

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E DO SISTEMA JUDICIAL

ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM

Partindo da desconfiança no discurso insistente na necessidade de reformas, que será, afinal, um sintoma de uma crise de identidade do sistema de justiça, efectua-se uma caracterização extensiva da jurisdição, no plano sociológico, da teoria e da filosofia do direito e o que daí resulta de essencial no debate actual sobre a função jurisdicional, assumindo-se a qualidade da justiça e a sua avaliação como elemento fundamental para vida democrática.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

É sempre com muito gosto e simultaneamente com muita honra que participo nas iniciativas ligadas à formação de juízes e às suas associações.

Enquanto professor de Direito tenho insistido na necessidade de uma cultura judiciária comum aos diversos operadores práticos, no cultivo de uma mesma ciência jurídica, para além das metodologias e dos discursos próprios de cada profissão.

Por isso, vejo com preocupação recentes reformas do ensino superior, em geral, e do ensino jurídico, em particular, introduzidas sem pensar nas consequências que vão ter na formação dos profissionais do Direito, em especial, juízes, advogados e magistrados do ministério público.

Já não vivemos à procura de um passado comum, de um tempo perdido, para recordar um célebre romancista. Antes vivemos numa época de reformas que se dizem sempre necessárias, que são sempre aceleradas na preparação e lentas na execução, de tal modo que o próprio tempo do direito se tornou imprevisível. Como se fosse necessário perscrutar os astros para adivinhar o futuro.

Um recente e esquemático pacto político-partidário sobre a reforma do sistema de justiça apenas de um modo muito impreciso permite adivinhar o respectivo sentido.

Vai avançar a «carreira plana» e o sistema de recrutamento dos magistrados vai ter outro tipo de legitimidade?

Vai avançar a anunciada revolução do processo civil?

Os processos em papel vão desaparecer?

Vamos ter uma reforma profunda do processo penal?

O ministério público vai ser reestruturado de modo a sublinhar-se a sua hierarquia?

Vão ser extintos os tribunais de comarca e a nova organização judiciária nada terá que ver com a actual?

O presidente do Supremo Tribunal de Justiça vai passar a ser escolhido de outro modo?

O processo de Bolonha vai ser implementado e o novo sistema de graus que implicações terá no acesso às funções de julgar e do ministério público?

Quais as consequências que os processos de integração das sociedades e dos Estados europeus vão ter no plano do reconhecimento das provas e da execução das sentenças?

São tantas as perguntas a fazer e tão pouco esclarecedoras as respostas que só de um modo melancólico e nostálgico — a nostalgia de um tempo que se perderá — posso entrar na apreciação de algumas vertentes do tema proposto, «o sistema de justiça e a função jurisdicional».

Devo advertir, se ainda fosse necessário, que tenho profunda desconfiança no discurso que insiste sempre na necessidade de reformas. Faço minha uma célebre advertência de Aristóteles: o excesso de leis é um sinal da corrosão da democracia que adivinha o seu fim ou, pelo menos, a sua transformação. A crise da democracia e do sistema de justiça, como mais à frente voltarei a referir, é também o resultado de um errado entendimento sobre a soberania no plano interno ao Estado, essencialmente entendendo-se a função de governar como poder de legislar e atribuindo à lei um papel simbólico que ela não deve ter.

De outro lado, as reformas são sempre apresentadas como urgentes e inadiáveis, esquecendo as sábias palavras de FRANÇOIS OST: «o atentado à ordem jurídica é duplo: não contente de ultrapassar as regras da jurisdição, a urgência obsta a qualquer reforma séria; não contente de destruir a ordem jurídica, a urgência impede de a reconstruir.»

Quando, há quase uma década, concluí uma investigação histórica sobre a função de julgar e o estatuto dos juizes, fiquei surpreendido com elementos que vinham abalar, não apenas muitas das minhas pré-compreensões, como inclusivamente muitas das ideias feitas acerca da formação dos paradigmas do constitucionalismo da Idade Contemporânea. A investigação em arquivos e bibliotecas permitiu-me compreender muitas linhas de continuidade. Muitas vezes conduziu-me mesmo à conclusão — de resto, objecto de estudo pela sociologia do direito desde o século XIX —, que as organizações humanas têm uma ordem própria, moldada sobre factores escritos, não escritores e meramente simbólicos, que aparentemente se impõem aos homens.

Num livro recente descrevi estes factores como o *espírito das instituições*.

As propostas permanentes de reforma são um sinal da crise de identidade da democracia portuguesa e do seu sistema de justiça. Por isso, vou concentrar-me nos aspectos definidores da sua identidade, aqueles que, espero, estão para além de reformas transitórias, procurando, do mesmo modo, apon-

tar as grandes transformações que a sociologia, a teoria e a filosofia do direito têm vindo a diagnosticar nos sistemas judiciais contemporâneos.

O ESTADO E A RACIONALIZAÇÃO DO PODER

Nas sociedades primitivas, a vingança privada é a regra pela qual se vingam as ofensas sofridas. Vingança que pode ser exercida sem regras estabelecidas, sem o desenrolar de um processo justo em que o acusado se pudesse defender da acusação e em que um tribunal imparcial decidisse os litígios.

Na Europa ocidental, deveu-se sobretudo ao direito comum medieval o início de um longo caminho para proibir estes costumes e impor a racionalização do exercício do poder punitivo. Baseados nos direitos romano e canónico, os juristas e os legisladores medievais inventaram os tribunais, os juízes e o processo.

A formação histórica do Estado pretendeu responder aos problemas da violência, do medo e do abuso do poder na sociedade. A proibição da vingança privada foi acompanhada do monopólio estadual do exercício da violência. Para este efeito, foi necessária a criação de um aparelho judicial e policial que respondesse às necessidades sociais de prevenção da criminalidade, julgamento e punição dos delinquentes e ao incumprimento dos contratos e das promessas.

Noutros continentes este processo é mais tardio. Em África, a reacção das autoridades tradicionais, especialmente das tribais, ainda hoje constitui um forte obstáculo à racionalização do poder do Estado.

Depois da segunda guerra mundial, a internacionalização das ordens jurídicas assinala o início do processo de globalização dos direitos do homem, crescentemente imposto aos Estados. A discussão actual sobre o conceito de soberania e a sua inutilidade superveniente documenta este problema do Estado dos nossos dias, submetido a declarações, pactos, convenções, regulamentos, directivas e outros textos de direito internacional, a que acresce o nascimento de verdadeiros tribunais supra-nacionais.

Ao mesmo tempo mas por motivos distintos, o mundo cosmopolita dos nossos dias vive confrontado com o regresso da «justiça espectáculo» (GARAPON) e do discurso da «vitimização» (RICOEUR) em consequência do peso social dos meios de comunicação de massas. Estas transformações aceleradas contrastam com o tempo lento da justiça.

No presente texto procuro caracterizar nas suas grandes linhas o sistema de justiça português, problematizando alguns dos seus desenvolvimentos mais recentes.

O ESTADO DE DIREITO E O DIREITO AO JUIZ

A síntese contemporânea do Direito e do Estado é-nos dada pelo conceito de Estado de Direito, inscrito nas Constituições e Leis Fundamentais.

Sublinho três ideias marcantes que asseguram o império do Direito (*rule of law*): a primazia da Constituição; o direito ao direito; e o direito ao juiz.

Assim, se o Estado é criado por um documento jurídico — a Constituição —, não é menos evidente que o Estado actua segundo regras jurídicas: leis, regulamentos, sentenças, actos administrativos.

Se existem actos estritamente políticos e que correspondem ao exercício de funções políticas, num Estado de Direito estes devem ser reduzidos ao mínimo indispensável para o funcionamento do Estado. São actos políticos que não podem ser sindicados pelos tribunais certas competências do Presidente da República e do governo, designadamente as de nomear determinados responsáveis do Estado. Mesmo as operações materiais da administração encontram-se submetidas a regras jurídicas. Como exemplos marcantes, as actividades policial e de investigação criminal subordinam-se à legalidade, no sentido em que as autoridades apenas podem praticar os actos que a lei permita, considerando-se ilegais aqueles que esta não autorize. A proibição do abuso do poder é portanto uma manifestação de racionalidade. Existem formas muito diversas através das quais o poder pode ser abusado ou tornar-se excessivo, não apenas o arbítrio dos órgãos do Estado como o arbítrio das pessoas, nomeadamente quando são titulares dos órgãos.

As pretensões para continuar a furtar este tipo de situações ao conhecimento dos tribunais e, portanto, a uma verdadeira garantia judiciária, existentes no interior do Estado e da vida política contrasta com o que podemos designar por direito ao juiz.

Existem garantias jurídicas para a violação das regras legais, assentes na tutela jurisdicional dos direitos e no facto de as decisões dos tribunais serem obrigatórias para todas as entidades, públicas e privadas.

Nenhuma destas regras faria sentido se não fosse complementada pelo princípio geral dos Estados de Direito de proibição do recurso à força com o fim de realizar ou assegurar os seus direitos, a não ser nos casos excepcionais previstos e dentro dos limites declarados na lei.

Existe um monopólio estadual da justiça que não podemos separar da regra do mundo civilizado de proibição da justiça privada. Embora seja uma exigência substantiva do Estado de Direito, é apenas na legislação processual que este princípio se encontra vertido. Veja-se o que dispõe o Código de Processo Civil, no seu art. 1.º (Proibição de autodefesa): «A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.»

Apenas em casos excepcionais, portanto, é lícita a auto-tutela dos direitos. Esses casos excepcionais em que a ordem jurídica dispensa o recurso prévio aos tribunais para a efectivação dos direitos são a legítima defesa, a acção directa e o estado de necessidade.

Estas normas, que são por todos conhecidas, são o reflexo de uma concepção antropológica que vale a pena rever. Não se trata aqui de evocar a *instituição imaginária da sociedade* (CASTORIADIS) ou um *Estado imaginário*

(PIETRO COSTA), mas de reconstituir brevemente a relação entre o Estado e a sociedade.

A família continua a ser reconhecida pelo Direito como a primeira célula da vida social. Esta visão está reflectida nos grandes textos internacionais dos direitos do homem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra a família como elemento natural e fundamental da sociedade, com direito à protecção por parte da sociedade e do Estado (art. 16.º/3). A autonomia da família perante o Estado decorre da própria natureza das coisas. Recorde-se que o Código Civil só admite o recurso ao tribunal das decisões proferidas pelos pais ou pelos esposos em questões de «particular importância» ou ainda ilícitas ou imorais (cf. arts. 128.º e 1901.º do Código Civil). Em regra, portanto, cabe a cada família auto-determinar-se e escolher de modo soberano o seu projecto de vida.

Estamos perante as situações que JEAN CARBONNIER designa de *sono do direito*, para que a vida afectiva, como a vida espiritual e a vida interna em família, possam ser livres e autónomas. Para este professor de Direito francês, por *não direito* designa-se a existência de espaços não regidos pelo direito, os quais constituem redutos de liberdade dos grupos sociais não estatizados. O pluralismo jurídico assenta, de modo paradoxal, na *limitação estrutural do direito pelo não direito*.

Também as empresas estabelecem as suas próprias ordens, tal como as escolas, o exército e outras instituições, como os tribunais.

Presente em vários dos textos jurídicos ainda em vigor, a doutrina corporativa do Estado Novo foi clara no sentido de sustentar que a autonomia das instituições sociais é necessária para a defesa da própria sociedade, evitando o risco da sua dissolução sob o peso da conflitualidade social. A disciplina imposta pelos pais, pelos professores e pelos empresários, o dirigismo do Estado na economia e o centralismo da administração reforçavam o laço social e foram pensados intencionalmente para evitar os litígios e manter a autonomia das sociedades perante o Estado.

No mesmo sentido foi a legislação processual dos Estados autoritários, assente na disciplina do juiz sobre os funcionários e nos seus poderes na condução do processo e na aquisição de prova e ainda em institutos como a arbitragem necessária.

A CADA DIREITO CORRESPONDE UMA ACÇÃO

As constituições democráticas assentam noutro tipo de paradigmas.

De acordo com o princípio da tutela jurisdicional efectiva, a qualquer direito corresponde uma acção destinada a fazê-lo reconhecer por um tribunal ou a realizá-lo pela força (coercivamente) se as pessoas não cumprirem voluntariamente a decisão judicial (cf. art. 2.º/2 do Código de Processo Civil). Por acção, portanto, designa-se tanto o direito como o processo de reconhecimento de direitos em juízo e da sua realização coerciva.

O acesso aos tribunais é um dos direitos fundamentais por excelência, pelo qual se reconhece a cada pessoa o direito a que a sua causa seja resolvida de modo justo por um tribunal independente de todos os outros poderes e imparcial perante as pessoas envolvidas no julgamento.

O mais importante dos direitos é, assim, o direito de acesso aos tribunais, precisamente porque dele depende a concretização dos restantes direitos. Progressivamente mais extenso, em consequência da jurisprudência internacional e de uma maior consciência sobre os direitos, o art. 20.º da CRP estabelece um conjunto de direitos dos cidadãos amplo e generoso:

- o direito de acesso aos tribunais para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos;
- os direitos de informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário;
- o direito a uma decisão em prazo razoável;
- o direito a um processo equitativo;
- o direito a uma tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças aos direitos, liberdades e garantias.

Compreende-se, assim, que um problema fundamental da teoria do direito consiste em saber o que são e quais são os direitos e os interesses legalmente protegidos a que corresponde uma tutela judicial. Em especial, quais são os direitos que devem ter-se por fundamentais, já que a eles corresponde um regime particular na Constituição.

Porém, é necessário advertir, este é um dos mitos do Estado constitucional português — pensar que a natureza do regime jurídico dos direitos pode corresponder a uma transformação da própria sociedade em que vivem as pessoas e são exercidos os direitos. Embora este não seja um tema para desenvolver hoje, o excesso de expectativas na Constituição e nas leis está a empurrar o sistema jurídico português para um excesso de disposições semânticas e simbólicas, contrastantes com as situações que existem de facto.

Para garantia da igualdade das pessoas, o direito à tutela jurisdicional não pode ser negado às pessoas pobres ou com menos posses, sob pena de tornarmos a justiça um assunto dos ricos e poderosos. Contudo, se o direito de acesso aos tribunais não pode ser negado por insuficiência económica, já não garante que a justiça seja gratuita. A gratuitidade da justiça já foi sustentada em diversos momentos históricos desde a revolução francesa. Em Portugal, foi especialmente discutido com a república e a primeira legislação do Estado Novo. A legislação actual em matéria de custas caracteriza-se por um excessivo empirismo, ignorando as questões teóricas e doutrinárias sobre a natureza do Estado. Como ensina a sociologia do direito, a expropriação do direito de acesso à justiça, quando as custas são excessivas, é um outro modo de levar a disputa dos direitos, dos tribunais para instâncias informais. Nestas situações, triunfam a rua, a violência e o direito do mais forte.

De outro lado, fala-se hoje em *desinstituição* para caracterizar a sociedade dos nossos dias, crescentemente marcada pela crise das instituições sociais,

como a família. De um lado, a família vive marcada pela privatização do laço conjugal e mesmo do laço de filiação. Os críticos do paradigma criado pela Convenção sobre os Direitos das Crianças denunciam que ele nos vai levar ao direito das crianças adoptarem a sua própria família. O esquecimento do mundo comum (HANNAH ARENDT), assente na memória e nos símbolos, está a conduzir-nos para o que o sociólogo inglês ANTHONY GIDDENS designa por individualismo estrutural.

No plano económico, o regresso da competição pelo mercado acarreta a precariedade do laço laboral e salarial, com a flexibilidade das prestações e precariedade do emprego. O mercado chega a ser visto como o regresso ao estado de natureza (ALAIN MINC) onde vigora a lei do mais forte.

Estas transformações sociais têm consequências na organização e no funcionamento do Estado. Também aqui nos deparamos com alguns paradoxos: o crescimento das tarefas do Estado vai de par com a sua incapacidade de satisfação das pretensões dos indivíduos e dos grupos. NORBERTO BOBBIO tem denunciado que o incumprimento das promessas dos políticos constitui um problema estrutural das democracias contemporâneas.

De outro lado, a cada aumento das funções do Estado segue-se um aumento da intervenção dos tribunais. E cada aumento desta intervenção gera novos problemas de legitimidade judiciária, precisamente porque contende com a autonomia das instituições sociais, designadamente, da família, da escola e das forças armadas. O conflito de legitimidades torna-se inevitável e só de modo ingénuo se podem interpretar estas questões como reacções corporativas. Efectivamente, o problema é bem mais complexo. Para a doutrina corporativa, designadamente para aquela que está na base do Estado Novo, estes litígios devem ser resolvidos antes do tribunal, porque o tribunal representa o poder intrusivo do Estado na esfera social.

A autonomia da família, da escola e da empresa, se são postas em causa pelo avanço sempre crescente do Estado, colocam-nos perante o problema político da litigiosidade na sociedade. HABERMAS formulou o seguinte teorema: a cada aumento das funções do Estado acresce um novo problema de legitimidade. Este é também um problema dos modernos sistemas judiciais nas sociedades avançadas.

A cada aumento da função do Estado, acresce a necessidade de uma nova tutela jurisdicional. E cada aumento da tutela jurisdicional implica novas pressões sobre um sistema já sobrecarregado de tarefas e de exigências.

Não surpreende, por isso, a denúncia do crescente paternalismo dos tribunais e dos seus juízes — por exemplo na justiça de menores —, chamados a desempenhar em nome do Estado tarefas e papéis sociais que não lhes pertenciam e, deve dizer-se, são contraditórias com o formalismo da regra de direito.

A chamada justiça informal e a desformalização do processo, não seria necessário dizê-lo, vão neste mesmo sentido de reforço do paternalismo dos tribunais e da actividade jurisdicional.

O JUIZ LEGAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra os seguintes direitos fundamentais (art. 10.º da DUDH):

«Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.»

Também o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos consagra estes direitos, acrescentando num aprofundamento muito importante, que o tribunal competente há-de estar estabelecido por lei (art. 14.º do PIDCP).

O princípio de que a competência do tribunal é estabelecida por lei (princípio do juiz natural ou do juiz legal) tem grandes consequências práticas para a defesa dos direitos dos cidadãos. Assim, impede que o acusador ou um advogado seleccionem o juiz da causa. Igualmente proíbe a designação de tribunais *ad hoc* para o exercício de uma determinada competência ou para a realização de certo julgamento. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a interpretar disposições similares da Convenção Europeia de modo dinâmico, assim atribuindo novos conteúdos para este direito.

Também por esta razão de impedir uma eventual escolha dos juízes, estabelece-se que os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, promovidos, suspensos, reformados ou demitidos senão nos termos da lei.

A inamovibilidade dos juízes é portanto uma garantia das pessoas, não um seu privilégio. Do mesmo modo, também a irresponsabilidade dos juízes perante as partes pelas decisões que proferem no exercício das suas funções, salvo as restrições impostas por lei, constitui um importante princípio de garantia da independência e da imparcialidade dos tribunais perante as partes.

De novo não estamos perante um privilégio dos juízes, já que estes podem ser objecto de responsabilização criminal, civil e disciplinar — mas perante uma norma de garantia da independência e da imparcialidade que os juízes devem ter na decisão de cada causa.

A pergunta sobre quem guarda os juízes permanece como uma questão não resolvida nos modernos Estados de direito. O tema da responsabilidade dos juízes constitui uma das questões mais problemáticas da ciência do direito, exactamente porque coloca um tema de fronteira entre a ciência política, na vertente em que questiona o papel dos tribunais na organização política, o direito público, quanto ao estatuto dos tribunais e dos juízes, e o direito privado, porque as regras de responsabilidade dos juízes devem obedecer aos pressupostos e regras da responsabilidade civil. A este propósito, salientam GIULIANI e PICARDI que o tema central da responsabilidade judicial permanece nos nossos dias como uma questão teórica pouco estudada. Con-

tudo, podemos dizê-lo, traduz uma das questões mais relevantes para a caracterização da natureza do Estado.

Seguindo MAURO CAPPELLETTI podemos apontar quatro tipos abstractos de responsabilidade dos juízes: (i) a responsabilidade política do juiz ou do tribunal perante os órgãos do poder político; (ii) a responsabilidade perante a sociedade, isto é, perante o corpo de cidadãos em geral, quer do juiz em particular, quer do corpo judiciário; (iii) a responsabilidade jurídica substitutiva do Estado, quer exclusiva, quer cumulativa com a responsabilidade do juiz; (iv) a responsabilidade assumida pessoalmente pelo juiz, responsabilidade que pode ser criminal, civil e disciplinar, eventualmente com direito de regresso do Estado em relação ao juiz.

As transformações que presenciamos pela Europa no instituto da responsabilidade judicial também são uma consequência da importância crescente dos tribunais e dos juízes, não apenas nas questões sociais, como inclusivamente na chamada «politização da justiça» e no «activismo político dos juízes», questões muito discutidas pela teoria do direito e da política.

O tema tem um outro reverso, o da «jurisdicionalização dos conflitos»: a litigiosidade perante os tribunais atesta um «aumento de consumo do direito» que pode levar a um Estado judicial. A ameaça, neste caso, é a de que um aumento progressivo da administração técnica e do respectivo controlo por uma jurisdição neutral conduzam à despolitização do Estado. Neste sentido, é o risco de uma intervenção excessiva dos tribunais sobre a acção do legislador e administração que pode merecer a crítica pejorativa de *Estado judicial*. Compreende-se assim que um aspecto importante da disciplina judicial seja a proibição do exercício de qualquer tipo de actividade partidária por parte dos juízes. Mas uma mesma exigência de imparcialidade poder-nos-ia levar a questionar a autorização de juízes exercerem comissões de serviço fora da magistratura, no governo e na administração, precisamente devido a esta proibição de comprometimento político-partidário dos juízes.

A imparcialidade do tribunal perante as partes tem ainda outra vertente: a igualdade das partes no processo. De modo sugestivo, designa-se por princípio da igualdade de armas esta exigência organizativa do processo de dar aos litigantes e aos seus representantes a possibilidade de defenderem os seus interesses de modo equitativo. De novo sublinho que a imparcialidade dos tribunais não constitui um direito dos juízes, mas é antes um direito dos cidadãos, que o podem exigir dos seus juízes.

De caminho posso apenas observar que a consagração de princípios jurídicos nas nossas leis (como o da boa fé processual) ainda mais reforça o papel do juiz, precisamente chamado a realizar a tarefa de atribuir conteúdos a preceitos legais imprecisos.

É por estas razões que todas as constituições dispõem que, no exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei: não estão dependentes e não devem obediência aos titulares do poder políticos nem aos poderes económico, militar, mediático ou outros (art. 203.º da Constituição).

RESERVA DE JUIZ

Da Constituição decorre, não apenas a existência de tribunais, mas também a exigência de que certos tipos de questões apenas em Tribunal possam ser dirimidas (reserva de juiz ou reserva de função jurisdicional). São aquelas questões que correspondam a administrar justiça em nome do povo.

As constituições não definem com rigor um elenco dessas situações. No entanto, a partir das normas da Lei Constitucional, do direito internacional e da teorização doutrinária, podemos apontar algumas das situações reservadas à decisão judicial.

O conteúdo da reserva de jurisdição tem vários níveis de profundidade. O primeiro é constituído por aquelas matérias expressa e solenemente reservadas pelo próprio texto constitucional a uma decisão judicial, como é o caso da prisão preventiva e do *habeas corpus* contra as detenções ilegais.

O segundo nível é constituído por aquelas matérias que se devam também considerar próprias da função judicial, de tal modo que sobre elas só pode recair uma decisão judicial. Sobre estas questões não pode haver delegação de competências (por exemplo, em funcionários judiciais), nem decisão de órgãos da administração.

Não se trata unicamente de garantir que estas questões sejam decididas por um juiz (reserva de juiz), mas que o sejam igualmente de acordo com um procedimento jurisdicionalizado (reserva de jurisdição). Efectivamente, tem-se verificado que o legislador atribui competências avulsas aos juízes, por exemplo no domínio da autorização para a interceptação de comunicações, mas esta competência não se insere num processo estruturalmente jurisdicional.

CARACTERÍSTICAS DOS TRIBUNAIS

Os tribunais exercem a função jurisdicional em nome do povo. Caracteriza-se esta função como a actividade de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e resolução dos conflitos de interesses. Designa-se por jurisdição o poder público de julgar que é confiado pela lei aos tribunais. Competência é o conjunto de poderes que a lei confere a cada tribunal para o exercício das suas atribuições.

A reserva de função jurisdicional dos tribunais deve ser encarada como um direito dos cidadãos — o direito a uma decisão judicial ou direito ao juiz. Não pode esquecer-se que, se aos cidadãos deve ser reconhecida uma tutela judicial efectiva, o juiz tem o dever de decidir os processos que tenham sido judicialmente interpostos, sob pena de cometimento do crime de denegação de justiça. Não é lícito recusar decidir uma causa. É esta a determinação do Código Civil (art. 8.º/1). A negação do dever de administração da justiça constitui crime previsto no Código Penal, para além de ser causa de responsabilidade civil dos juízes (arts. 1083.º e 1093.º do Código de Processo Civil).

O Tribunal Constitucional já se pronunciou por diversas vezes acerca do sentido do conceito constitucional de jurisdição. Alerta-se, no entanto, para o facto de que as definições utilizadas são insuficientes para fundamentar uma compreensão adequada do ponto de vista teórico e suficientemente prática. Dois autores têm sido referência na jurisprudência constitucional, os professores AFONSO QUEIRÓ e CASTANHEIRA NEVES.

Os elementos característicos da jurisdição, seguindo CASTANHEIRA NEVES, são os seguintes: (i) *Nemo iudex sine auctore*, o que poderíamos resumir como passividade e neutralidade; (ii) O princípio do contraditório; (iii) O juízo de um terceiro imparcial.

No entanto, resultam da Constituição outros elementos que devemos igualmente recordar.

(iv) A força de caso julgado das decisões judiciais. A Constituição refere a obrigatoriedade das decisões dos tribunais, mas não fornece um conceito de caso julgado o qual, contudo, pode entender-se como inclusivamente um direito fundamental. É necessário que as causas judiciais não se eternizem. Não pode esquecer-se o carácter definitivo e obrigatório que adquirem as decisões dos tribunais. Estas são obrigatórias para todas as pessoas e entidades públicas e privadas. Isto só diz respeito àquelas decisões que têm força de caso julgado, que são aquelas de que já não cabe recurso. Ainda hoje em dia se utiliza na linguagem vulgar uma expressão antiga para exprimir esta ideia de que certas decisões têm que ser acatadas, porque já não cabe recurso nem reclamação: «sem apelo nem agravo». Efectivamente, a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

O caso julgado é um modo de garantir a paz e a segurança do Direito, evitando que as pessoas possam estar eternamente em conflito umas perante as outras e que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior (cf. art. 497.º do Código de Processo Civil).

Existe um direito fundamental ao caso julgado, que não pode ser posto em causa pela eventualidade da sua inconstitucionalidade, como sustentou PAULO OTERO.

Deste modo, as decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e as demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as de outras autoridades, recaindo sobre todas as entidades públicas e privadas o dever de cooperar com os Tribunais na execução das suas funções.

(v) A jurisdição é dita por órgãos, que são independentes e imparciais.

O Tribunal Constitucional tem sublinhado a ligação entre função jurisdicional e a decisão de uma questão de direito, adoptando com extrema fidelidade uma definição que AFONSO QUEIRÓ desenvolveu num seu trabalho sobre a função administrativa:

«Ao cabo e ao resto, o *quid specificum* do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado

para resolver uma «questão de direito». Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação-de-facto traduzida numa «questão de direito» (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para conseguir um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa «questão de direito», então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos perante um acto administrativo.»

No Acórdão 171/92, o Tribunal Constitucional formulou um conceito de acto jurisdicional:

«Actos jurisdicionais são aqueles que, praticados por órgãos estaduais, visam decidir questões jurídicas relativas a casos concretos de acordo com as normas de direito pré-existent (logo tendo como fim a realização do direito e da justiça), através de um processo intelectual subordinado àquelas normas, sendo que na postura da função jurisdicional se não pode incluir a realização de um interesse público geral ou colectivo diferente do da composição de conflitos.»

Temos, assim, os seguintes critérios:

- A resolução de conflitos num caso concreto;
- Que essa resolução resulte da aplicação de critérios jurídicos pré-estabelecidos;
- Que a intenção seja apenas a de dar uma solução jurídica a esse conflito.

No entanto, falta a esta caracterização o estudo da função pública de julgar, do poder de império ao abrigo do qual intervém o Estado.

Algumas aplicações destes critérios gerais retiradas da jurisprudência constitucional são as seguintes:

- (i) É inconstitucional atribuir aos secretários judiciais a competência, não apenas para proceder à fixação de custas, como para decidir reclamações a esta fixação (entre outros, Acórdão TC 358/91).
- (ii) É inconstitucional conferir funções de resolução de litígios resultantes de avarias marítimas e indemnizações devidas por danos sofridos por embarcações aos capitães de porto e capitánias (entre outros, Acórdão 104/85).
- (iii) A aplicação de multas processuais é um acto jurisdicional (Acórdão 496/96).
- (iv) Os actos necessários à liquidação e partilha do estabelecimento bancário falido são actos jurisdicionais.
- (v) A resolução de conflitos florestais é um acto jurisdicional (pelo que é inconstitucional a solução dos juizes avindouros, escolhidos pela Câmara Municipal).

Para continuar na caracterização dos tribunais e da função de julgar, recorde-se que os tribunais são órgãos independentes e a subordinação dos tribunais à lei e ao direito exprime um dos elementos fundamentais do Estado de direito e da separação de poderes. Distingue-se entre (i) independência objectiva — o juiz não está vinculado a decisões de outros órgãos e (ii) independência subjectiva de cada juiz perante os restantes juízes, perante os tribunais superiores e perante o próprio Conselho Superior da Magistratura. Assim, fala-se em independência vocacional do juiz e funcional e estatutária dos tribunais para caracterizar os vastos deveres que integram este conceito de independência.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem desenvolvido neste ponto a chamada teoria da aparência, entendida como um corolário natural e de senso comum deste dever de independência, que não apenas consiste num conceito normativo como exige actuações que no plano dos factos não impliquem a desconfiança das partes na imparcialidade do juiz e na objectividade da jurisdição.

Para dar exemplos que também são relevantes para o direito português, a presença do procurador geral nas deliberações do Tribunal Superior belga foi considerada uma violação do princípio da imparcialidade, como também se considerou violar a equidade do processo que o ministério público possa depositar o seu parecer sem prévia notificação às partes (acórdão Brandstretter). Fundamental, neste juízo sobre a aparência, é que o juiz não tenha um preconceito em relação à culpabilidade do réu antes do julgamento (acórdão Fey).

De acordo com a gramática jurídica contemporânea, pode identificar-se o direito a um tribunal independente e imparcial. Para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a existência de juízes profissionais é um bom índice desta independência, no sentido da não dependência perante o governo e os partidos políticos e os grupos de pressão (acórdão Le Compte). Em qualquer caso, aos auxiliares dos juízes — penso nos juízes sociais — há-de aplicar-se o mesmo conjunto de garantias que assegurem a independência (acórdão Piersack).

Daí a importância de se delimitar o conceito de independência num sentido essencialmente negativo: o que a Constituição não permite é a existência de laços de dependência, quer de natureza funcional, quer particular e psicológica. Assim, a independência não é um direito dos juízes: é um dever seu e um direito das partes processuais.

Algumas aplicações destas ideias gerais dever-nos-iam fazer pensar na necessidade do voto de vencido nas questões de facto e nas questões de direito como uma manifestação, não apenas da independência de cada juiz e da sua imparcialidade, como da singularidade de cada julgamento.

Na história judiciária portuguesa já conhecemos diversos sistemas, nenhum isento de virtudes e de defeitos.

Em matéria de impedimentos, e entre outros exemplos que se poderiam considerar, importa recordar que pelo Acórdão n.º 135/88 do Tribunal Constitucional foi julgada inconstitucional a norma do Código de Processo Penal de

1929 que proibia ao juiz de se declarar impedido nas causas penais em que se julgasse uma ofensa feita ao mesmo juiz no e por causa do exercício das suas funções.

A função jurisdicional é ainda caracterizada por dois elementos: passividade e neutralidade.

A função dos tribunais é passiva, no sentido em que cabe às partes o ónus de alegar e provar os factos das causas, devendo os juízes decidir em função das provas. No processo civil, o princípio dispositivo proíbe qualquer intervenção activa dos juízes no sentido da obtenção de provas. O tribunal aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. No processo penal, a presunção de inocência estabelece que é aos acusadores que cabe demonstrar os factos demonstrativos da acusação. Os réus não têm que provar a sua inocência. Ao contrário de uma prática errada e autoritária, não existe uma presunção de verdade da acusação e apenas num Estado autoritário é que se poderia pensar na natureza quase jurisdicional dos actos do ministério público.

A função jurisdicional é neutral porque não cabe aos tribunais decidir as finalidades e intenções das leis, função política que cabe ao poder legislativo, mas decidir de acordo com a constituição e as leis.

PUBLICIDADE

A publicidade das decisões judiciais e das audiências é um elemento fundamental de legitimidade do poder de julgar. Isto implica questões delicadas no estudo do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Quem são os destinatários normais da decisão judicial?

Obviamente as partes e a comunidade, em geral. No entanto, tem sido observado pela sociologia judiciária a propósito dos sistemas judiciais europeus que a fundamentação das sentenças é principalmente dirigida ao inspector judicial. Com esta observação pretendo chamar a atenção para o desvio a exigências da acção comunicativa e do diálogo que os tribunais são chamados a exercer com a opinião pública. No plano dos factos, esta incapacidade de os tribunais comunicarem com a opinião pública, conjugada com o dever de reserva que impede cada juiz de se pronunciar sobre processos a seu cargo, produz uma jurisprudência afastada das preocupações e dos anseios do cidadão comum. Um recente Inquérito aos Sentimentos de Justiça revelou, aliás, que as pessoas esperam hoje em dia dos tribunais fundamentalmente segurança, não a justiça. Esta conclusão é preocupante.

Por esta razão, mais do que preocupados com a existência de apenas uma resposta correcta às questões práticas que são colocadas pelos examinadores, a preparação dos futuros magistrados tem de alertar para a importância da convicção, para a realização dos direitos humanos: a função de julgar não é uma matemática, mas na fundamentação das decisões são fun-

damentais elementos retóricos e de persuasão — como se, para recordar uma imagem de DWORKIN — cada decisão judicial não fosse mais do que um capítulo no vasto livro que é a jurisprudência.

De outro lado, também tem de alertar-se para o facto de publicidade das audiências e acesso irrestrito aos processos não significa boa comunicação social e informação isenta e esclarecida sobre julgamentos e outros temas judiciais. Existe de modo demasiado frequente informação não isenta. A criação dos chamados Gabinetes de Comunicação Social, junto do Conselho Superior da Magistratura e talvez de certos tribunais não vai resolver estes problemas.

Finalmente também são dimensão essencial da publicidade do direito de acordo com as condições técnicas da sociedade do conhecimento, a criação, o livre acesso e a livre utilização de bases de dados de jurisprudência.

Como acima sublinhámos, o direito realiza-se no espaço público e este opõe-se ao secreto.

O conteúdo da publicidade do direito abarca, portanto, o livre acesso do público às audiências judiciais, a publicidade das decisões judiciais, que têm de ser comunicadas aos interessados e podem ser divulgadas pela comunicação social e a livre crítica e comentário às decisões judiciais, nomeadamente pela comunidade jurídica.

COLEGIALIDADE

De acordo com a Constituição, os tribunais são em regra colegiais e integrados por juízes profissionais, com os mesmos direitos e deveres quanto ao julgamento da causa. A preferência pela deliberação colegial — de 3, 5 ou mais juízes — em relação à decisão de um juiz singular tem tido a seu favor diversos argumentos. Assim, pelo facto de ser necessário o acordo entre vários intervenientes, considera-se que os juízes decidem melhor em colectivo, são neutralizados eventuais pré-juízos, reforça-se a imparcialidade dos juízes e fortalece-se a força da decisão, que aparece aos olhos dos destinatários como a expressão de toda a jurisdição. Como escreveu PIERO CALAMANDREI, «A independência dos juízes, isto é: aquele princípio institucional por força do qual, ao julgarem, se devem sentir desligados de qualquer subordinação hierárquica, é um privilégio duro, que impõe, a quem dele goza, a coragem de ficar só consigo mesmo, sem que se possa comodamente arranjar um esconderijo por detrás de uma ordem superior. Talvez tenha sido esta a razão por que o juízo colectivo, que se considera como uma garantia de justiça para as partes, foi inventado a favor dos juízes, a fim de lhes permitir uma certa companhia na solicitude da sua independência.»

Devo advertir que esta não é apenas uma exigência legal, mas uma questão ética. Em Espanha, um recente *Manual de Ética Judicial* editado pelo Conselho Superior do Poder Judicial salienta os problemas éticos e

deontológicos da deliberação colegial e da valoração da prova. Pelo contrário, sabemos que em Portugal existe como que um compromisso informal dos juizes no sentido de não porem em causa a minuta de deliberação proposta pelo juiz relator. Isto é especialmente claro nos tribunais superiores e é, entre outras consequências negativas, uma das causas para a existência de jurisprudência contraditória. Portanto, o cumprimento da norma legal de efectiva deliberação colegial dos juizes constitui também uma exigência ética no sentido da verdade e da justiça das decisões judiciais.

VIAS ALTERNATIVAS

O aumento da importância dos tribunais e dos juizes nos Estados contemporâneos, ironicamente, e como tem sido também posto em destaque em todos os países ocidentais, resulta precisamente do avanço do Estado legislador. Assim, a legislação social, a formulação dos direitos fundamentais da 3.^a geração, a protecção dos interesses colectivos e difusos, a relevância da jurisprudência das instâncias internacionais e dos tribunais constitucionais, podem ser apontados com factores dinâmicos de ultrapassagem da clássica concepção do papel da lei e do Estado legislador.

Por outro lado, esta intervenção judicial espelha uma expansão do Estado, quer nos seus poderes legislativos, como administrativos e judiciários, e exprime a necessidade própria num Estado democrático de um contrapeso à expansão paralela da função administrativa.

Algumas respostas que têm vindo a ser experimentadas levam-nos a identificar os conceitos de deslegalização, desjudicialização, justiça de proximidade e justiça reparadora.

1.º A deslegalização e mesmo a descodificação tem vindo a ser sugerida como uma resposta à hiper inflação legislativa.

2.º Fala-se em desjudicialização para referir a criação de instâncias de auto-composição dos litígios, as quais pretendem responder simultaneamente a dois problemas cruciais das sociedades democráticas avançadas — o bloqueio dos tribunais e a legitimidade judicial. O modo como este critério tem vindo a ser institucionalizado leva-nos para três instrumentos processuais em especial, a arbitragem, a mediação e a conciliação.

3.º O conceito de justiça de proximidade procura exprimir estas diversas ideias e critérios quanto ao modo de realizar a referida desjudicialização. Contudo, este movimento do Estado de Direito pretende encontrar novas respostas para aqueles que se situaram longamente à margem do sistema judicial: as vítimas. Algumas das soluções que se inserem neste paradigma de justiça de proximidade são as seguintes:

- (i) Indemnização para as vítimas de crimes violentos, adiantada e garantida pelo Estado nas situações em que o agressor não é encontrado ou não tem bens que permitam o ressarcimento;

- (ii) Tribunais e outras instituições auxiliares (peritos médicos, por exemplo, para o caso de vítimas de violação, apoio psicológico) perto dos interessados.

Deste modo, o chamado mapa judiciário tem de ser pensado também do ponto de vista dos utentes ou clientes do sistema de justiça, assim importando para um domínio da soberania uma perspectiva típica do direito do consumidor. A qualidade do sistema de justiça teria, assim, de ser aferida pelos utentes da justiça e não apenas dos seus profissionais.

4.º O conceito anglo-saxónico de *restorative justice* tem vindo a ser invocado como uma nova forma de encarar a justiça. O neologismo justiça restaurativa parece-me evitável e, aliás, pouco feliz. Neste sentido, esta teoria da justiça coloca no centro das atenções o dano provocado pelo comportamento criminoso e as respectivas vítimas, não apenas a vingança sobre o delinquente, dano que pode e deve ser reparado através de diversas vias: mediação penal; assistência às vítimas; envolvimento da comunidade; reparação; trabalho a favor da comunidade.

Deste modo, é oferecida às vítimas a possibilidade de se envolverem directamente na reconstituição da ordem violada com o acto ilícito.

Os fundamentos políticos não devem ser ignorados, quer naquilo que revela de desconfiança no Estado quer no apelo a novas formas de enriquecimento da democracia participativa: o papel das instituições do Estado é o de preservarem uma paz social justa e a comunidade deve igualmente ser chamada a participar.

NOVAS CORRENTES METODOLÓGICAS

Importa, ainda que de novo de modo sumário, fazer um breve balanço das novas orientações da metodologia da ciência do direito das últimas décadas, pela visão renovada que trazem acerca do papel da função de julgar.

(i) A abertura da argumentação jurídica aos princípios constitui um dos pontos de convergência de diversas correntes metodológicas.

Os princípios gerais de direito exercem uma função estrutural nos Estados de Direito, traduzida em dois aspectos distintos: por um lado, asseguram uma função ideológica dentro do Estado democrático. Por isso mesmo, eles constituem um limite ao poder do Estado e ao poder do Estado democrático: asseguram a vinculação do Estado ao direito. A este respeito, encontra-se consolidada a expressão «princípios gerais do direito» para identificar estes preceitos que caracterizam o ordenamento jurídico e que estruturam e permitem caracterizar e dar sentido ao sistema.

Já se escreveu que os princípios de direito são «bússolas para os juristas» (FABREGUETTES). Deste modo, têm por função unificar o sentido da ordem jurídica ou de uma das suas partes — por exemplo, o direito da família ou o direito das obrigações — e dirigir a aplicação prática. Todos os actos jurídi-

cos devem assim estar em conformidade com os princípios de direito. Por exemplo, a norma do art. 2.º da Constituição tem vindo a ser entendida como consagrando o princípio do Estado de Direito. Este, por sua vez, tem vindo a ser entendido como integrando conteúdos diversos, nomeadamente, a protecção da confiança dos cidadãos e a proibição de leis retroactivas arbitrárias. Ora, estes sub-princípios não têm expressa consagração constitucional e tem sido a jurisprudência dos tribunais superiores, começando pelo Tribunal Constitucional, a identificar a existência de princípios constitucionais não escritos que podem ser utilizados para sindicar a conformidade das leis e dos regulamentos à Constituição. Contudo, embora a expressão remonte ao século XIX, deve recordar-se que foi a crítica ao activismo judiciário do Supremo Tribunal norte-americano que fez surgir a expressão «governo dos juizes» para sublinhar que a actividade de controlo da constitucionalidade das leis é essencialmente política.

De outro lado, esta abertura aos princípios tem expressão na organização e no funcionamento da administração, já que, de acordo com a Constituição e o Código de Procedimento Administrativo, os órgãos administrativos devem actuar, entre outros, de acordo com o princípio da justiça.

(ii) O problema metodológico da interpretação e da aplicação de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais constitui uma outra temática de grande importância prática.

Em Portugal, os tribunais têm entendido este tipo de poderes como do foro discricionário, transformando a interpretação das cláusulas gerais, standards e pautas de valoração num puro problema de aplicação de normas discricionárias, cujo controlo apenas se faria pelos instrumentos clássicos do desvio de poder e, em geral, da ilegalidade. Para dar um exemplo relevante para o tema desta exposição, tal conclusão tem sido retirada pela jurisprudência em matéria de classificação de serviço dos magistrados quer pelo Conselho Superior da Magistratura quer pelo Supremo Tribunal de Justiça. Porém, a questão metodológica é distinta e tem vindo a ser resolvida de outro modo noutros países, por exemplo quando se trata de graduar candidatos aos tribunais superiores, através da utilização de listas de descritores, tão objectivos quanto possível, e susceptíveis igualmente de uma avaliação objectiva das qualidades e méritos comparativos dos candidatos em relação a cada item.

(iii) Avaliação e decisão segundo as consequências.

A Constituição e a lei apenas permitem em casos limitados que os tribunais decidam em função das consequências. Estou a pensar no Tribunal Constitucional e na possibilidade que a lei lhe confere de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Fora desta situação, parece vigorar a orientação de que a justiça é cega às consequências das suas decisões. Ora, como noutros trabalhos tenho chamado a atenção, uma das preocupações das modernas perspectivas de política judiciária é também a abertura à ponderação das consequências e efeitos sociais das decisões judiciais (através da mediação penal e da substituição da prisão por outras penas, nomeadamente o trabalho a favor da comunidade, por exemplo).

É tempo de terminar.

Ao longo destas páginas procurei chamar a atenção para as questões que actualmente se colocam à caracterização da justiça, no plano da sociologia, da teoria e da filosofia do direito.

A avaliação da qualidade das democracias tem vindo a ser proposta pela moderna ciência política (PASQUINO). Podemos do mesmo modo sugerir que a avaliação da qualidade da justiça é um elemento fundamental para a vida democrática.

É apenas por um diálogo efectivo entre os juízes, os advogados e os professores de direito que a melhoria constante e quotidiana das nossas instituições democráticas da justiça poderá ser prosseguida.