempre atual, gostaria de mencionar um princípio fundamental pelo qual, segundo a tradição cristã, não se pode/deve enveredar por um sistema político-social teocrático, no sentido de fundamentação direta num "direito divino". E digo isto bem consciente de que essa é sempre uma tentação dos membros de comunidades ditas religiosas e da igreja (das igrejas) e que, muitas vezes, nela se caiu. A essa razão intrínseca de negação da teocracia do direito chamo-lhe o "princípio da criação".

Um dos princípios fundamentais da fé judaica e cristã é a adesão a um Deus Criador do universo, isto é, de toda a realidade existente e do próprio ser humano: "*No princípio, quando Deus criou o céu e a terra, a terra era informe e vazia; e Deus disse...*" (Gn 1,1-2). Esta frase, com que começa o primeiro livro da Bíblia, não é apenas uma declaração da origem do céu e da terra, mas uma clara afirmação de relação e de distinção entre Deus e tudo o que não é Deus – que é criatura – incluindo o ser humano.

[Faço aqui um parêntesis, para esclarecer que, ao falar de criação, não me sinto minimamente ligado ao chamado "criacionismo" que faz uma leitura literalista e histórica dos textos bíblicos, passando por cima do seu sentido original humanista e iluminador. Estes textos das origens não foram escritos para contar como foram feitos o céu e a terra, mas para provocar o gosto de investigar essas origens e de se perguntar, à luz dos dados científicos disponíveis em cada época, o que significa para toda a humanidade, confrontar-se com as maravilhas que a cosmologia e as descobertas científicas nos têm revelado. Nesse sentido, esses textos continuam mais jovens do que nunca, pois foram escritos por gente entusiasta da ciência e sedenta de compreensão e sabedoria como nós.]

Deus e a criação não são da mesma ordem de grandeza nem de natureza. Entre Deus e a criação não existe uma continuidade, mas uma relação de origem mediada pela Palavra – "*e Deus disse...*" – isto é, pelo sentido das coisas, pela sua ordem e finalidade e não apenas pela sua materialidade. É uma palavra/conhecimento (nous) que liga Deus ao ser humano. A Bíblia exprime essa transcendência de Deus pelo termo "*Santo*", que, etimologicamente significa "distinto, separado". O "totalmente outro", como dizia Karl Barth. Michelangelo, pintou excelentemente esta relação e distinção no famoso fresco da capela sistina, na figuração do dedo majestoso de Deus que toca ligeiramente o da sua criatura, Adão.

O princípio da criação estabelece uma relação de origem, proteção e ordem por parte de Deus, mas também a autonomia

do homem, a quem é confiada a terra: "*Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a terra*" (Gn 1,28) ou, como diz de outra forma a segunda narração da criação: "*colocou-o [o homem] no jardim, para o trabalhar e dele cuidar*" (Gn 2,15). Os textos da criação são uma fonte de compreensão, mas também de direito: a terra pertence sempre a Deus criador, mas entrega-a ao homem com uma autoridade delegada e com capacidade de dominá-la e cuidar dela, como afirma o Sl 103,11: "*Os céus são os céus do Senhor, mas a terra deu-a aos homens*".

O que estes textos estabelecem não é uma simples divisão de competências e poderes – Deus é sempre o Senhor absoluto de todas as suas criaturas e da história – mas uma articulação fecunda em que se revela a dignidade e o desafio do ser humano como parceiro dialógico de Deus na ordenação do mundo e da sociedade que constitui. À luz do princípio da criação, não se pode sustentar uma visão teocrática da ordem social e jurídica que não passe através da capacidade outorgada ao homem de dominar e organizar a terra. Por outro lado, a tradição bíblica afirma constantemente que, quando o homem deixa de abrir-se à transcendência, tem dificuldade de entender o projeto sábio e justo da criação e do seu Criador e acaba por perder o sentido da própria identidade e função, pondo em risco o mundo em que habita.

Pretender envolver Deus e a sua autoridade num concreto sistema social ou político, mesmo o mais justo, acaba sempre por ser uma negação da transcendência de Deus. Por mais dignas e impressionantes que sejam, as realizações humanas, são da ordem da

criação. Nelas se manifesta sempre a grandeza genial do homem, mas também as suas limitações. O transcendente permanece sempre como proposta desafiadora, sem nunca ser atingido, mas sempre inspirador e criativo. Além disso, as chamadas teocracias conduzem sempre a manipulações mais ou menos grosseiras dos sentimentos religiosos, em benefício dos que pretendem controlar a sociedade, a economia, o poder. Veja-se, no campo cristão, o conceito de "cristandade" e os crimes da inquisição e guerra santa. Repare-se nos fanatismos fundamentalistas religiosos, com que nos deparamos hoje. Quando se tira às pessoas a liberdade de pensar e de se exprimir, mete-se Deus na prisão e silencia-se a sua palavra.

O sentido da fé no Deus da criação não é absolutamente isso. Em vez de ser um elemento limitador, a fé é um dinamismo sempre à procura de novo saber, de novo sentido, de nova compreensão e integração da realidade no todo da vida, da sociedade e do cosmos. A busca honesta do justo, do bem e do belo é, para o crente, um desafio à inteligência do projeto de Deus, que se faz com o concurso da inteligência e das conquistas científicas da humanidade (e também dos seus recuos), deixando-se sempre iluminar e desafiar para uma busca de sentido de tudo isso, à luz daquilo que se entende (também em modo progressivo) do projeto criacional de Deus.

Por outro lado – e falo sempre como cristão – construir o mundo à margem de Deus e do seu projeto, significa limitar os horizontes da pessoa humana e perder a oportunidade de buscar caminhos de sentido, que possam responder, de uma forma mais alargada, às grandes aporias

com que nos deparamos. Sobretudo onde, a pretexto de um Estado secular se condiciona a expressão religiosa na sociedade, remetendo-a exclusivamente para o domínio privado, não só se nega a história e a cultura, mas cancela-se a possibilidade de expressão, nem que fosse só para sonhar, da maior beleza e dom que foi dado à humanidade. Além disso, quando se restringe a livre expressão das convicções de fé, dentro do respeito pela sua diversidade, muitos outros direitos e liberdades ficam também pelo caminho e aproximamo-nos perigosamente da ditadura.

Por isso, o próprio pensamento religioso cristão é criador de laicidade, não como negação ou oposição a Deus, mas como afirmação da dignidade, da autonomia e do seu papel do ser humano no mundo. E isso torna-se ainda mais evidente porque o próprio Deus se implica neste mundo como homem, em Jesus. Não veio criar a ideia de um mundo em função de "chegar ao céu", mas um mundo humano constantemente fecundado pela energia criadora e recriadora de Deus, que se manifesta no homem e nas suas capacidades. A transcendência constitui um constante desafio à organização humana, sem nunca a anular nem deificar, impedindo que se feche em visões parcelares e limitadoras.

Esta perspectiva é muito importante para as raízes do Direito. Numa visão cristã, Deus outorga ao homem a capacidade e o dever de legislar e de ordenar a sociedade. Essa tarefa será sempre humana, mas igualmente inspirada e guiada pela sua "Palavra" criadora e recriadora.

3. Transcendência e universalidade

Precisamente essa perspectiva alargada de Deus transcendente como fundamento de um quadro de referência humana e cósmica de sentido e de valor, é o pressuposto de uma ordem universal de que, especialmente hoje, sentimos tanta falta. Com muitas resistências iniciais e muitos avanços e recuos ao longo dos séculos, a universalidade da visão cristã do mundo constitui um quadro de referência precioso, tanto para a afirmação dos direitos fundamentais de cada ser humano, como para a universalização dos valores, da diversidade e interculturalidade e das oportunidades de acesso aos recursos do planeta, em ordem à construção de uma sociedade de dignidade, de justiça e de paz.

Nesse aspeto, há uma diferença fundamental em relação ao judaísmo: para ser judeu é preciso nascer judeu; não se pode ingressar, pois a condição de judeu significa ser descendente de Abraão. No entanto, ao longo da história, Israel viveu a universalidade a partir da sua fé, segundo o seu ser "bênção para os povos". Nessa perspectiva, a diáspora judaica deitou raízes em todo o mundo e prestou grandes e inegáveis serviços à humanidade.

Um Deus Criador e Pai assegura a autonomia do homem, mas constitui a base para impedir que alguns se proclamem senhores da terra e da sociedade. O chamar a Deus como Pai de todos os humanos é a base para que se possa falar de uma fraternidade universal: só se pode falar de irmãos e irmãs quando se tem uma parentalidade

comum. A transcendência Paterna/Materna de Deus propõe um modo de estar e de entender o mundo e a história, sem barreiras nem muros, com base na simples condição de ser filho/a de Deus. É um bocado estranho falar de fraternidade sem a figura do Pai/Mãe.

Vivemos numa época de globalização que deveria ir nesta direção de real globalização de oportunidades e dignidade e isso é realmente possível. Pensamos que a globalização permitiria libertar o pensamento, a comunicação, o encontro, a partilha de conhecimentos e bens; e isso, tem também acontecido. Mas verificamos igualmente que se globalizou mais o poder dos já fortes, a fortuna dos já ricos. E isso não me causaria incómodo se não fosse feito à custa da miséria e da perda de direitos e dignidade da maior parte da humanidade. Não podemos deixar que se globalize a capacidade de depredação das condições de vida, simplesmente com base da lei do mais forte.

Uma das questões que hoje se sente com acuidade é a falta de um direito internacional ou "globalizado" que acompanhe a globalização. De contrário, voltamos à lei da selva. Se não formos capazes, como humanidade, de estabelecer um "estado de direito" a nível planetário, os problemas com que nos debatemos de terrorismo, refugiados, destruição do planeta... vão perseguir-nos de forma dramática e mesmo trágica. Os recentes escândalos ligados à manipulação das redes sociais, do terrorismo informático e do controlo crescente da vida das pessoas através desses meios, para não falar de refugiados e conflitos, mostram a urgência, e igualmente a dificuldade, de chegar a consensos para o estabelecimento de uma

ordem mundial que assegure um relacionamento digno e justo a nível planetário.

Evidentemente que não proponho com isso que se imponha um quadro transcende de Deus criador e Pai/Mãe a toda a humanidade, mas acho que é absolutamente necessário, para a sobrevivência do planeta e dos seus habitantes, que se crie um quadro de transcendência humana, da dignidade, do Direito e da Justiça. Creio que esse é um dos grandes desafios da humanidade e de instituições como esta onde hoje nos encontramos.

4. Uma relação de Aliança

A transcendência divina e a autonomia do homem estão bem patentes no facto de Israel ver a sua relação com Deus como uma Aliança, ou melhor, por uma sucessão de alianças, que criam, por assim dizer, o quadro teológico e jurídico dessa relação.

- A primeira é a *Aliança com Noé*, que renova o dinamismo da criação e garante a vida, após o dilúvio (Gn 9,1ss), estendendo-se a todas as nações que se espelharão sobre a terra.
- A *Aliança fundacional com Abraão*, faz da sua descendência o povo eleito de Deus, com a promessa de uma terra e constituindo-o ainda em bênção para todas as nações (Gn 12,1-3; 15,7-21; 17,1-8).
- A *Aliança do Sinai* é a que dá real fundamento a Israel como povo, não apenas no seu relacionamento com Deus, mas igualmente no estabelecimento do quadro jurídico de Israel como povo. Moisés é o

mediador desta aliança, que se sela com ritos próprios e com um código escrito, tendo por base as "Dez Palavras" – ou os Dez Mandamentos – e códigos legislativos que constituem a base do ordenamento jurídico de Israel. Por isso, Moisés ficará sempre na tradição como "O legislador" e esta será considerada "A Aliança". Todas as tradições legais posteriores serão sempre colocadas à sua sombra e sob a alta autoria mediadora de Moisés.

- Quando Israel se instala solidamente na terra que lhe tinha sido prometida, Deus faz uma *Aliança/Promessa com David*, garantindo a perenidade da sua descendência no trono de Jerusalém (2Sm 7).
- No período da grande crise da nação, que leva à destruição de Jerusalém e da nação e ao exílio em Babilónia, o profeta Jeremias anuncia uma "Nova Aliança", em que a Lei não será escrita em códigos, mas estará gravada no coração do povo. Esta tradição é acolhida por Jesus que, solenemente na ceia com os discípulos, antes de morrer, afirma que o cálice que partilha com os discípulos é "*a nova aliança no meu sangue*" (Lc 22,20).

Estas alianças, ou melhor, a aliança expressa por todas elas, caracteriza a fé de Israel e todos os domínios da sua vida, conferindo um quadro fundamental de entendimento de Deus e do homem, afirmando a sua imprescindível presença criadora e recriadora, mas igualmente a autonomia e a participação humana no projeto de Deus.

Antes de mais, uma observação sobre estas sucessivas "alianças". Elas mostram que Israel sempre pensou a aliança como algo de fundacional e essencial na sua vida, mas não a considerou como algo de estático e imutável, na forma como foi concebida, na linguagem com que se exprimia e nas normas em que se concretizava. A aliança tem um caráter transcendente enquanto procede de Deus, mas ajusta-se sempre à realidade em que vive o povo. As diferentes linguagens da aliança mostram algo muito característico da fé de Israel: Deus liberta o povo do Egito, mas Moisés é o libertador; fala-lhe, mas é pela boca dos profetas; reconstrói cidades, porque põe em ação arquitetos e construtores. O regresso do exílio é um caso típico desta intervenção divina e humana: Os profetas do exílio anunciaram o regresso à terra e a sua palavra abriu caminho no coração do povo, para reconstruir a nação, de restabelecer a liberdade e a dignidade.

O que a tradição bíblica nos apresenta é um conceito especial de aliança, na qual assume importância fundamental o princípio da transcendência/santidade de Deus. A aliança não é objeto de negociações para se estabelecer um texto comum, mas é dada (oferecida), por Deus ao povo. Não foi Israel que foi à procura de Deus, mas Deus que se compadeceu dele, o libertou da escravidão do Egito e elegeu para seu povo e sua propriedade pessoal: "*todos os povos me pertencem, mas vós sereis minha propriedade particular*" (Ex 19,5).

Também nos compromissos da aliança a reciprocidade não é equitativa e igualitária: Deus é o único que pode ser sempre fiel à aliança; Israel não tem capacidade de assumir o mesmo compromisso. Este princípio radica num

conceito relacional de justiça, segundo o qual cada um é assumido segundo a sua própria condição e "faz jus" àquilo que é, no contexto dos seus relacionamentos. A Deus compete ser Deus. E aquilo que Israel ouviu no contexto da aliança é que Ele é: "*Deus compassivo e benevolente, lento para a ira e cheio de ternura e fidelidade*". Deus faz jus àquilo que é sendo sempre fiel e não apenas se e quando Israel faz o mesmo.

Por isso, os textos da aliança contêm, sim, textos legislativos, mas muito mais textos narrativos, que fundamentam comportamentos, costumes e direitos. A motivação das leis é frequentemente precedida de uma narração que a justifica e contribui para ficar na memória: "*Trabalharás seis dias... mas no sétimo dia descansarás... e lembra-te que foste escravo no Egito*" (Dt). "*Quando amanhã o teu filho te perguntar 'porque é que'... dir-lhe-ás...*" (Ex). A Lei emanada no contexto da Aliança é fundamentalmente pedagógica, para educar a um comportamento sábio e com garantias de futuro, pois a injustiça (infidelidade) é caminho para a deterioração do tecido social e da vital relação com Deus.

Aliás, no seu conjunto, as narrações fundamentais da Bíblia de Israel (os 5 primeiros livros) são globalmente designadas como "*Torah*", habitualmente traduzido por "Lei", mas cujo sentido é "ensinamento, guia, instrução". Isto é, a Lei, na perspectiva da aliança, tem sobretudo a função de educar e instruir, mais do que julgar e punir.

A justiça como aliança parece-me um dos temas importantes da tradição bíblica para todos os tempos e sobretudo no

contexto da perspectiva cristã do Direito e da Justiça:

- Antes de mais, a aliança afirma que Deus se compromete com o ordenamento humano e não é um Deus distante, que espera os resultados da vida para julgar, absolver ou condenar. Ele faz parte do processo, da vida, da história.
- Essa implicação respeita o homem e a sua capacidade de ordenar, de legislar e de administrar, mesmo com a falibilidade e a deturpação que possam ocorrer ao longo do percurso.
- Deus (e quem quer que pretenda falar em seu nome, ou exerça qualquer autoridade) permanece sempre fiel ao seu compromisso de aliança, mesmo que o parceiro da aliança não seja fiel. Quem exerce a autoridade tem de ser aquele que mantém a aliança, para que as instituições funcionem para bem de todos. E a aliança tem de ser sempre renovada a cada ruptura, nunca rasgada.
- No meio da complicação das leis e regulamentos de um mundo complexo e diversificado, faz falta uma Lei Educativa, desde as idades mais jovens. Aquilo que hoje se chama "educação para a cidadania" e o papel preventivo (não simplesmente dissuasor) da lei tem de ser objeto de um investimento na criação de uma sociedade justa. Essa tem de ser também a função dos códigos legais: têm de ser dirigidos não apenas aos advogados e aos tribunais, mas ao povo para que construa a cidadania, na dignidade e na justiça.

5. A justiça dos pobres e dos sem voz

Os códigos legais ligados à aliança versam uma grande variedade de temas, relacionados com o culto e os seus rituais, as instituições políticas e sociais, mas mostram um interesse muito grande na própria administração da justiça, sobretudo na defesa dos que não têm capacidade de se fazer ouvir. Deus faz-se o garante e defensor (*goel*) dos pobres, nomeadamente dos órfão, das viúvas e dos estrangeiros, uma tríade bem em evidência nos textos legais. E isso é essencial para a manutenção da aliança. Israel só pode ser considerado "povo de Deus" e fiel à aliança se mantiver um estado justo e sobretudo uma justiça que funcione para restabelecer o estado de direito quando este falha.

Este é, aliás, o grande tema dos profetas que, em nome de Deus, clamam justiça, isenção e retidão dos juízes e dos administradores. Frente ao fausto do culto aliado à miséria dos pobres, o profeta Isaías não poupa nas palavras: "*Não me ofereçais dons inúteis: o incenso é-me abominável; as reuniões de culto, as festas e as solenidades são-me insuportáveis... Quando levantai as vossas mãos, afasto de vós os meus olhos. É que as vossas mãos estão cheias de sangue... Cessai de fazer o mal, aprendei a fazer o bem; procurai o que é justo, socorrei os oprimidos, fazei justiça aos órfãos, defendei as viúvas*" (Is 13,17).

Em nome de Deus, os profetas de um modo geral, mas sobretudo, além de Isaías, Amós e Jeremias fazem-se defensores daqueles a quem falta a justiça, nos tribunais, mas igualmente no ordenamento jurídico e económico do país, apontando essa situação como a

principal causa da decadência e do desastre que cairá sobre a nação. Como Criador, Deus proclama-se Senhor universal da terra e do que nela existe. Concretamente, como dador da aliança, Ele é o proprietário da terra, que foi distribuída, como herança pelas tribos e famílias de Israel, de modo que a ninguém falte o necessário para a vida. Para evitar a acumulação de uns e o empobrecimento de outros, a Bíblia fala mesmo de uma lei curiosa de restabelecimento da propriedade familiar, em cada 50 anos, o ano jubilar ou sabático (*yôbel*): "*Santificareis o quinquagésimo ano, proclamando na vossa terra a liberdade de todos os que a habitam. Este ano será para vós um Jubileu; cada um de vós voltará à sua propriedade, e à sua família. O quinquagésimo ano é o ano do Jubileu... Neste Jubileu, cada um de vós recuperará a sua propriedade. Quando fizeres uma venda ao teu próximo, ou se comprares alguma coisa, não vos prejudiqueis uns aos outros. Farás essa compra ao próximo, tendo em conta os anos decorridos depois do Jubileu, e ele fará essa venda tendo em conta os anos das colheitas.*" (Lv 25,10-16).

Discute-se sobre a real aplicação deste princípio, mas o que ele atesta é um processo de evitar que os pobres se vissem espoliados do mínimo que lhes permita viver, por necessidade e incapacidade de cumprir leis que favorecem aqueles que já muito possuem. E a justificação é que Deus é o Senhor universal da terra. A propriedade privada é um dom de Deus, mas deve chegar a todos, de modo que todos possam viver com dignidade. A verdadeira justiça não consiste na defesa da propriedade, mas da dignidade de todos perante Deus.

Neste, como noutros domínios, os nossos dias abundam de exemplos

escandalosos, feitos segundo a lei – para não falar das manobras ilegais e corruptas – que permitem e favorecem os mais ricos e poderosos, à custa da miséria daqueles que já quase nada possuem. Como é possível, que, nestes últimos anos, com a crise que se abateu sobre o país, enquanto a miséria grassava em milhões de famílias, outros tivessem aumentado escandalosamente a sua riqueza, ostentando o seu luxo à luz do sol? Não basta ser legal para ser justo! E é em instituições como esta Faculdade em que agora nos encontramos que é necessário fundamentar um estado de direito cada vez mais justo, que faça jus à sua nobre finalidade.

Na tradição bíblica, a Lei é, acima de tudo, o modo de uma sociedade cuidar e proteger a debilidade, evitando que se estabeleça a lei do mais forte, a lei dos predadores. Isso é o que acontece na humanidade. Sem essa proteção legal e cuidadosa dos mais débeis, a vida extinguiu-se, pois não nascemos equipados para sobreviver sozinhos. A fragilidade, a doença, a velhice, os erros, a injustiça e a falta de proteção acabam por gerar processos de desequilíbrio, injustiça, violência e guerra que põem em causa o próprio futuro da humanidade.

6. Justiça de Deus, Direito e Misericórdia

Quero terminar com um tema que sempre me mereceu muita atenção e me desafia, não apenas na sua aplicação, mas igualmente na possibilidade de pensar uma justiça construída sobre esses princípios. Trata-se da noção mesma da justiça de Deus como vem apresentada na Bíblia e sobretudo no Novo Testamento e da sua aplicação na vida corrente.

Vimos acima que uma das bases do conceito de justiça é a sua dimensão relacional, em que cada um assume responsabilidades e é avaliado na sua justiça, segundo a posição que ocupa em relação aos seus parceiros ou próximos: a justiça de relacionamento entre pai e filho, por exemplo, não se traduz numa equidade igualitária, mas num relacionamento em que o pai seja tratado como pai e trate o filho como filho e vice-versa.

Quando isto se aplica a Deus, o resultado é surpreendente. O que Israel sabe de Deus é o que Ele mesmo pronunciou passando diante de Moisés: "*O Senhor, o Senhor! Deus misericordioso e benevolente, lento para a ira e cheio de ternura e fidelidade*" (Ex 34,6). Os profetas, nomeadamente Oseias e Ezequiel, usam esta autoapresentação de Deus para falar do seu modo de operar perante a falta de correspondência humana, a rebeldia e aquilo que chamamos pecado.

Oseias vê no seu relacionamento com a mulher que lhe é infiel a imagem da infidelidade de Israel à aliança com Deus, que, por seu lado permanece fiel. Depois de ameaçar, com paixão ferida, punir a mulher segundo os ditames da lei e da fúria, Deus diz: "*Assim é que a vou seduzir: ao deserto a conduzirei, para lhe falar ao coração... Aí, ela responderá como no tempo da sua juventude*" (Os 2,16s). O mesmo se passa com o filho (Israel, que Deus tirou do Egito, educou, acarinhou e fez crescer, e que agora se tornou rebelde e intratável. Depois de ameaçar mandá-lo de volta para a escravidão e castigá-lo, Deus exclama: "*Como poderia abandonar-te, ó Efraim? Entregar-te, ó Israel? ... O meu coração dá voltas dentro de mim, comovem-se as*

minhas entranhas. Não desafogarei o furor da minha cólera, não voltarei a destruir Efraim; porque sou Deus e não um homem, sou o Santo no meio de ti e não me deixo levar pela ira" (11,8s).

Mais clara ainda é a expressão do profeta Ezequiel que, perante os Israelitas exilados em Babilónia, diz que Deus vai agir, não pela justiça deles, mas por causa do Seu Nome que, foi vilipendiado pela situação miserável em que se encontra o povo: "*Não é por causa de vós que faço isto, ó casa de Israel, mas por causa do meu santo nome, que vós profanastes entre as nações para onde fostes. Quero santificar o meu santo nome, que vós aviltastes, profanastes entre as nações, para que eles saibam que Eu sou o Senhor.*" (Ez 36,22s).

Dá a impressão que Deus pouco se interessa com a sorte do povo, mas vai agir para "não ficar mal na fotografia". O sentido do texto é outro: Não é pela justiça do povo, que Deus o vai libertar, mas para fazer jus ao seu nome, por coerência e expressão do seu ser, pois Ele é sempre misericordioso e benevolente, mesmo perante a rebeldia do povo.

No NT, esta atitude está em constante evidência na forma de Jesus tratar os transgressores da lei, que deveriam ser condenados, especialmente as prostitutas, as adúlteras e os cobradores de impostos, considerados traidores e corruptos. Longe dessa atitude punitiva de exclusão, Jesus encontra-se frequentemente na companhia destes proscritos, já condenados na opinião pública e nas instituições religiosas do seu tempo. Isto é, Deus não é justo quando pondera (pesa) e dá o castigo aos transgressores e reabilita o inocente. Isso, qualquer máquina automática o poderia fazer.

Deus é justo, quando faz jus a si mesmo: "lento para a ira e cheio de misericórdia e fidelidade". A justiça de Deus é a sua misericórdia!

Certamente que a nossa imagem emblemática da justiça – uma mulher de olhos vendados, tendo numa mão a balança e na outra a espada – não se aplica à justiça de Deus. Ele é imparcial, mas não tem os olhos vendados, pois conhece perfeitamente a todos; não tem balança, ou, se tem, está avariada pela sua misericórdia; não tem espada porque não tem necessidade nem vontade de uma justiça punitiva: a sua justiça é sempre justificadora.

Na realidade, o nosso código penal justifica-se numa sociedade frágil, que precisa de se defender daqueles que podem lesá-la ou causar danos a outrem. O código tem uma dimensão dissuasora e punitiva para os transgressores. Mas Deus não é realmente atingido pelo mal que lhe possam fazer os homens. Um Deus que faz recurso à força para se impor não é um Deus onnipotente.

A cruz de Jesus mostra essa justiça paradoxal, que não responde à violência com a violência, mas cria um caminho para substituir a violência pela recuperação e uma relação de aliança. É absolutamente necessário interromper o ciclo infernal da violência e contraviolência. No interior de cada sociedade e das relações entre sociedades e nações, é preciso criar

A face punitiva da lei tem de ser vista, não como o ato final de um processo de justiça, mas como uma fase, por vezes necessária, no processo de reabilitação do culpado. De contrário, o "ping pong" da

violência acabará por destruir a própria convivência entre os povos. O processo de restabelecimento da justiça deve tender a restabelecer a dignidade de todos e a defender os mais fracos e as vítimas dos desmandos.

Essa justiça justificadora é praticável num estado de direito e na administração da justiça nos nossos tribunais? Acho que no funcionamento concreto dos tribunais, não pode estar ausente, mas não se pode aplicar "sic et simpliciter". Mas acho igualmente que uma justiça que se contente em aplicar penas aos transgressores, sem procurar recuperá-los não cumpre o seu papel. A justiça tem de estar ao serviço do ser humano frágil, falível e violento, para que se possa inserir na sociedade. Estou convencido que o nosso sistema penal precisa de ser revisto. Tenho ido visitar algumas prisões e acho que muitas delas não têm condições para cumprir os objetivos para que foram criadas.

Porquanto possa parecer utópica e inaplicável, o sonho de uma justiça misericordiosa e justificadora não pode deixar de ser uma questão que importune constantemente o nosso modo de lutar pela justiça, a dignidade e a paz.

Summum jus summa injuria

A coroa da justiça é a misericórdia, que abre caminhos de dignidade fraternidade e paz.

Benefícios da adoção da Abordagem por Processos e da Gestão do Risco para o Sistema de Justiça em Portugal

(No desenvolvimento de sistemas de BUSINESS INTELLIGENCE, no âmbito da ESTRATÉGIA TIC 2020)

Jorge Silvério

Docente da Universidade Europeia

Resumo/Abstrat

A exigência cada vez maior dos cidadãos relativamente ao desempenho do Estado em diversos setores críticos, entre os quais a Justiça, nomeadamente através das redes sociais e da comunicação social, onde a palavra risco é dominante, tem conduzido a um reconhecimento crescente da importância dos sistemas de gestão, mais concretamente dos sistemas de gestão da qualidade (SGQ), na

Na consecução desse objetivo os governos nos últimos anos têm conduzido uma estratégia comum para transformar a Administração Pública, assente “naquilo que internacionalmente são considerados os aspetos-chave da boa gestão pública e que nem sempre carecem

transformação da Administração Pública, para que esta possa diferenciar-se pelo foco na satisfação dos seus clientes e pela abordagem por processos e gestão dos seus riscos.

“Uma das principais transformações que continuamos a ter pela frente é focar os serviços no cidadão e nas empresas, organizando-os em torno das necessidades destes e não como a Administração e os governos estão organizados.” (Estratégia TIC202

de expressa tradução legal.” (Carapeto, 2005).

Pela sua dimensão internacional e influência direta na qualidade dos produtos e serviços das organizações, públicas e privadas, esses “aspetos-chave” são entendidos como os princípios de gestão comuns às normas ISO de sistemas de gestão, em particular de SGQ, e aos Modelos de Excelência Organizacional como o da *European Foundation for Quality Management* (EFQM) e da *Common Assesment Framework* (CAF).

¹ *Estratégia para a Transformação Digital na Administração Pública*, aprovada pela RCM n.º 108/2017, de 2 de março. https://tic.gov.pt/documents/CTIC_TIC2020_Estrategia_TIC.pdf

O objetivo deste papel é resumir a palestra realizada no dia 30 de abril de 2018, no âmbito do Ciclo de conferências “Uma justiça para o século XXI”, com a linha temática “a Administração da Justiça Portuguesa na Europa e no Mundo” da Faculdade Direito de Lisboa (FDL).

A palestra teve como primeiro objetivo demonstrar que um dos referidos “aspectos chave” da boa gestão pública é a capacidade técnica dos dirigentes da AP para implementar a abordagem por processos e integrar o pensamento baseado no risco ao longo dos diversos processos e sistemas de gestão das organizações públicas, nomeadamente de qualidade, de segurança da informação, que inclui a proteção de dados e a cibersegurança², de ambiente, etc.

Os benefícios são diversos, destacando-se essencialmente a inovação, numa perspetiva do conceito do *Business Intelligence* (BI), entendido como a “combinação de competências de negócio e tecnológicas em conjunto com processos, aplicações e as melhores práticas, que permitem a análise de informação com o intuito de melhorar e otimizar decisões e desempenho.”³

Em segundo lugar, com a palestra realizada na FDL pretendeu-se demonstrar que essa aptidão técnica pode

ser mais eficazmente obtida, através da adoção de processos formais de gestão do risco⁴, como o previsto na norma ISO 31000:2018⁵ (nova versão), combinando-o com o conjunto de ferramentas de gestão estratégica e técnicas de apreciação do risco universais, ao longo das etapas de um SGQ, na lógica do ciclo PDCA (Plan-Do-Check-Act), de forma a evidenciar, com coerência e consistência a conformidade dos requisitos da ISO 9001:2015 onde o Pensamento baseado no risco é mais notório.

Isso foi demonstrado na palestra, com exemplos de como aplicar a abordagem por processos e a gestão do risco aos SGQ das entidades⁶ e aos processos críticos do Ministério da Justiça, nomeadamente de natureza financeira, comuns ao Sistema de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado (SCI), e com a identificação de alguns dos benefícios que daí podem resultar, nomeadamente numa perspetiva do BI. Pretendeu-se essencialmente contribuir para uma melhor compreensão e reconhecimento dos benefícios resultantes da utilização combinada das referidas metodologias utilizadas numa

² A integração do pensamento baseado no risco nos diversos sistemas de gestão constitui um dos principais fatores diferenciadores da oferta formativa da Universidade Europeia ao nível da Formação Executiva.

³ Conceito apresentado no estudo elaborado pela Associação para a promoção e desenvolvimento da Sociedade da Informação (APDSI), intitulado de “O *Business Intelligence* na Transformação da Administração Pública”.

⁴ De acordo com a ISO 9001:2015, “a organização é responsável pela forma como aplica o pensamento baseado em risco e pelas ações que empreende para tratar o risco. Não há nenhum requisito para métodos formais de gestão do risco ou para um processo documentado de gestão do risco. As organizações podem decidir desenvolver ou não uma metodologia mais extensa de gestão do risco do que a requerida pela ISO 9001:2015, através da aplicação de outras orientações ou normas”, como é o caso da norma ISO 31000 – Gestão do Risco. Princípios e linhas de orientação, revista recentemente e da ISO 31010:2016 – Gestão do Risco. Técnicas de Apreciação do Risco.

⁵ 2ª edição de fevereiro de 2018. Substitui a 1ª edição de 2009, a ISO 31000:2009.

⁶ Previstas na estrutura orgânica aprovada pelo Decreto-Lei n.º 123/2011, de 29 de dezembro.

perspetiva de BI, para implementar SGQ na AP, e em particular no Sistema da Justiça ao nível das entidades do Ministério da Justiça.

Palavras chave

Cliente, Processos, Produtos, Serviços, Qualidade, Dados, Risco, *Business Intelligence*

Introdução

Os benefícios resultantes da implementação da abordagem por processos e da integração do pensamento baseado no risco ao longo dos diversos processos e sistemas de gestão das organizações públicas, nomeadamente de qualidade, de segurança da informação, que inclui a proteção de dados e a cibersegurança, e de ambiente, etc, são diversos.

Desse conjunto de benefícios, destacam-se essencialmente em termos de inovação, numa perspetiva do conceito do *Business Intelligence* (BI), entendido como a “combinação de competências de negócio e tecnológicas em conjunto com processos, aplicações e as melhores práticas, que permitem a análise de informação com o intuito de melhorar e otimizar decisões e desempenho”⁷, uma maior capacidade para se poder concentrar esforços nos processos mais críticos da organização, e antecipar eventos de risco e riscos que podem afetar a sua capacidade para fornecer consistentemente, produtos e serviços que satisfazem não só os requisitos dos

clientes como os requisitos legais da organização.

Contudo, a problemática subjacente à palestra realizada encontra-se na resposta à seguinte questão:

“Se a implementação de sistemas de gestão, nomeadamente de SGQ contribuem efetivamente para o aumento da competitividade e sustentabilidade das organizações, então porque razões existem dificuldades na identificação, valorização e controlo dos benefícios decorrentes dessa adoção na AP?” (adaptado de Silvério, 2008).

Existem pelo menos duas respostas para este problema. A primeira é que os benefícios originados pela implementação e certificação de SGQ, tendo por base os requisitos da ISO 9001:2015, podem levar alguns anos a ser quantificados.

A segunda é que ainda não existe em toda a AP uma verdadeira cultura de cliente, de processos, de produtos e serviços, de qualidade, de dados e do risco, evidenciada nomeadamente pelo reconhecimento generalizado dos benefícios da abordagem por processos e da gestão do risco, e pela capacidade técnica de os integrar nos diversos processos e sistemas de gestão de organização.

Nestes domínios da abordagem por processos e gestão do risco em concreto, e como apoio à palestra realizada, a produção teórica mais relevante encontra-se na seguinte documentação:

- ISO 31000:2018. Gestão do risco. Princípios e linhas de orientação;

⁷ Conceito apresentado no estudo elaborado pela Associação para a promoção e desenvolvimento da Sociedade da Informação (APDSI), intitulado de “O *Business Intelligence* na Transformação da Administração Pública”.

- ISO 31010:2009. Gestão do risco. Técnicas de apreciação do risco;
- ISO Guide 73:2009. Gestão do risco. Vocabulário;
- ISO 9000:2015. Sistemas de gestão da qualidade. Fundamentos e vocabulário;
- ISO 9001:2015. Sistemas de gestão da qualidade. Requisitos;
- RCM n.º 108/2017, de 2/3, publicada em DR de 26/07 – Aprova a Estratégia TIC 2020 e os respetivos Planos Setoriais TIC de cada uma das 17 áreas governamentais;
- Recomendações do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC);
- Relatório “O *Business Intelligence* na Transformação da Administração Pública”, da Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação (APDSI), de dezembro de 2017;
- Tese de mestrado de Jorge Silvério, intitulada “Melhoria do modelo GO e avaliação dos resultados numa ótica de gestão de benefícios”, concluída em julho de 2008.

Desenvolvimento

De acordo com a definição descrita no ponto 3.4.1. da ISO 9000:2015, um Processo deve ser entendido como um “conjunto de atividades inter-relacionadas que utiliza entradas para disponibilizar um resultado pretendido.” Cada processo possui clientes e outras partes interessadas (que podem ser tanto internas quanto externas), que são quem definem os resultados pretendidos para esses mesmos processos, de acordo com as suas necessidades e expectativas.

O princípio da abordagem por processos sustenta-se na ideia de que “resultados consistentes e previsíveis podem ser mais eficaz e eficientemente atingidos quando as atividades são compreendidas e geridas como processos inter-relacionados que funcionam como um sistema coerente.” A sua fundamentação é que “compreender como é que o sistema produz os resultados permite que uma organização optimize o sistema e o seu desempenho”. (ISO 9000:2015).

E daqui se depreende a lógica da segmentação, em que assenta a abordagem por processos, em que, controlando as pequenas partes (os processos) do sistema (seja a entidade, a estrutura ou o setor onde essa entidade está inserida ou a AP no seu todo), e as suas inter-relações, consegue-se controlar, de modo mais eficaz, o todo (o sistema) ou, pelo menos, os seus aspetos mais relevantes (processos críticos), para que o seu desempenho global seja melhorado continuamente.

E o pensamento baseado no risco, permite por sua vez determinar os fatores ou eventos suscetíveis de provocar desvios ou efeitos negativos nessas pequenas partes (os processos) e conseqüentemente no todo (sistemas de gestão), em relação aos resultados planeados, e implementar controlos preventivos para minimizar esses efeitos negativos e aproveitar ao máximo as oportunidades que vão surgindo. Os pontos de monitorização e medição, necessários para o controlo de cada processo, são específicos de cada um e variam em função dos riscos relacionados. (ISO 9001:2015).

Conforme referido, não há nenhum requisito para métodos formais de gestão do risco, mas pela experiência obtida ao nível da atividade de auditoria e da implementação e certificação de SGQ pela ISO 9001:2015 em serviços públicos, relevam-se as normas ISO de gestão do risco, nomeadamente a ISO 31000:2018 – Gestão do Risco. Princípios e linhas de orientação, recentemente aprovada. Relativamente à versão anterior, destaca-se essencialmente um maior foco na responsabilidade na gestão do topo pela atitude face ao risco que deve acompanhar todas as suas decisões.

Conforme a ISO 31000, “todas as atividades de uma organização envolvem riscos que devem ser geridos”. Isto é, em todas as atividades das organizações, independentemente do seu tipo e dimensão existe sempre a possibilidade de ocorrência de eventos ou situações cujos efeitos negativos ou adversos podem colocar em causa o sucesso e a consecução dos objetivos das organizações e em última instância a sua própria sustentabilidade.

E a esses efeitos negativos ou adversos, relativamente aos objetivos da organização, chamam-se riscos.

E acordo com a ISO 31000:2018 “as organizações gerem o risco mediante a sua identificação e análise, após o que se avalia a necessidade do seu tratamento de forma a satisfazer os seus critérios de aceitabilidade do risco. E ao longo deste processo, a organização comunica e consulta com as partes interessadas, monitorizando e revendo o risco e meios de controlo que estão a alterá-lo, de forma a assegurarem que não é necessário um tratamento do risco suplementar.”.

Por sua vez, “o progresso na implementação dos planos de tratamento do risco fornece uma medida do desempenho. Os resultados da gestão do risco podem ser incorporados na gestão global do desempenho da organização, na sua medição e nas atividades de reporte externo e interno.”.

Os resultados destes indicadores irão permitir, medir e avaliar o desempenho do processo de gestão do risco, nomeadamente a evolução da significância dos riscos de um determinado processo ou sistema de gestão, e o respetivo grau de realização do objetivo associado ao processo de gestão do risco, bem com o seu contributo para a melhoria contínua do desempenho global da organização e da sua estratégia corporativa, no seu todo.

O processo de gestão do risco descrito na ISO 31000:2018, permite essencialmente auxiliar “a tomada de decisões, nomeadamente da gestão do topo das organizações, ao considerar a incerteza e a possibilidade de futuros eventos e dos seus efeitos e consequências nos objetivos da organização” e pode ser aplicado ao longo dos requisitos da ISO 9001:2015 de um SGQ, onde o pensamento baseado no risco é mais notório:

- No **Contexto da Organização** (seção 4 da ISO 9001:2015), na compreensão da organização e do seu contexto, através da ferramenta universal da matriz *SWOT*.
- No **Planeamento de um SGQ** (seção 6 da ISO 9001:2015), através da identificação das ações para tratar os riscos e

oportunidades do SGQ, e da definição dos objetivos da qualidade, incluindo os da gestão do risco, e planeamento para os atingir.

Na identificação das ações para tratar os riscos e oportunidades do SGQ releva-se a técnica de apreciação do risco das “listas de verificação” da ISO 31010:2009, para categorizar alguns dos potenciais riscos identificados numa vertente estratégica, através da matriz SWOT.

Com base nessa lista de riscos, o “mapa de identificação das ações para tratar os riscos e oportunidades do SGQ”, permite associar numa vertente estratégica, esses riscos às ações estratégicas necessários para os tratar e aos processos do SGQ onde esses riscos podem ocorrer, garantindo a transposição de forma coerente, da gestão dos riscos identificados numa vertente estratégica, para uma vertente operacional, ao nível dos processos da organização.

Relativamente à definição dos objetivos da qualidade e planeamento para os atingir releva-se o Mapa da Estratégia Cooperativa do *Balanced ScoreCard*, para integrar o processo de gestão do risco na estratégia corporativa da organização, através da definição de objetivos, indicadores e metas específicas para esse processo. Estão assim criadas as condições para assegurar a posterior medição e avaliação do desempenho do processo de gestão do risco, e do seu contributo para a estratégia

corporativa e melhoria do desempenho global da organização, em complementaridade com a avaliação do desempenho dos restantes processos do SGQ.

- Na **Operacionalização de um SGQ** (seção 8 da ISO 9001:2015), o planeamento e controlo operacional, que tem por base o mapeamento dos processos do SGQ através da técnica dos fluxogramas, ao nível das suas atividades críticas e pontos de controlos, e às quais são associados e transpostos para esta vertente operacional, os riscos identificados na vertente estratégica.

Uma outra ferramenta utilizada nesta fase é a técnica de apreciação do risco das “Listas de verificação” previstas na ISO 31010:2009 para codificar os potenciais eventos de risco (ou fatores de risco), transversais ao SGQ ou específicos de cada processo, que podem ocorrer ao nível das atividades críticas e pontos de controlos dos processos desse sistema.

- Na **Avaliação do desempenho de um SGQ** (seção 9 da ISO 9001:2015), releva-se o papel fundamental da Auditoria interna. Será a partir deste processo, com base no mapeamento dos processos já efetuado pelos respetivos gestores, que são realizados testes de auditoria de modo a apurar a probabilidade de ocorrência e o impacto de cada evento do risco e respetivo nível do risco em cada uma das

atividades críticas onde esse evento ocorre.

Essa informação é agregada por processo, através da técnica da Matriz Consequência / Probabilidade prevista na ISO 30010:2009, e do correspondente Mapa de riscos, permitindo apurar o nível de significância e respetivo risco de cada processo do SGQ.

Os níveis do risco de cada processo, apurado em cada ação de auditoria interna, são por sua vez agregados numa matriz centralizada e integrada dos riscos dos processos do SGQ ou de outro sistema de gestão da organização, estruturada por processos e entidades gestoras. O progresso na implementação dos planos de tratamento dos riscos fornece diversos indicadores de desempenho do processo de gestão do risco, que como referido podem ser incorporados na gestão global do desempenho da organização.

- Na **Melhoria de um SGQ** (seção 10 da ISO 9001:2015). Tendo por base os resultados da avaliação do desempenho do SGQ, nomeadamente decorrentes das auditorias internas, e eventuais alterações ao contexto da organização, é assegurada a revisão do SGQ e dos seus riscos, que são dinâmicos, numa perspetiva de melhoria contínua da lógica do ciclo PDCA, que consiste em utilizar a aprendizagem de um ciclo de gestão para aperfeiçoar e ajustar as expectativas para o ciclo seguinte.

A aplicação integrada de todas estas ferramentas e técnicas de apreciação do risco, nomeadamente nos processos críticos e SGQ das entidades do Ministério da Justiça, tendo por base a estrutura orgânica aprovada pelo Decreto-Lei nº 123/2011, de 29 de dezembro, pode resultar em diversos benefícios para as organizações que as implementam, dos quais se destacam:

- Normalização de processos, codificação de eventos de risco e categorização de riscos que podem ocorrer nesses processos e sistemas de gestão das organizações;
- Agregação, visualização e comparação numa “Matriz de Riscos” integrada e centralizada, dos níveis do risco dos processos da organização, a todos os níveis de gestão;
- Avaliação integrada e centralizada, em tempo real, do impacto de medidas legislativas conjunturais e de outras medidas de controlo, na redução dos níveis do risco de um determinado processo ou sistema de gestão da organização, através de indicadores específicos de gestão do risco;
- Monitorização e acompanhamento da evolução de outros indicadores⁸ específicos de

⁸ Ex. Grau de realização das ações para tratar os riscos do SGQ na vertente estratégica; Grau de correção das NC (na vertente operacional); Grau de cobertura de controlo dos processos do SGQ (mede a amplitude da intervenção da auditoria interna); % de follow-up que tiveram redução do nível do risco do processo face à auditoria inicial;

gestão do risco, e comparação de desempenhos, através de *Dashboard* dinâmicos e interativos;

- Melhoria do foco na investigação e na determinação das causas dos eventos de risco mais significativos nos processos e sistemas de gestão das organizações;
- Melhoria da aptidão para concentrar esforços nos processos e atividades mais críticas das organizações, antecipar eventos de risco e riscos que podem afetar as organizações e detetar situações de fraude e corrupção, através da existência de uma plataforma de agregação massiva de dados assente na normalização de processos, codificação dos eventos e categorização dos riscos, e na utilização de algoritmos para análise desses dados, etc.

Conclusões

O pensamento racional de gestão, apresentado neste documento, sustentado na combinação dos princípios da gestão da qualidade da abordagem por processos e da tomada de decisão baseada em evidências, presente em organizações de sucesso, não só do setor privado como público, que desde cedo adotaram esse raciocínio para garantir a qualidade dos seus produtos e serviços e a satisfação das necessidades e expectativas dos seus clientes, é um exemplo que deve ser seguido e ambicionado pela AP de modo a garantir que *“se mantém relevante, confiável*

e inclusiva, dispondo de recursos financeiros e humanos que lhe permitam responder às expectativas dos cidadãos em constante evolução” (Estratégia TIC2020).

Os seus principais benefícios consiste em demonstrar uma atitude permanente face ao risco, ao longo de todas as etapas de um SGQ, a constante procura por oportunidades de melhoria dos processos e do sistema, e a capacidade para fornecer consistentemente, produtos e serviços que satisfazem os requisitos dos clientes e os requisitos legais da organização, justificando dessa forma a utilidade e razão de existir da organização.

Mais do que reagir aos eventos que ocorrem nas suas atividades, é saber explorar *“o potencial que está escondido através da agregação, deteção de eventos, exploração das relações entre os dados e através destas ações obter informação relevante”* (APDSI, 2017).

Este é um fator diferenciador que deve ser aproveitado por toda a AP, nomeadamente pelo serviços do Sistema de Justiça em Portugal, para que seja possível, em tempo útil, conhecer as causas dos eventos que ocorrem nessas organizações, e encontrar padrões que permitam antecipar e reduzir a ocorrência e o impacto dos efeitos negativos nos seus processos e sistemas de gestão e na sua capacidade de conseguir *“atrair e manter a confiança”* (ISO 9000:2015) dos seus clientes.

Bibliografia

(APDSI, 2017) - Estudo elaborado pela Associação para a promoção e desenvolvimento da Sociedade da Informação (APDSI), intitulado de *“O Business Intelligence na Transformação da Administração Pública”*.

% de follow-up face ao total das auditorias internas realizadas.

(Carapeto, 2005) - Livro “Administração Pública – Modernização, Qualidade e Inovação”, de Carlos Carapeto / Fátima Fonseca, Edições Silabo, 2005.

(Silvério, 2008) - Tese de mestrado de Jorge Silvério, intitulada “Melhoria do modelo GO e avaliação dos resultados numa ótica de gestão de benefícios”, concluída em julho de 2008.

(COSO) - Enterprise Risk Management – Integrated Framework do COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) - www.coso.org;

(Estratégia TIC2020) - Estratégia para a Transformação Digital na Administração Pública”, aprovada pela RCM n.º 108/2017, de 2 de março. https://tic.gov.pt/documents/CTIC_TI_C2020_Estrategia_TIC.pdf

(ISO 31000:2018) – ISO/IEC 31000:2018 – Gestão do Risco. Princípios e linhas de orientação. www.iso.org

(ISO 31010:2009) - ISO/IEC 31010:2009 – Gestão do Risco. Técnicas de apreciação do risco. www.iso.org

(ISO 9000:2015) - ISO 9000:2015 – Sistemas de Gestão da Qualidade. Fundamentos e vocabulário - www.iso.org

(ISO 9001:2015) – ISO 9001:2015 – Sistemas de Gestão da Qualidade. Requisitos - www.iso.org

A JUSTIÇA AOS OLHOS DO LEGISLADOR

Ana Catarina Mendes

Secretária-Geral Adjunta do Partido Socialista

Talvez possa começar esta nossa conversa com Eric Weil: “O problema do Estado moderno é conciliar o justo com o eficaz, a moral viva com a racionalidade, conciliando tais coisas com a razão!”

Tendo-me sido dado como mote “A justiça na perspectiva do legislador”, proponho que não nos concentremos apenas nos aspetos jurídicos, mas que partamos da noção de que o ato legislativo é um ato político, que depende da vontade política de quem legisla. É bom ou mau? Essa é uma avaliação que poderei ousar no final e na fase de debate.

Assumamos a crítica e a interrogação como ponto de partida para esta conversa.

E assumamos que viver em sociedade é sermos cidadãos ativos na sua construção. Como cidadãos eleitores nas sociedades democráticas modernas, não podemos esgotar a nossa participação no ato de votar.

Nas sociedades democráticas modernas e como plenos cidadãos temos que participar, transformando-nos em cidadãos militantes. Sim, também em militantes de partidos políticos, de movimentos, de causas ou em membros de grupos de interesses ou de pressão, formais ou informais, assumindo um poder económico ou um poder socioeconómico, capaz de integrar um corpo especial com poder eficaz de reivindicação. Proponho-vos, pois, este conceito: cidadania militante.

Ora, os principais inputs para legislar decorrem desta nossa participação ativa na sociedade e na forma de a transmitir para os nossos representantes eleitos para a Assembleia da República. O mandato de cada deputado – enquanto legislador – decorre da vontade do povo expressa nas urnas. Ao político compete equilibrar as suas convicções sobre a sociedade com a vontade, as aspirações, os anseios, os sonhos dos cidadãos que o elegem.

A justiça, na perspectiva do legislador, decorre da sua capacidade de interpretar a vontade da sociedade como um todo. No limite, o legislador não atua isoladamente, mas tendo em conta o que as mudanças

em sociedade exigem e é tanto mais eficaz e justo quanto melhor souber fazer essa interpretação.

Vivemos tempos em que a cidadania ativa – a tal cidadania militante que vos proponho - tem de ser estimulada e respeitada, sob pena da indiferença aos cidadãos gerar também o imobilismo dos decisores políticos.

Ora, o conceito de Justiça passou a exigir, nas sociedades modernas e cada vez mais digitalizadas, que todos trabalhemos em conjunto para que todos – com direitos e deveres – possamos construir sociedades mais justas e mais comprometidas com a igualdade de oportunidades. Sociedade política e sociedade civil são ambas necessárias para a realização da justiça em todas as suas dimensões.

Como afirma Bergson, “a sociedade não pode subsistir se não subordinar o indivíduo, nem pode progredir se não o deixa atuar”. Ou, como diz Max Weber, “a sociedade assenta numa partilha de interesses marcada por uma vontade orientada por motivos racionais” (acrescento eu, nem sempre racionais, muitas vezes afetivos para expectativas criadas e frustradas).

Esta introdução para afirmar que, na minha perspetiva, o Direito procura a justiça em sociedade. Onde está a sociedade está o direito, porque onde está o homem está a Liberdade. O direito é um facto ou fenómeno social, depende do equilíbrio do poder instituído com a liberdade de cada um de nós.

Olhemos, pois, para a nossa vida em sociedade hoje, propondo três reflexões

na perspetiva do legislador para a realização da Justiça:

1. Justiça para o legislador é, em primeiro lugar, aquilo que é "justo" fazer em cada quadro político. Por exemplo, no atual cenário público, o que consideramos ter sido "justo" foi acabar com a sobretaxa do IRS, melhorar um conjunto de prestações sociais, aumentar o salário mínimo. E, com isso, além de aumentarmos os rendimentos e contribuirmos para o reforço da justiça social, gerámos um aquecimento da economia, com reflexos saudáveis nas contas públicas, como se tem visto.

2. Justiça para o legislador é um ato de intervenção política para acorrer a necessidades sociais. Não é um ato meramente jurídico. A lei é um ato político, não é um ato de iluminados juristas num Olimpo do Direito. Não quer dizer que esses juristas não tenham ou não devam ter uma intervenção ou que não sejam necessários, mas as decisões essenciais sobre o conteúdo da lei são da esfera do político. E, ao contrário do que se possa pensar, e se calhar do que seria popular dizer aqui, a prevalência das ponderações jurídicas sobre as políticas dão muitas vezes mau resultado, e há vários exemplos disso.

3. Há mais um fenómeno interessante: hoje em dia, o legislador tem menos intervenção para adotar diplomas de acordo com os seus critérios de justiça. 15 a 25% dos diplomas aprovados em Portugal têm origem em diretivas da União Europeia. Ou seja, a existência de uma "solução justa" desloca-se para o espaço de intervenção e reivindicação dos Estado na União Europeia e perante a própria União Europeia. E aí temos um problema: essa decisão tende a estar

"capturada", ou pelo menos condicionada, por interesses de serviços e reguladores (BdP, CMVM, AdC, etc). Que nem sempre são as mais facilitadoras da vida das pessoas. Se quiserem um exemplo do mais básico, vejam a diretiva que impõe prazos muito mais curtos para a renovação das cartas de condução.

As sociedades contemporâneas são extremamente mediatizadas. O papel da comunicação social, com mais informação, mas também as redes sociais com mensagens instantâneas pressionam os legisladores a uma resposta mais rápida e mais exigente. E estes dois valores nem sempre se revelam compatíveis. A meu ver, a exigência não pode confundir-se com uma resposta imediata de mudança legislativa, sem ponderação ou estudo, ao sabor da espuma dos dias.

O que defendo é a estabilidade legislativa. Como contornar esta estabilidade com a pressão mediática é hoje um grande desafio.

Tomemos como exemplo os casos mediáticos, que “criam” culpados ainda sem julgamento. Todos temos a noção de que a corrupção é o que mais mina e choca as sociedades contemporâneas e é um fenómeno que tem de ser combatido sem quartel, a todos os níveis. Mas a resposta não pode ser apenas a ideia do “vamos já alterar a legislação”. Muitas vezes, tantas vezes, o erro não está na legislação que já existe, mas na sua não aplicação.

Em Portugal, por exemplo, já há muita legislação anticorrupção, mas ela não é aplicada de forma eficaz. E quem o diz é o atual diretor do DCIAP, que é com

certeza uma voz autorizada sobre este assunto.

Não podemos permitir – seja por ineficácia das respostas, seja por inação, mas seja também pela tentação de “atirar mais rápido do que a própria sombra” - que o discurso antipolítica e antissistema possa dar lugar ao jogo perigoso da demagogia e populismo, que cultivam e exploram o afastamento entre o cidadão e o poder político.

Esse combate implica que o poder político tem de estar sempre ao serviço dos cidadãos, tem que ser testado e tem de dar resposta aos problemas que se colocam à nossa sociedade em cada momento.

Mas erra, e erra gravemente, quem pensa que a resposta é legislar sem ponderar, sem estudar e sem avaliar. Esse é um erro fatal, que contribuirá ainda mais para distanciar os políticos dos cidadãos.

A credibilidade – e esta é a palavra-chave – faz-se de estabilidade e faz-se de confiança. Confiança nos protagonistas e nas instituições que compõem o sistema democrático. E, da parte destes, essa credibilidade consegue-se a falar verdade e a cumprir os compromissos assumidos. Se legislar é um ato da vontade política, a vontade política tem que saber resistir ao facilitismo e mediatismo. Sem nunca perder de vista que a transparência e participação conferem confiança na democracia.

O que é afinal a Justiça senão uma sociedade democrática, participada e com a voz de todos? Em resumo, o Estado de Direito democrático, que julgo que é um valor que todos nesta sala partilhamos.

Voltando à pergunta inicial, ousou dizer que é bom que a Justiça traduza a vontade do povo através do legislador.

Terá a justiça problemas irresolúveis?

Isabel Graes

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Expostos os motivos que nos conduziram à realização do Ciclo de Conferências cujos textos ora se publicam, importa que nos centremos no tema que entendemos dever dar a conhecer que resultou de um conjunto de reflexões e inquietudes que têm dominado a nossa atenção nos últimos anos e que decidimos resumir sob a forma de uma pergunta: *Terá a justiça problemas irresolúveis?* E a que problemas concretos podemos aludir, numa época que tanto se fala de falhas e vícios da justiça e da falência do modelo existente? Uma terceira pergunta se impõe, no sentido de aferir da possibilidade em identificar um marco específico que permita estabelecer o início das dificuldades ou problemas? Ou, pelo contrário, estas sempre existiram, tendo apenas sofrido diversos ajustamentos atendendo ao período em causa? Para sermos mais exactos, talvez o tempo verbal que o título da nossa comunicação deveria apresentar, ao invés do futuro do indicativo, devesse ser antes o pretérito perfeito, pois na verdade a justiça não enfrenta problemas, a justiça sempre enfrentou dificuldades ou obstáculos que teimam em não desaparecer, fazendo dos problemas de hoje as dificuldades de

sempre, apenas pinceladas com alguns contornos ou matizes epocais que o historiador do direito e o historiador da justiça vão evidenciando. Frise-se, desde já que não pretendemos apresentar soluções milagrosas que certamente encantariam políticos e académicos, mas que seriam impossíveis de concretizar. Ao invés, deixaremos aqui meras sugestões de reflexão que poderão provocar mais dúvidas do que certezas.

Tampouco pretendemos cansar quem tão pacientemente nos escuta, salientando de imediato que não é nossa intenção apresentar uma enumeração exaustiva de sabor pessimista que apenas poderia procurar traduzir todas as debilidades sentidas, acompanhadas das opções propostas ou efectivamente tomadas, ainda que se tenha tornado recorrente a apresentação obsessiva da falência do modelo judiciário que opta por considerar como efémero qualquer possível avanço.

O ponto de partida para a análise que ora encetamos e que entendemos dever ser prosseguida por qualquer estudioso da Justiça deve residir na identificação das causas do modelo traçado, seguindo-se o leque de respostas dados com vista à

resolução das dificuldades sentidas. Tal metodologia não será de difícil execução, ao ser tomado como referência um período mais remoto, dado que ao nosso lado temos, a ajuda inestimável da História. Para o cenário hodierno também não são notórias quaisquer dificuldades, bastando apenas percorrer com o olhar alguns periódicos que enxameiam diariamente o debate político e social para rapidamente nos inteirarmos do que pode estar a correr menos bem. Em ambos os casos, mais facilmente se fala do que não vingou, sendo as soluções vitoriosas rapidamente remetidas para o esquecimento. Após terem sido identificados os problemas e enunciadas as reformas, aconselha a prudência que restrinjamos a nossa abordagem aos modelos aplicados, ainda que muitas vezes seja mais apelativo apresentar o que gostaríamos que tivesse sido implementado pois estas soluções mais se aproximariam do que pensamos ser a solução perfeita. Todavia este último não será o nosso percurso.

Em suma, tal como referimos, é imediata a confrontação com um vastíssimo conjunto de problemas, não sendo pecando este tema por qualquer défice de discussão. Na verdade, há muito que se tornou viral, havendo da parte de todos uma habilitação inata para deixar qualquer apontamento, por mais breve que seja.

2.

A pergunta que norteia a nossa reflexão intitulada é quase sempre acompanhada por outra que é introduzida quase de modo imperceptível: a de haver, ou não, uma crise na justiça? Ou, por outras palavras, tem a justiça vivido em crise?

Face à multiplicidade de opiniões que são apresentadas, é possível estabelecer um elo comum que se traduz comumente na ideia de que existe uma crise na justiça ou que à crise do poder judicial corresponde a uma crise na justiça. Torna-se então uma empresa fácil enunciar todas as debilidades, até porque é fácil criticar. Como veremos não existem apenas problemas contemporâneos, mas adversidades transversais, ou mesmo intemporais que o cotejo das primeiras reformas aplicadas em Trezentos com os actuais textos legislativos coloca em evidência demonstrando uma revisitação recorrente por parte do legislador. Se em alguns casos podemos denunciar uma incapacidade por parte deste último ao não saber debelar o problema atempada e integralmente, em outros momentos será a contínua mutação social que irá tornar insuficiente uma determinada solução obrigando ao seu ajustamento. Como veremos existem aspectos como o que diz respeito à construção do mapa judiciário que impuseram uma adequação regular e atenta, mais próxima das necessidades sociais, o que quer dizer mais permeável à mudança e não cristalizada no tempo para bem da “*comodidade dos povos*” como indicava o legislador oitocentista.

No entanto, as dificuldades sentidas são muito anteriores à Idade Contemporânea. Senão vejamos. Assim, ao serem compulsados os agravos de cortes apresentados ao longo da Idade Média e parte da Idade Moderna, pelo menos até à reforma de 1582, altura em que é criado um tribunal de segunda instância no norte do país, verificamos ser constante a necessidade de esbater a distância em *que os povos se achavam dos seus juizes, o longo*

tempo da duração dos pleitos e a confusão da legislação relativa à ordem do processo. Desenganem-se os que pensam que a questão ficou resolvida pois séculos mais tarde, e não foi apenas por uma mera questão de atender à política local, a legislação vintista e o preâmbulo do decreto de 29 de Novembro de 1836 denotariam a necessidade de se proceder a um novo traçado dos limites geo-judiciais retomado nas reacções de Velez Caldeira, Veiga Beirão, Manuel Rodrigues Júnior e, mais recentemente de Paula Teixeira da Cruz e Francisca van Dunen. A justificação esteve e está na necessidade de tornar a justiça mais próxima e se a designação dá o título a uma plataforma digital desenvolvida pelo actual governo, não é alheia aos pergaminhos de outras épocas.

Conexo com esta matéria encontra-se o repto que Vital Moreira dirigia em 1977 e para o qual solicitava o desencadeamento do debate parlamentar aquando da primeira reforma da organização judiciária verificada naquele mesmo ano que deveria colocar em evidência o tipo de tribunais e juizes que deveríamos e quereríamos ter; e que continua até hoje a não ter uma única resposta. De igual modo, almejamos ter magistrados conscientes, ponderados, quase caindo no atrevimento de dizer “virtuosos” como outrora foi invocado, ou seja, probos, independentes e imparciais; mas também informados e especializados.

Ao mesmo tempo pretendemos a existência de tribunais impolutos que respondam atempadamente aos litígios que lhes são conferidos pois como afirmava D. Pedro na carta remetida de Bruges a seu pai e

irmão: “os que tardem vencem, ficam vencidos”¹; não devendo debater-se nem com litígios em massa nem com processos intermináveis. A boa justiça não corresponde à mega-justiça ou ao mega-juízo, ou ainda ao mega-processo de que nos falava há semanas atrás o Dr. Rogério Alves. Em resumo, quererão estas breves palavras iniciais significar que as falências foram perpetuadas, sendo o legislador uma figura incauta por natureza? Ou que nada se fez? A resposta dada a ambas as perguntas não pode deixar de ser negativa, mas também não podemos advogar que tudo o que se colocou em prática obteve um resultado positivo.

3.

Muito embora se tenha tornado uma temática recorrente, podemos, de facto, afirmar que a justiça tem problemas verdadeiramente irresolúveis? Ao analisar a questão judiciária verificamos estar face a um problema que costuma receber como adjectivo o termo crónico, implicando que se trata de uma realidade constante. Terá este um problema uma natureza axiológica? De que falência falamos afinal? É a própria justiça enquanto valor que está em crise ou, pelo contrário, são as adversidades que apresenta meramente administrativas

¹ Neste documento, eram as seguintes as palavras do infante: “*Pareceme Senhor, que a Justiça tem duas partes, huma de dar a cada hum o que he seu, e outra darlho sem delonga, e ainda que eu cuído que ambas em vossa terra igualmente falecem, da derradeira são bem certo, e esto faz tão grande dano em vossa terra, que a muitos feitos aquelles que tarde vencem ficam vencidos*” (in Revista Biblos, vol. XXVIII, 1952, pp. 33-54 e ainda na obra de João Pedro Ribeiro, *Dissertações cronológicas e criticas sobre a Historia e Jurisprudência eclesiástica e civil de Portugal*, Lisboa, 1810-1836, p. 393.

provocadas por uma ausência de medidas atempadas e suficientes?

À primeira pergunta e porque não é este o momento de proceder a considerações de pendor filosófico até porque tal ponderação levar-nos-ia a definir se a descoberta do justo é uma tarefa do jurista ou do filósofo; responderemos com as palavras de Paulo Otero que rejeita tal concepção, dado que a justiça ao traduzir o fim primeiro do Direito e o critério último de orientação teleológica da acção decisória pública, não pode dizer que atravesse qualquer crise, continuando pelo contrário a ser uma aspiração, um propósito e um elemento axiológico da moderna sociedade². Acrescenta ainda o mesmo autor que a função jurisdicional, por ser diferente das demais funções do Estado, tem uma responsabilidade institucional única pois se é certo que não são os tribunais que fazem a justiça, enquanto valor, antes se encontram eles próprios subordinados a uma ordem axiológica suprapositiva que os transcende, a verdade é que “*são os tribunais que têm a função última de definir aos homens do presente a justiça das respectivas situações jurídicas*”³.

Rejeitada a justificação axiológica, verificamos que ainda assim não é possível afastar uma certa falência organizacional existente, não representando Portugal um caso isolado. Para este efeito, a expressão comumente utilizada e consensualizada é traduzida pela expressão *crise da justiça*, entenda-se crise da administração da

justiça que ultimamente foi hiperbolizada pela acção dos *media* que não hesitam em salientar de modo crítico e vincado as falhas existentes.

Feitas estas breves considerações iniciais, passamos a enunciar algumas das fragilidades ou problemas mais evidentes:

- i. **Acentuado descrédito e insatisfação** que os cidadãos têm para com os magistrados e à justiça como um todo e que na opinião de Vera Cruz Pinto constitui o verdadeiro critério de *jurismetria* que nos permite aferir o bom funcionamento da justiça, ao invés dos róis de estatísticas que nos apresentam processos resolvidos e pendentes⁴;
- ii. **Excesso de legislação** que peca ainda por ser descoordenada, pouco clara e raramente sistematizada. Note-se que, por vezes, o sistema judiciário parece um *puzzle* cujas peças apresentam defeito e não nos permite encaixá-las, provocado por **sucessivos e apressados processos de reforma**, adjectivos que o léxico utilizado por Mouzinho da Silveira fazia acompanhar do vocábulo **atropelados** quando se propôs caracterizar os diplomas coevos e que se tornam intemporais, dada a perfeita adequação ao diálogo hodierno.
- iii. Apesar de numerosa, a legislação não deixa ainda de acusar a ausência de trabalhos que tenham tido por objectivo analisar o **impacto provocado pelos inesgotáveis diplomas**, sendo a

² *A crise na concretização jurisdicional da justiça*, in O debate da Justiça, p. 157.

³ Paulo Otero, *A crise na concretização...*, op. cit., p. 161. Vd. ainda Castanheira Neves, *Questão de facto e questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, I, Coimbra, 1967.

⁴ *O futuro da justiça...*, p. 21.

actividade judiciária um dos seus mais evidentes exemplos, factor que confere um **cunho amador e improvisado às reformas**, ao mesmo tempo que nos leva a **falar em diplomas sazonais dado o exíguo período de vigência que os caracteriza**.

- iv. Entre a escassez de meios, ressalta a **supressão de tribunais**, problema que por si só, impõe e justifica a introdução de reformas (processuais e orgânicas), a par da **ineficiência, inacessibilidade e custos desmesurados**; aspectos que rapidamente poderíamos indicar como tradutores da falta de transparência do actual modelo jurisdicional, mas que se tornam apenas mais um exemplo, comparativamente a tantos outros que a história nos dá a conhecer.
- v. O exemplo mais recorrente é dado pelos distintos desenhos do mapa judiciário que tornaram esta matéria o alvo predilecto das críticas que não hesitam em declará-lo como desajustado, seja qual for o período cronológico que tenhamos em vista. Recorde-se que a sua construção será sempre o primeiro passo a dar, traduzindo-se no **verdadeiro sismógrafo do modelo introduzido e da bondade das medidas adoptadas**. Este é um dos problemas mais antigos, desenganando-se todo aquele que defender que se trata apenas de uma fragilidade e dificuldade actual. Recorde-se o **mosaico geo-judiciário medieval desde as sucessivas medidas régias que procuraram mitigá-lo desde as inquirições até ao último fôlego**

absolutista tomado em 1790. Recuando às lições de Justino de Freitas e Alberto dos Reis, **é-nos dito que a boa divisão do território é determinante na condução da administração da justiça**. No entanto, a história mostra que **não houve um desenho geográfico judicial apenas, mas vários**; e se as dificuldades herdadas do *Ancien Régime* vaticinavam uma empresa difícil, o Liberalismo quase que a tornou impossível. Em suma, este tornar-se-ia mais um dos mitos da reforma estrutural. Afastadas algumas propostas meramente transitórias, o modelo que se instalou consagrava a divisão geográfica em distritos, comarcas e julgados, cujos limites desenhados ora se apresentavam de forma mais ou menos dilatada, consoante as orientações políticas seguidas, ainda que não deixassem de ser ouvidas as populações locais em nome do respeito pelo critério, como já referimos, *da comodidade dos povos*. De Mouzinho da Silveira (1832) a Veiga Beirão (1886-1887), sem esquecer António Bernardo da Costa Cabral (1844), Velez Caldeira (1854), Barjona de Freitas (1874) e Adriano Machado (1881), diversos foram os lastros deixados. Sem exagero podemos afirmar que as críticas, os desajustes e a falência sistémica passam a ser frequentemente apontados, sendo o mapa judiciário aquele que mais censuras tem recebido impondo uma reflexão sobre o modelo de administração da justiça e a própria noção de estado de direito democrático.

- vi. **Igualmente insuficiente é o número de magistrados e funcionários judiciais** ainda que a história mais recente revele um aumento substancial, especialmente desde o último quartel de novecentos, mas que apesar de tudo se revela incapaz de dar resposta à miríade de problemas que são conduzidos até ao palco judiciário e que outrora eram da competência, designadamente, da esfera familiar.
- vii. Ante a presente descrição, é incontornável a morosidade imputada ao trâmite processual que pode conduzir à fragilização de direitos tão presente na expressão quatrocentista do infante D. Pedro que aqui já referimos⁵ e a que séculos mais tarde José Alberto dos Reis acrescentaria a seguinte afirmação: *“não basta que a sentença seja justa, é indispensável que a justiça seja ministrada na devida oportunidade*⁶. Muito embora a denúncia seja constante, dela não podemos extrair a ilação de que nada se fez, encontrando-se entre os exemplos mais recentes as medidas de **desjudicialização de conflitos; mediação; descriminalização de condutas e aumento das custas processuais**.
- viii. Por todos estes factores é inequívoco o estado de insatisfação social causado pelo **número de processos terminado que muito dificilmente supera o de processos iniciados**; em que se acusa um **excessivo recurso a actos burocráticos** que

⁵ Vd. nota 2.

⁶ *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1948, vol. V, p. 8.

determinam a delonga no trâmite processual; a **distribuição deficiente de processos, independentemente da opção de uma política de court management que procura adequar os conceitos de *accountability* e de gestão de proximidade**.

- ix. Mas é sobretudo junto das questões deontológicas que as fragilidades mais têm grassado. Se remontarmos aos períodos medieval e moderno é-nos dada a conhecer a figura de um juiz ou de um advogado exemplar, por oposição aos **enliçadores e enredadores** que negavam o sentido que Antunes Varela fazia corresponder ao **exercício da magistratura judicial ao declará-lo como um sacerdócio, acrescentando que o magistrado tem de esforçar-se por ser, numa palavra, o espelho das virtudes que, por delegação embora do Direito, a todo o momento exige dos outros**⁷. A crítica mantém-se bem presente nas discussões entabuladas a nível europeu⁸ e internacional de que são exemplo os ***Princípios de Bangalore de 2001 ou o Código Ibero-***

⁷ BMJ, 51, pp. 8-9.

⁸ Vd., designadamente, o Parecer n.º 3 (2002) do Conselho Consultivo dos Juizes Europeus dirigido ao Comité de Ministros do Conselho da Europa, aprovado em 19 de Novembro de 2002 denominado *“Princípios e regras que regem os imperativos profissionais aplicáveis aos juizes e, em particular, a deontologia, os comportamentos incompatíveis e a imparcialidade”*, assim como *“As linhas directrizes de Budapeste”*, adoptadas em 31 de Maio de 2005 pelos participantes na 6ª sessão da conferência de procuradores-gerais da Europa, a que se seguiu a Declaração de Londres sobre a Deontologia dos Juizes (Junho de 2010) e a Recomendação CM/REC (2019) 12 do Comité de Ministros aos estados Membros sobre os juizes: independência, eficácia e responsabilidades.

Americano de Ética Judicial decorrente da declaração de Copán-San Salvador, de 2004 e a que também não é alheio o texto do actual Estatuto da Magistratura Judicial portuguesa⁹.

- x. A assunção de bons e correctos magistrados implica ainda uma boa preparação, levando-nos também a reflectir sobre as diversas reformas do ensino e as dificuldades introduzidas por um período apressado de formação jurídica básica reduzido a 4 anos que conhecemos pela designação de processo “de Bolonha”.
- xi. Tantos outros temas poderíamos aqui trazer à colação como a verificação da ocorrência do erro judiciário que Luca Lupária diz constituir “*da sempre il rovescio oscuro del fenomeno processuale, la bancarotta dell’ accertamento, la radicale etrogenesi delle finalit  assegnate alle nostre aule de giustizia*”¹⁰; a preterição do princípio da presunção de inocência¹¹; a necessidade de um processo equitativo, célere, em que não se recorra a actos inúteis, procurando, ao invés, a economia de actos e formalidades; assim como poderíamos reflectir sobre a sobrelotação das prisões; o abuso da medida da prisão preventiva; a

⁹ Cfr. as *European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors* (https://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/ccj_e/default_en.asp).

¹⁰ *Cultura della prova ed errore giudiziario: il processo penale in discussione*, in *Errori giudiziari e background processuale*, Luca Lupária et. al. C. Giappichelli editore, Torino, 2017, pp. XI-XIX, em especial p. XI.

¹¹ Cfr. Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal* (1967-1968), Coimbra, João Abrantes, 1968, p. 48.

par de outras ambivalências como a independência do poder judicial e a responsabilidade dos magistrados sendo este último um dos assuntos que mais tinta tem feito correr. Apelando para testemunhos da história da última centúria, citamos Manuel Rodrigues Júnior que não hesitou em considerar a independência como um dos pontos nevrálgicos do estudo da administração da justiça; ou Francisco Sá Carneiro que sob a mesma temática disse tratar-se de um aspecto não contemplado pelas leis comuns como bem o reflectia a composição e forma de nomeação dos membros do Conselho Superior Judiciário. A estas manifestações acrescentou recentemente Cunha Rodrigues que “*não é independente o juiz só porque, no momento de julgar, está isento de coacções e pressões de circunstância. A independência gera-se nas garantias que acompanham o estatuto social e profissional do magistrado*”¹². Em 1997, no V Congresso dos Juizes Portugueses realizado em Viseu que teve por tema “*O Poder Judicial na Viragem do Século: Realidade ou Ficção?*”¹³, o Conselheiro José Maria Rodrigues da Silva alertava para a necessidade de que não bastava proclamar a igualdade entre os poderes políticos, para que, na realidade, o fossem; defendendo,

¹² *A Constituição e os Tribunais*, Diabril, Lisboa, 1977, p. 87.

Vd. ainda o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 21 de Junho de 2016 (Ramos Nunes de Carvalho de Sá c. Portugal), requêtes n.ºs 4687/11.

¹³ Cfr. *Poder Judicial na Viragem do Século: realidade ou ficção?* Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Viseu, 1997.

por sua vez, António Henriques Gaspar, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, no XI Congresso dos Juizes Portugueses realizado em Outubro do ano passado que a existência de tribunais e juizes independentes com deveres e condições definidas no estatuto é uma condição essencial da democracia e direito fundamental dos cidadãos, devendo ser conferida àquele diploma a dignidade de Lei Orgânica.

Mais do que um problema nacional, **a independência da magistratura e dos seus órgãos é uma preocupação que atinge vários estados**, ainda que não possamos dizer todos, se recordarmos o recente caso da Turquia onde foi dissolvida a Associação Turca de Juizes e Procuradores (YARSAV), circunstância que faz recordar outras experiências europeias como a húngara, a sérvia, a ucraniana, a eslovaca e a polaca. Com contornos distintos, a polémica não deixou de ser erguida, nos últimos anos, quando a elaboração do mapa judicial belga colocou em causa o respeito pelo princípio da inamovibilidade; o mesmo sucedendo em Espanha, em virtude da alteração do modo de designação dos membros do *Consejo General del Poder Judicial*. Nos vários quadrantes da doutrina portuguesa, também se levantaram vozes quando, por força de um plano de contenção orçamental, já neste século, foi atingido o estatuto remuneratório dos magistrados.

Outros problemas poderiam ser invocados, sendo estas apenas algumas das debilidades que podem ser identificadas.

A pergunta impõe-se, indagando, desta vez, se pertencem estas preocupações apenas ao historiador do direito e, por inerência ao historiador da justiça, ao político, ao processualista ou ao penalista. Entendemos que não se tratam de problemas susceptíveis de um recorte social ou científico, traduzindo pelo contrário um conjunto de preocupações da sociedade em geral cuja actualidade é indesmentível, da mesma forma que se justifica falar de uma transversalidade cronológica e temática contagiantes. Ainda assim e muito embora que não esqueçamos que a cada período se encontram associadas características epocais que conduzem à *unicidade* das fragilidades sentidas, podemos citar exemplos mais remotos como as questões suscitadas recorrentemente nas cortes em que a matéria da justiça ocupava cerca de 70% dos capítulos apresentados, de que não foram excepção as reuniões de 1581 e 1641 em que se assistiu à introdução dos já habituais temas relativos ao modo de desembargar; a preocupação com o segredo ou um certo “recato judicial”; a fiscalização a magistrados; a periodicidade e efectividade das medidas tomadas; a manutenção de uma justiça especial; os prazos processuais; as delongas causadas abusivamente pelos procuradores e as excessivas custas judiciais, frisando-se por exemplo neste último caso que a matéria pouco tinha de inédita, apenas nos bastando recordar as vetustas leis de Teudis que qualquer aluno recordará das aulas de História do Direito.

No entanto, mais recentemente tem sido colocado um novo e não menos delicado problema fundado no peso dos *media* que não têm hesitado em vulgarizar e massificar o judiciário. Mais do que uma mera fragilidade, este *quarto poder* tem-se

revelado uma ameaça face aos princípios da prossecução da correcta e boa administração da justiça, ao mesmo tempo que a sociedade parece preferir ignorar ou desvalorizar tal conduta, tão temerosa que se encontra de fenómenos como a judicialização da política, optando, ao invés, por afastar os modelos que possam converter o magistrado em legislador *in partibus*. Convém esclarecer que não retiramos qualquer mérito ao jornalismo de investigação, mas não podemos deixar de alertar para a condução da justiça ao “auditório universal” para usarmos a expressão de Perelman, obrigando a que os magistrados se justifiquem na praça pública pelo raciocínio lavrado nas suas decisões. Por este motivo entendemos que a justiça tem sido violentada e atrofiada. Se por oposição à política de segredo, foi exigida a publicidade, esta rapidamente foi desvirtuada, ao permitir-se que o sensacionalismo desfigure o contraditório, para usarmos a magistral expressão de Garapon. É importante não esquecer que é a imagem que deve estar ao serviço da democracia e não o oposto.

São assim criadas diversas perversidades de que a violação do segredo de justiça é uma realidade, tornando-se cada vez menos secreto, ao mesmo tempo que é constante a cumplicidade entre jornalistas e as “fontes ligadas ao processo”, expressão criada pela própria comunicação social para justificar as fugas de informação. Por este motivo, é tão importante rever as fronteiras deontológicas, quer dos jornalistas, quer dos actores judiciais.

Por sua vez, os cidadãos, ao adoptarem uma postura mais interventiva, interferindo e exigindo respostas

constantes aos órgãos judiciais, têm forçado também a deslocação e desentranhamento espacial da justiça para a praça pública, aspecto que nos impede de retomar a noção outrora utilizada de *sacralidade* do espaço judicial.

Decorrente da realidade que acabamos de expor, emerge outro tipo de problema que consiste no desenraizamento da justiça daquele que pode ser considerado o seu tempo. Não falamos do tempo razoável para a resolução do caso concreto, nem se pode extrair das nossas palavras que defendemos a morosidade como característica da boa administração da justiça, cientes que estamos de que é a vida do cidadão que está em jogo, sendo aquele um direito fundamental que se impõe respeitar, mas não podemos esquecer que o tempo da justiça não é nem poderá ser nunca o tempo da política, nem o tempo dos *flashes* noticiosos. Recorde-se que numa fracção de segundos, é possível destruir a vida de um cidadão, o mesmo podendo ocorrer com a projecção e divulgação de uma *fake news* que embora encontre a sua génese na exposição distorcida e manipulada praticada em épocas mais remotas, atinge hoje proporções inimagináveis. Incontornável e imprescindível, inclusive enquanto símbolo de transparência e de uma assunção de liberdade, o direito a informar e a ser informado não consegue evitar uma certa parcialidade inerente à mensagem que é transmitida.

Presentes estas premissas e tendo em atenção as últimas alterações sociais e políticas, o magistrado viu-se convertido no *regulador de todos os conflitos*, para

usarmos a expressão de Alain Minc¹⁴, de *cruzado do século XXI ou anjo da democracia*, como refere Garapon. Tais comportamentos tendem a traduzir uma linha de protagonismo judicial justificado por movimentos como o activismo que Vera Cruz Pinto interpreta como uma iniciativa “*opinativa, justiceira e populista*”, dizendo reflectir *um dos sintomas das muitas doenças que afectam um sistema de justiça falido e injusto*¹⁵ que não hesita, na nossa perspectiva, em apresentar *esquizofrenicamente* o Estado como corrupto. Se nos últimos dois séculos os modelos apresentados no mundo ocidental centraram nos seus antípodas as figuras do magistrado montesquino e a metáfora do juiz Hércules de Dworkin, a realidade está muito distante de se apresentar tão simplisticamente. Por este motivo, não basta dizer que o juiz é a boca que pronuncia a lei, ainda que o primado da lei esteja hoje fortalecido, uma vez que têm sido invadidas esferas que até há pouco eram apenas do domínio privado, levando o magistrado a penetrar áreas que até então lhe tinham sido vedadas. A este último é exigida a função de árbitro como refere Garapon, tornando-o em diversos casos o *guardião do Direito* ou o *guardião da virtude pública*, expressão que é utilizada também pelo citado magistrado e secretário-geral do *Institut des Hautes Études sur la Justice*¹⁶. A

¹⁴ *L'ivresse démocratique*, Paris, Gallimard, 1995, p. 116 e Jean-Claude Farcy, *La justice française de la révolution à nos jours*, Paris, PUF, coll. Droit et Justice, 2001, p. 58.

¹⁵ In *O Futuro da Justiça...*, pp. 55 e 133.

¹⁶ *O guardador de promessas, justiça e democracia*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998, p. 53.

A expressão é utilizada também por Paulo Otero, cujas palavras passamos a citar: “*os tribunais não podem ser tidos apenas como órgãos de soberania, mas como garantes institucionais da justiça presente nas normas constitucionais, legais, nos actos da administração e de todos os actos jurídicos privados, em suma, são os últimos guardiões da justiça*” (in *A crise na concretização*

mesma interpretação é feita Aharon Barak¹⁷, sem permitir, contudo, que o magistrado se metamorfoseie na figura de juiz cruzado ou que de *exegeta tenha passado a ministro da verdade*, levando a justiça a ocupar “*um lugar central no funcionamento das democracias abertas e plurais*”, como afirma, por sua vez, António Henriques Gaspar¹⁸.

Porque o tempo já vai longo, torna-se impossível tratar detalhadamente os temas que acabamos de enunciar, já que a vastidão e complexidade subjacentes são evidentes; deixamos tal empresa para um futuro seminário da História da Justiça, quiçá, o do próximo ano lectivo.

4.

Mas, se por um lado, não basta enumerar deficiências, tampouco é suficiente consagrar constitucionalmente o acesso aos tribunais¹⁹, para que tudo esteja resolvido, sendo necessário, como salientava Chaves e Castro que *sejam criadas regras ou fórmulas fixas e invariáveis (...)* que habilitem o julgador a proferir uma *decisão justa*²⁰, ou, como refere o legislador actual, em “*tempo razoável*”²¹. Recorde-se

jurisdicional da justiça, in O debate da Justiça, Vislis Editores, Viseu, 2001, pp. 160-161).

¹⁷ *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss_papers.

¹⁸ *A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. O juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade*, in *Julgar*, nº 1 (Janeiro-Abril 2007), p. 23.

¹⁹ Cfr. art. 26º da Lei da Organização do Sistema Judiciário que reproduz o disposto no art. 20º/1 da CRP. O tema em causa é constatemente tratado como resulta da última manifestação do actual Bastonário da Ordem dos Advogados, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, edição especial, Novembro/2017, p. 4.

²⁰ In *Organização...*, op. cit, p. 2.

²¹ Sobre o entendimento da expressão “*prazo razoável*”, cfr. art. 26º /3 da Lei da Organização do Sistema Judiciário e ainda os acórdãos Paillet e Richard, ambos de 22 de Abril de 1998, R98, §§

que a justiça dos julgamentos e a manutenção da paz social assentam sobretudo na organização judicial e nas qualidades que concorrem nos juízes e no reconhecimento da sua independência. Da iniquidade dos julgamentos resultam os erros judiciais, apesar de muitas vezes serem entendidos como *prius* e não como *posterius* da própria iniquidade, sendo possível a inquinação de qualquer decisão judicial. Neste contexto, o legislador português procurou, desde sempre, evitá-lo ao consagrar o direito ao recurso, a par da instituição das decisões colegais e do dever de fundamentação das sentenças entendido como reflexo da racionalização do exercício do poder como limite ao arbítrio, revelando-se, deste modo, assaz percursor quando comparado com o congénere europeu. Em suma, não basta como dissemos, o acesso aos tribunais, sendo necessário que este se traduza também no direito à informação e consulta jurídica, assim como ao patrocínio judiciário; ao direito a uma decisão em tempo razoável; a um processo equitativo e ao direito a uma tutela efectiva e em tempo útil contra possíveis ameaças aos direitos, liberdades e garantias.

57 e 54, respectivamente, Henra, de 29 de Abril de 1998, R98, §58, Karakaya, de 26 de Agosto de 1994, A289-B, p. 45, §45, e A e outros/Dinamarca de 8 de Fevereiro de 1996, R96-I, n.º 2, p. 107, §78. Em Portugal entre os casos mais recentes, é possível mencionar os casos Ferreira Alves c. Portugal, de 27 de Fevereiro de 2003 e Textile Traders, Limited c. Portugal, também da mesma data. A mesma preocupação assiste aos demais ordenamentos jurídicos de que são exemplo as leis alemãs de 17 de Dezembro de 1990 (Rechtspflegevereinfachungsgesetz), 11 de Janeiro de 1993 (Rechtspflegentlastungsgesetz) a que se seguiram os diplomas de 2003-2004 (Justizmodernisierungsgesetz-JuMog) e de 2005 (Justizkommunikationsgesetz, JkomG).

Começámos com uma pergunta provocativa, não o negamos, mas se advertimos que não traríamos soluções milagrosas, também não deixámos de evidenciar que a ilação a extrair jamais corresponderia à constatação de que nada se fez ou a uma idolatria de soluções pontuais tomadas como verdadeiros modelos de perfeição, fazendo crer que é melhor regenerar o passado, ao invés, de olhar para o futuro. Por este motivo, falamos em reformas da justiça, em lugar de usar a expressão reforma da justiça, quase adivinhando que os presentes identificam, de imediato, o magistral legado de Mouzinho da Silveira. Sem lhe retirar o mérito até porque lhe corresponde o início do período judiciário contemporâneo, diversas foram as respostas dadas e soluções apresentadas que a história perpetuou. Numa expressão, podemos falar de reformas e não de uma só reforma, ou sequer de uma reforma estrutural única. É impossível modificar de um só fôlego toda uma estrutura.

Em todas as soluções delineadas o vector ditado pela bússola jurídica adoptou destinos distintos, no entanto a preocupação que esteve sempre subjacente permaneceu, isto é, em todas as épocas procurou-se aplicar o sábio e milenar aforisma de Ulpiano: dar a cada um o seu (*suum quique tribuere*). Este deverá ser, inequivocamente, o verdadeiro e eterno paradigma da justiça sendo o acto de julgar uma das formas de fazer justiça que mais do que a segurança, procura a paz social. A necessidade de criar um figurino que responda às necessidades da sociedade, seja medieval, seja hodierna foi sempre uma preocupação constante na História da Justiça em Portugal, sendo importante

ressalvar que entre as primeiras medidas legislativas régias sobressaem as reformas processuais que incidiram não apenas sobre aspectos meramente procedimentais, mas também sobre os diversos actores judiciais. Entre as diferentes reformas recordamos que elas estiveram presentes desde os primeiros momentos da história judiciária portuguesa, sendo exemplares as medidas tomadas logo em 1314 (a que se seguiriam 1352, 1355 e 1379). Encontramos entre as primeiras medidas régias actos que visam à definição, construção e estruturação do aparelho judiciário, não sendo esta matéria uma preocupação hodierna. O tema tem sido revestido da maior delicadeza desde as cuidadas e atentas tentativas régias em avocar o exercício daquele que era o poder régio por excelência, até à actual preocupação em não ferir o princípio da separação de poderes. Tantos outros exemplos poderíamos dar e se nem sempre as propostas enunciadas se revelaram exequíveis a resposta tem de ser procurada não na ausência de vontade do legislador em resolver os problemas, mas em aspectos exógenos como aquele que resultava das considerações apresentadas por Afonso Costa na sessão parlamentar de 15 de Agosto de 1911, em que exclamava: *“fazer essa reforma [referia-se à reforma judiciária] que é tão necessaria, é impossível, desde já. Isso traria ao Thesouro, sob o ponto de vista financeiro, um encargo que não se pode computar em quantia inferior a 300 contos de réis, não sendo compensado nem pela terça parte do custo para o Estado”*²². Cerca de um século mais tarde, podemos dizer que seriam novamente os motivos financeiros a causa das cambiantes do modelo judiciário, assim como a

justificação para a condição remuneratória dos magistrados ou ainda o aparecimento de determinado tipo de causas judiciais.

Mas por muito cerzida, esfrangalhada e acrescentada que esteja a legislação vigente, pensar em reformar requer a realização de estudos que apreciem o impacto dos diplomas vigentes, ao mesmo tempo que devem ser desencadeadas análises interdisciplinares que permitam aproximar a justiça do cidadão pois só assim se conseguirá recuperar a confiança que há muito se apresenta debilitada. Caso contrário, assiste-se a um amadorismo constante, apenas justificado por fugazes tendências políticas sem qualquer respaldo social. Recordem-se as celebérrimas palavras de Manuel Fernandes Tomás na assembleia vintista em que invocava que num dia em que não tivesse sido revogado um número considerável de diplomas e aprovado igual número, nada havia sido feito.

Entre os diversos objectivos que se pretendem atingir e sem esquecer que vivemos numa época de reformas, justificadas sempre como necessárias, urgentes, imprescindíveis ou mesmo inadiáveis, não podemos deixar de as considerar demasiado aceleradas e pouco ponderadas, só tardando na efectiva aplicação. Ainda assim, o legislador tem propugnado entre as últimas alterações, num quadro de curto e médio prazo, o aumento quantitativo dos recursos disponíveis para o exercício das funções judiciais (mais tribunais, mais juizes e mais funcionários) pois só a majoração de recursos humanos e materiais permite avançar na escalada qualitativa, fazendo uma boa gestão daqueles que já existem,

²² Sessão n.º 48, p. 19.

ou seja, obrigando a uma repartição da divisão de funções e de conteúdos funcionais. Por sua vez, a longo prazo tem-se perspectivado uma mudança qualitativa do sistema judicial desde a modernização dos sistemas de informação recorrendo, por exemplo, às novas tecnologias; ao mesmo tempo que se acolhe a desjudicialização. Vários são os tipos de reforma, sendo possível falar em reformas organizacionais e gestionárias (mapa e organização judiciária; de gestão de recursos humanos e materiais; informatização) e reformas processuais. Na verdade a questão não passa pela ausência de reformas, mas de reformas adequadas.

5.

Anteriormente tal como hoje, estão identificados os problemas, mas as soluções tendem a revelar-se insuficientes e quando dadas, manifestam-se quase sempre muito aquém das necessidades sentidas. Por sua vez, a exiguidade do período em que estão vigentes e a falência de determinados modelos constitucionais torna-as precárias, apenas nos dando a conhecer, na maioria dos casos, um conjunto de tentativas que fazem do direito judiciário um universo experimentalista ou laboratorial.

Como referimos, não podemos falar de uma política de justiça, mas em políticas de justiça. Se esta é a realidade dos últimos anos, também acaba por se tornar transversal a toda a história da justiça em Portugal. A política de justiça traduz as relações de um poder soberano com os demais, tendo havido nos últimos dois séculos a preocupação de não perder de vista a concretização do princípio da separação de poderes. As políticas de justiça revelam o tipo de relações que o

estado estabelece com o cidadão, as relações que permitem a manutenção do equilíbrio da sociedade, a criação de meios que permitam ao cidadão ter acesso à justiça, pretendendo-se com a actividade jurisdicional atingir a verdade material, proteger os direitos e liberdades fundamentais e o restabelecimento do equilíbrio social.

Entre os diversos passos que foram dados, podemos citar a fundamentação das sentenças, como forma de evitar o arbítrio; seguindo-se o estabelecimento de princípios deontológicos que regem as profissões judiciais permeáveis mais recentemente à consagração do tratamento paritário que consagra a igualdade de género dos seus titulares que não exclui a realização de um controlo periódico. Entre outros factores encontra-se a criação de tribunais especializados e a extinção de tribunais especiais; a judicialização da magistratura do Ministério Público que viu ser-lhe reconhecida mais autonomia; a simplificação do rito processual e introdução de ferramentas tecnológicas que procuram combater a morosidade; a racionalização da oferta judiciária, o equilíbrio na distribuição processual por cada unidade jurisdicional, a especialização, gestão local, profissional e responsável da circunscrição judicial; o papel do juiz presidente e dos conselhos superiores; a introdução de um novo conceito de administração pública em que se pretende estabelecer uma aproximação das noções de gestão pública (*new public management*) e gestão privada centrando-se o funcionamento daquela na prestação de contas e na gestão eficiente de recursos²³;

²³ A este respeito cabe salientar que é necessário não esquecer que ainda que compreendamos a bondade do objectivo, não podemos aceitar que a

o estabelecimento de meios alternativos de resolução de conflitos que têm caminhado numa linha de desjudicialização e descriminalização de certas condutas sempre com o objectivo de descongestionar os tribunais ou de desviar a procura para outras instâncias (como os centros de conflito de consumo); o diálogo com os diversos actores judiciais com vista ao estabelecimento de pactos de justiça; ou ainda o recurso a um conjunto de entidades e instituições que ao interagirem permitem a eficiência do sistema de que é exemplo a Rede Judiciária Europeia em matéria civil, comercial e penal e a Rede Europeia de Formação Judiciária.

6.

Atendendo a todas as considerações feitas e porque é impossível apresentar uma solução infalível, cumpre-nos responder à pergunta que deu o mote a esta exposição. *Terá a justiça problemas irresolúveis?* Acreditamos dever antes responder que em virtude do devir dos tempos, o legislador foi revisitando dificuldades para as quais apresentou soluções pontuais ou epocais, sem que seja possível concluir que assistimos a uma realidade endémica. Sem em alguns casos diversas temáticas ficaram sem resposta, outras receberam-na, ainda que, por vezes, as opções delineadas pelo legislador pareçam estar desajustadas ou desalinhas com a realidade ou revelem-se inadequadas como sucedeu recentemente com a apreciação que foi

feita no número de Setembro de 2017 do Boletim da Ordem dos Advogados que adoptou o sugestivo título de “*Inventário: uma reforma falhada*”. Mas nem tudo teve um sinal negativo, ou pior, nem tudo ficou por fazer como fazem crer algumas vozes reveladoras de uma tendência obsessiva e esquizofrénica que apenas procura encontrar falhas. É necessário inverter esta tendência, e para tal é demasiado importante a análise feita pela História da Justiça que ao obrigar-nos a um recorte epocal, mostra-nos a justiça que tivemos sem excluir as duas leituras possíveis: a que revela os inequívocos avanços e as inquestionáveis falhas, ao mesmo tempo que nos adverte para a necessidade de permitir que as reformas produzam os respectivos efeitos, sob pena de cairmos constantemente num *delirius tremens* legislativo.

justiça seja reconduzida e espartilhada por uma fórmula matemática, não sendo possível subsumir tudo a uma mera equação do controlo de produtividade como refere o legislador de 2008 ao usar a expressão “valores de referência processual” (art. 87º/2 da Lei 52/2008, de 28 de Agosto).

