

A PROFISSÃO DE JUIZ, HOJE¹

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Através de uma incursão histórica nos modelos de juiz emergentes, assiste-se hoje a uma mudança significativa do modo de ser do juiz e da jurisdição. Das inovações de cariz constitucional estabelecidas num sistema de garantias, de que não se abdica, até à emergência de novas questões, onde os conflitos de transcendência frequentemente política conferem conotações à própria decisão assiste-se hoje a um caminho inevitável onde a cultura profissional dos juízes é posta à prova. Sendo cada vez mais difícil ser juiz, quer pela quantidade e qualidade de trabalho, que em muitos casos chega ao tribunal porque não funcionaram outras e prévias instituições, quer pelo questionamento da própria decisão, importa em momentos de crescimento democrático apostar no modelo constitucional de juiz onde a ideia de jurisdição como poder independente de dizer o direito se mantém inelutável.

VICISSITUDES DE UM (ANTI) MODELO

A figura do juiz, como mediador de conflitos, imbuído de autoridade para aplicar as normas, é um facto verdadeiro e universal, em geral, para todos os grupos humanos. Acompanha-o outro facto, também universal, que é a inquietude social pelos possíveis abusos desse poder que, sobretudo na vertente penal, é particularmente incisivo. Encontra-se um bom exemplo desta preocupação nas vicissitudes históricas do tratamento da prova no processo criminal. Aqui coloca-se particular atenção ao estabelecimento dos limites do poder de decidir sobre os factos, de declarar que algo ocorreu ou não, daí se retirando consequências tão importantes para a liberdade e os direitos dos arguidos, como a sua absolvição ou a sua condenação.

Para limitar-se a discricionariedade deste tipo de decisões, na idade medieval, quis deslocar-se para a divindade a responsabilidade do julgamento. Atenta, como deveria estar aos assuntos humanos, pelo seu poder providencial, acreditou-se que não lhe poderia ser indiferente a eventual injustiça de uma decisão. Assim, foram postas em prática medidas como dar de beber veneno ao condenado, o qual, se verdadeiramente inocente, havendo um ser superior interessado na justiça, nunca seria afectado pelo tóxico.

¹ O texto que agora se publica faz parte da obra colectiva *A função de jurista*, sob a edição de L. M. Díez Picazo, em preparação, a editar pela Século XXI de Espanha, Editores.

É sabido que o sistema não resultou. Por isso se procurou outro sistema fundado na atribuição de um valor standard a cada elemento de prova, para fazer do juiz um mero contabilista sem autonomia de decisão. Nem isso, tão pouco, funcionou. Assim se entendeu, de acordo com a sugestão do sistema de juri inglês, que a decisão judicial não pode pré-constituir-se, tendo antes que formar-se através do uso inevitável da liberdade de critério. Não havia outra opção senão dotar este uso de racionalidade, fazendo do juízo um espaço de confrontação dialéctica. Um marco de debate entre iguais ou, o que é o mesmo um debate de interlocutores (os que expõem as posições em confronto) com igualdade de meios, perante um juiz *terceiro*, alheio aos interesses em conflito. Sendo claro que é um dado de experiência que “da discussão nasce a luz”.

O novo sistema, apelidado de *livre convicção*, frustrou-se, na medida em que as magistraturas profissionais dos meados do século XX, tomaram-no como consagração da *convicção íntima* do julgador². Ou seja da sua faculdade de decidir *soberanamente*, como que por *iluminação*, porquanto algo tão sublime como a justiça, teria que brilhar na decisão, como uma espécie de *flash*. Bastava pois o *porque sim* de um sujeito carismático, qualidade presumida no juiz.

Na experiência europeia continental, este modo de proceder está associado às judicaturas do tipo napoleónico³. Estruturas do tipo juiz-funcionário, integrado num sistema fortemente hierarquizado, governado pelo poder executivo através de um ministério que geria as suas expectativas de carreira e, não obstante e em franca contradição com semelhante *status* de subordinação, proclamado independente. Tal forma de entender a jurisdição tem o seu critério próprio de legitimação, puramente formal, em razões de investidura. E ainda que, no contexto, o modo de recrutamento, pretensamente técnico, seja realmente político, não se sabe porquê, o designado receberia uma espécie de unção⁴ habilitadora para decidir com justiça, do modo como se acaba de referir. Ou seja, mediante resoluções praticamente incontrolláveis no aspecto fundamental da decisão sobre os factos, que é, afinal o que identifica a sentença em direito.

Também o uso da sentença ou seja, a aplicação da lei é, em tal contexto, objecto duma importante mistificação muito cara ao positivismo ideológico. A mistificação fundada no tópico de que o (único) sentido da lei querido pelo

² Além disto, o juízo oral, longe de ser o verdadeiro espaço de formação da prova, no regime processual imperante, o francês *acusatório formal ou misto* operava realmente como trâmite de ritual de convalidação do que era levado unilateralmente pelo instrutor para sobre, com possibilidades mínimas de intervenção.

³ Sobre o aparecimento deste tipo de juiz, cfr. L. M. Díez Picazo, *Il modello europeo di magistratura: un approccio storico*, em vários autores, *Magistrati e potere nella storia europea* (edición de R. Romanelli), Il Mulino, Bologna, 1997, págs. 28 e ss.

⁴ Da “*unção carismática*” falou um conhecido expoente da mais dura direita judicial espanhola do franquismo, Miguel Garcilópez, em «Ley penal Y Ministério Público», no *Anuário de Derecho Penal*, 1963, pág. 266.

legislador resultaria imediatamente perceptível para o juiz o qual, assim, poderia aplicá-la sem risco de acrescentar algo de relevante da sua própria lavra.

Este modelo de jurisdição e de juiz é, ele próprio proveniente do estado liberal ou legislativo de direito, no qual a ostentação dos poderes, judicial incluído, têm marcado perfil *mono-classe*, enquanto geridos por um único sector social, também representado de forma praticamente exclusiva no legislativo. Por isso, a estrutura que compõe o judiciário é, no plano ideológico, internamente muito homogénea, da mesma forma que é, também, homogénea com a classe no poder.

Característico deste tipo de juiz, que como perfil cultural chegou aos nossos dias, é, auto denominar-se *independente*, porque nunca ninguém lhe teria dito “o que” e “como” decidir em determinado assunto concreto. De certa forma correcto, mas somente porque o sentido social, político e juridicamente correcto das decisões estava já dado: na origem, no tipo de formação, na sub cultura do grupo burocrático, na sujeição determinada pelo penetrante controlo ideológico e pela dinâmica do *cursus honorum*. Forte estímulo, este último, que leva a que cada componente do escalão adegue, não apenas as suas decisões, mas também os seus hábitos, às exigências do vértice da *carreira*, como único meio de progressão isto é, ganhar prestígio e melhorar o *status* económico. Daqui que o conhecido magistrado francês, Casamayor, tenha escrito sobre este juiz que, o sistema não tinha necessidade de o *comprar* já que o *produzia*⁵.

A história, uma história bastante próxima, traiu a demonstração de que este modelo de juiz não era nem é politicamente inocente. Confirma-o, em primeiro lugar, a evidência de que não há avanço no plano da legalidade que não tenha tido nele um obstáculo ou uma leitura redutora: desde o direito de greve à hipotética despenalização do aborto. Prova-o, sobretudo, a *fisiológica* funcionalidade das experiências autoritárias. Desde os terríveis fascismos nazis europeus aos não menos brutais Cono Sur da América Latina resta a imagem inquietante de alguns juízes — *juristas assépticos* — que seguiram massivamente o Estado na sua deriva criminal, como se a *coisa* não fosse com eles. E, na realidade, havia algo. Porque estes processos evolutivos, no que se refere à magistratura, ocorreram sem necessidade de introduzir alterações substanciais no ordenamento judicial precedente e com algumas, significativamente escassas, alterações na composição social. Por fim, e tendo em conta estes antecedentes, não se deve estranhar que, com toda a coerência, e nos momentos de transição democrática, as Constituições de nova geração, com as suas “tábuas” de direitos ambiciosas, fossem contestados por esses mesmos meios, como uma forma de legalidade abusivamente politizada.

⁵ «La magistrature n'est pas vendue á une classe sociale, la classe bourgeoise. Elle lui est acquise» (*Les jugues*, Editions du Sueil, Paris, 1957, pág. 143).

A ALTERNATIVA NEOCONSTITUCIONAL

Nas experiências constituintes que se seguiram na Europa à derrota dos fascismos expressou-se o propósito de fazer da legalidade um limite às eventuais degradações da política. A elas se deve o facto da Constituição encarnar uma instância normativa. Como diz Ferrajoli, uma esfera de direito(s) de carácter imperativo, não apenas para o juiz, mas também em momento anterior para o legislador⁶. Daqui resulta um sensível reforço do papel da jurisdição ordinária — segundo Prieto Sanchís, “la constitucional verdaderamente indispensable”⁷ — que, neste desenho, corresponde à emissão de um juízo de constitucionalidade da lei e à sua imposição a todos, incluindo os sujeitos públicos. É uma autêntica redefinição das relações institucionais, com algo de *redistribuição de poder* a favor do juiz. De modo que, como não poderia deixar de ser e como se verá, isso faz com que a sua presença seja, sobretudo em determinados casos, uma presença incómoda e um factor de *conflito*.

Este conceito de jurisdição, agora sim *poder* judicial, pedia reformas sensíveis nos pressupostos estruturais do sistema herdado. Particularmente no que diz respeito ao tipo de organização e à cultura do juiz. Em termos reais, a mudança de paradigma teve uma implantação institucional cabal em Itália, onde progressivamente chegou a articular-se como ordem judicial dotada de elevado grau de independência no plano externo (da magistratura como organização) e no plano interno (de cada juiz em particular inserido nesta última). É específico da independência judicial, correctamente entendida, isto é, como dispositivo de garantia de direitos, a existência de um juiz sujeito exclusivamente à lei legítima ou conforme à Constituição. Uma atitude de obediência à lei que na feliz expressão de Borré⁸, para ser genuína, impõe a desobediência a todo o resto, e, em particular, às sugestões dos poderes formais e de facto.

Há que dizer que o que se acaba de referir — enquanto modelo e como todos os modelos — não conheceu uma concretização fora do seu país de origem. No entanto, incidiu de forma eficaz, embora de forma desigual, na transformação do anterior *status quo* judicial. Isto é nitidamente perceptível no caso de Espanha, onde o juiz tem assegurado um razoável estatuto de independência, apesar da tragédia que subjaz ao fracasso do Conselho Geral do Poder Judicial enquanto instituição (devido ao sectarismo e à falta de lealdade constitucional dos principais partidos assim como, à passividade e ausência de compromisso das associações judiciais e da judicatura em geral, face a essa

⁶ Cfr. *Derecho y razón. Teoría do garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel e J. Terradillos, Trotta, Madrid, 7.ª ed., 2005, págs. 855 e ss.

⁷ Cfr. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 170.

⁸ G. Borre, *Le scelte di magistratura Democratica*, agora na *L'eresia di Magistratura Democratica*. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borre, edição de Lívio Pepino, Franco Angeli, Milão, 2001, pág. 235.

lógica). Pode constatar-se, também, e por exemplo em França, onde apesar da permanência substancial do sistema organizativo bonapartista, a mudança cultural experimentada pela magistratura se traduziu num indubitável crescimento da independência, com uma real projecção nas suas práticas.

As actuações judiciais segundo esta nova «chave» de forte independência têm tido perturbadoras presenças particularmente nos casos relacionados com a corrupção⁹. Trata-se de hipotéticos abusos de poder com enriquecimento ilícito, produzidos nas zonas de intersecção da gestão pública com o mercado, os quais nos últimos anos, têm conhecido uma resposta institucional inédita, devido a juízes com capacidade de actuar sem quaisquer inibições. É certo que este fenómeno não é homogéneo, dado que, num possível mapa à escala europeia, haveria primeiro que comprovar como é que, a uma incidência estatística semelhante do fenómeno tem correspondido uma reacção desigual, em função do estatuto dos operadores judiciários¹⁰.

Estas vicissitudes provaram ter consequências políticas de dois tipos. Primeiro, a grave deslegitimação dos agentes políticos e dos partidos de referência afectados pelos processos. Em segundo lugar, e como reacção, a intenção de reverter essa carga de deslegitimação sobre as próprias magistraturas, mediante a denúncia de que tais modalidades de intervenção eram impróprias e inclusivamente *subversivas* da ordem da democracia representativa¹¹. Assim, voltou-se a desenterrar o fantasma do “governo dos juízes”¹² bem descrito por Bachof¹³ há mais de meio século. Brandido irresponsavel-

⁹ Sobre a corrupção como fenómeno, tratado na sua pluralidade de vertentes, cfr. F. J. Laporta e S. Alvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madris, 1997. O assunto foi abordado mais especificamente na perspectiva judicial por vários autores, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción* (edição de P. Andrés Ibáñez), Trotta, Madrid, 1996.

¹⁰ Cfr. R. Muhm, «Dependência del Ministério Fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana», em *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 22/1994, com uma reflexão crítica interessante relativa à carência de aptidão de um delegado do Ministério Público em situação de dependência política, como o alemão, para trabalhar como agente da legalidade face às ilegalidades dos sujeitos de poder.

¹¹ A fenomenologia e o anedotário a este respeito é enorme no nosso país, particularmente nos anos mais recentes. O paradigma desta classe de atitudes é Berlusconi, com a pitoresca apreciação que os juízes se ocupam de actividades obscuras porque são comunistas.

¹² A expressão tem origem na obra de E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience du constitutionalité des lois*, Marcel Giard & Cie., Paris, 1921. No entanto, está adequadamente descontextualizada tendo-se convertido em tópico do discurso político vastamente utilizado com fins de deslegitimação, a maioria das vezes perante actuações judiciais lícitas geradas por gravíssimas actividades de corrupção.

¹³ Cfr. O. Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Taurus, Madrid, 1963, onde se lê: “Não se pode realmente designar como «soberano» a quem não pode actuar mais do que representativamente, a quem falta toda a iniciativa própria para a configuração política, a quem pode somente actuar a pedido de outro órgão estatal ou a pedido de um cidadão lesado, a quem, finalmente, no desempenho da sua função de controlo, tem que limitar-se aos assuntos que — considerados do ponto de vista do órgão de controlo — lhe chegam por acaso. Também não se pode ignorar que a função de controlo dos Tribunais não implica apenas uma diminuição do poder Legislativo e Executivo mas um fortalecimento da autoridade dos poderes controlados” (pág. 51).

mente por políticos em apuros, quando não directamente imputados, interessados em ocultar determinado dado incontornável: que a judicialização só ocorreu por virtude da hipotética e prévia degradação criminal da gestão pública. E que esta sempre se ficou a dever à inoperância dos controlos de carácter político-administrativo e parlamentar. Isto é, à crise, por vezes massiva, da garantia política que, se tivesse actuado adequadamente, teria evitado uma hipotética excessiva intervenção judicial.

No que ficou dito não há qualquer vontade de apologia das actuações judiciais concretas. Estas, produzidas em geral a partir da constatação de ilegalidades patentes (não é fácil, noutro caso, proceder contra sujeitos de poder) poderiam apresentar, em determinadas ocasiões, perfis operativos questionáveis. No entanto e finalmente, razões de princípio e de experiência garantem uma dupla conclusão. Nem a ilegalidade pode ser — como o é em boa medida — um vulgar caldo de cultivo de (uma parte sensível) da política, nem é certo que a aplicação da legalidade sufoque ou impeça o correcto desenvolvimento daquela. Com efeito, entre o juridicamente indiferente e o Código Penal estende-se um espaço, certamente muito amplo, em que a política tem todas as possibilidades de desenvolvimento.

Pois bem, é precisamente nisto que radica um aspecto essencial da *razão de ser constitucional* do Estado de Direito como alternativa à velha “razão de Estado”. Trata-se, no entanto, de uma razão de ser constitucional da qual não decorrem somente prerrogativas para o juiz, mas também exigências e responsabilidades precisas a vários níveis, cuja satisfação é também *condictio sine qua non* da vigência do modelo que se trata.

DIMENSÕES DA JURISDIÇÃO

O discurso de um poder judicial forte, com tudo o que isto implica para a posição do juiz no plano das relações com as outras instâncias estatais, goza de uma aceitação favorável nos meios judiciais. No entanto, assim formulado, sem mais, seria um discurso dividido ao meio. Com efeito, nele o juiz encarna, pelo menos de forma implícita, uma espécie de *poder bom* num conjunto de poderes perversos ou com tendência a sê-lo. Não esquecendo que o judicial, como poder, está sempre aberto a exercícios abusivos e prevaricadores que unicamente se podem conjurar de maneira eficaz com a rigorosa observância das garantias processuais. Estas são, por isso, garantias perante o juiz que hoje têm uma dupla dimensão reconhecida: de tutela da dignidade dos arguidos na sua qualidade de pessoas e de método.

A jurisdição é um poder, mas um poder de dizer o direito como forma constitucionalmente assumida, de mediar situações de conflito. Traduz-se numa actividade intelectual de dupla dimensão que consiste por um lado, em adquirir conhecimentos sobre as circunstâncias da situação litigiosa através da prova e, por outro lado, em efectuar sobre esse conhecimento uma leitura do texto legal de acordo com as suas conotações jurídicas, no sentido usual

dos termos, de acordo com o teor das convenções sobre a matéria assim como do seu contexto normativo.

A actividade jurisdicional é assim uma actividade de carácter cognoscitivo através da qual se pretende obter o conhecimento empírico de qualidade sobre acções ou factos juridicamente relevantes. Por isso, o processo é processo de conhecimento que se orienta idealmente no sentido da sucessão de trâmites que o constituem.

Esta dimensão cognoscitiva da actividade jurisdicional sobre a qual se tem ultimamente teorizado com um rigor, até agora, inusual¹⁴, não tinha passado despercebida à reflexão sobre o processo na experiência histórica. É evidente que o processo foi concebido, desde sempre, sob forma contraditória. Porque, no dizer de Pagano, “a verdade é como a luz que brilha em consequência do choque de dois corpos”¹⁵. E precisamente para que essa verdade possa ser apreendida como tal, também desde sempre, se reclamou um *observador* externo de qualidade, um observador imparcial. Sabe-se que na Idade Média, nalgumas localidades italianas, procuravam-se juízes no estrangeiro como forma de evitar qualquer implicação nas questões sobre as quais estes haveriam de decidir. De igual modo, alguns tribunais chegaram a exigir que os juízes emitissem as suas sentenças antes das refeições, de forma a evitar que o seu critério pudesse ser condicionado por algo, incluindo os humores da digestão. Beccaria reclamou um processo orientado “à indagação indiferente do facto”¹⁶, isto é, tendencialmente orientado para a objectividade. Por fim, na mesma época, Muratori recomendava que o juiz se colocasse reflexivamente numa situação de perplexidade¹⁷, ou seja, com neutralidade perante o objecto do juízo. Algo que, em definitivo, é reclamado pelo princípio da presunção da inocência consagrado como estruturante da justiça criminal¹⁸ (o que não significa que seja respeitado dessa forma).

Nessa perspectiva requer-se que o juiz seja um operador racional que, como não pode ter acesso directo aos factos objecto de julgamento exteriores ao processo e já ocorridos, tem de valer-se de provas, ou seja, de meios de informação aptos para trazer dados sobre os mesmos. Tais dados tratados criticamente conforme as regras da experiência fundamentadas no uso social constituirão os pressupostos materiais da sua decisão.

¹⁴ Ocuparam-se da jurisdição nesta perspectiva, com particular acuidade, L. Ferrajoli, na obra *supra* citada, e M. Taruffo, em *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁵ F. Pagano, *Lógica de probabili applicata a' giudizi criminali*, Agnello Nobile, Milano, 1806, pág. 31.

¹⁶ C. De Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 59.

¹⁷ L. A. Muratori, *Defectos de la jurisprudência*, trad. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1974, pág. 17.

¹⁸ Como se sabe o princípio da presunção da inocência tem duas vertentes pois tanto é regra de tratamento do arguido como também regra do juízo. Deste ponto de vista, impõe-se ao juiz que parta de uma posição de neutralidade no tratamento do caso, isto é, assumir a imputação como hipótese cujo valor explicativo deve fundamentar-se no julgamento. E, neste sentido, encarna um imperativo de ordem epistemológica que deve assumir-se em todos os âmbitos da jurisdição.

Estes dados não afloram no processo de forma aleatória, antes se articulam em torno de algumas hipóteses acerca do que ocorreu, sobre os quais discutem as partes o que é o mesmo que dizer que, nesse contexto dialógico, são submetidos à consideração do juiz, o qual deve avaliá-los na sua qualidade explicativa.

Tendo em conta o perfil desta actividade é legítimo relacioná-la, do ponto de visto metodológico, com o trabalho do historiador¹⁹. Com efeito, a actividade jurisdicional tem bastante de reconstrução histórica embora com sujeição a limites de tempo e a imperativos formais que não se aplicam a esta última. No entanto o juiz está obrigado a decidir, a estabelecer como certa uma versão dos factos do pleito ou causa enquanto que a investigação histórica poderia legitimamente terminar de uma forma incerta.

Estes requisitos jurídico-formais, que são certamente limites ao desenvolvimento da tarefa cognoscitiva, respondem, sobretudo no processo penal, ao facto de que, os directamente envolvidos no processo (arguidos em particular) são pessoas, cuja dignidade deve respeitar-se e cujos direitos só podem ser afectados negativamente (e sempre dentro de determinados limites) por uma decisão definitiva e estável, quando isso seja imposto por uma previsão legal.

Esta consideração traz para primeiro plano outra dimensão da jurisdição e do processo. Trata-se de actividades institucionais que, no seu próprio desenvolvimento, isto é, antes do momento da decisão, impõem por vezes sérios prejuízos. É, de novo no processo penal, que este dado resulta mais perceptível. Assim, como escrevia Carnelutti, não apenas “se faz sofrer os homens que são culpados mas também para determinar se são culpados ou inocentes”²⁰. Mesmo assim as outras modalidades do processo — embora de forma menos traumática — comportam limitações ou prejuízos para as partes, incluindo a que, segundo a sentença resulte que uma delas tinha a razão do seu lado.

Esta circunstância coloca uma importante questão ao nível da *legitimidade*²¹. Trata-se do regime das garantias processuais que, por via da legitimidade tem actualmente tradução em toda a disciplina constitucional. Precisamente pela necessidade de assegurar que a actividade judicial — que, como se viu, é limitativa de direitos ainda que se destine a assegurá-los — corra por leitos que assegurem a máxima qualidade ao seu exercício. É por

¹⁹ É clássico a este respeito o trabalho de P. Calamandrei, «El juez y el historiador», em *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentis Melendo, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, págs. 107 e ss. Neste mesmo sentido, M. Taruffo, «Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche», in *Rivista di Diritto Processuale*, 1967.

²⁰ F. Carnelutti, *Las misérias del proceso penal*, trad. de S. Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1959, pág. 75.

²¹ Ocupei-me com certo detalhe deste assunto em *Garantismo: Estudios sobre crítica de la jurisdicción*, em Vários autores, *Garantismo. Estudios sobre ele pensamiento de Luigi Ferrajoli* (ed. de M. Carbonnel e P. Salazar), Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Madrid, 2005, págs. 70 e ss.

isso que num sistema constitucional como o espanhol, a jurisdição não se legitima de forma apriorística, isto é pela qualidade institucional e pela investidura formal de quem a exerce. Mas antes *acto por acto* e com a condição de que cada um destes seja efectivamente funcional como garantia dos direitos que se querem tutelar. Por isso, neste contexto, os requisitos de forma são muito mais do que simples *formalidades* de mero significado ritual, integrando-se num todo articulado.

SISTEMA DE GARANTIAS

Ferrajoli referiu-se ao direito em geral, próprio dos ordenamentos constitucionais, como “sistema de garantias”²². E, com efeito, tal é a sua vocação e o seu compromisso dado que prossegue a finalidade de circunscrever todas as manifestações do poder (dos poderes públicos e dos poderes privados) dentro de certos limites.

Tratando-se do poder jurisdicional, os dispositivos de garantia são de dois tipos: por um lado, destinam-se a dotar os titulares da jurisdição de um estatuto que os coloque a salvo de interferências perturbadoras e referimo-nos aqui a garantias *orgânicas*. Por outro lado, os que têm a finalidade de assegurar os direitos dos que devem submeter-se a julgamento, frente a um juiz como sujeito de poder: trata-se das garantias *processuais*.

As primeiras foram pensadas para proteger a magistratura no seu conjunto e o juiz ou o tribunal do caso, dotando-os de independência nos respectivos âmbitos. Este valor, a independência, não é um privilégio de “corpo” ou de casta, é somente um pressuposto da sujeição exclusiva à lei, que procura assegurar ao julgador a possibilidade real de se subtrair de forma eficaz a qualquer outro imperativo. Para isso é necessário que a instituição judicial enquanto tal, goze da necessária autonomia face ao poder executivo e face a qualquer outra instância de poder (independência externa); e que cada juiz individualmente considerado se encontre a salvo de influências interessadas provenientes do interior da sua corporação (independência interna). Daqui a existência de todo um regime legal de previsões orientado para conferir objectividade tendencial às medidas com amplitude para incidir nas vicissitudes profissionais dos juízes. Tanto as relativas ao desenvolvimento *fisiológico* destas (acesso às funções, promoção, transferência), como as ocasionadas por eventuais modalidades patológicas do exercício da função (formas de responsabilidade, em especial, disciplinar).

Precisamente para dar satisfação a ambos os níveis de exigência em matéria de independência e como forma de reacção a perversidades do sistema napoleónico (de *governo* da justiça pelo executivo), anteriormente refe-

²² Cfr. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez e A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, págs. e ss.

rido, a assembleia que redigiu a Constituição italiana de 1948, criou o Conselho Superior da Magistratura. Este órgão de composição mista (2/3 de juizes eleitos por e de entre juizes; 1/3 de juristas de designação parlamentar) procurava evitar tanto o hetero-governo da função judicial, como o auto-governo corporativos dos juizes. E, de forma particular, excluir a verticalidade hierárquica na sua articulação, como o objectivo de impedir a cristalização de formas de poder administrativo duns juizes sobre outros no modelo jurisdicional. Essa nova figura teve uma projecção notável pois instituições com tal nome ou nome semelhante enchem o panorama das magistraturas europeias e latino-americanas. No entanto, nenhum caso teve a tradução fiel do modelo italiano original. Em Espanha foi *importado* com especial fidelidade pela Constituição de 1978 mas sofreu — em virtude da Lei Orgânica 6/1985 do Poder Judicial — uma reforma, também essencial, no que respeita ao sistema de eleição dos seus membros (todos de designação parlamentar)²³, a qual submergiu o órgão numa dinâmica de degradação partidocrática, que se diria imparável, no decurso de uma experiência de vinte anos. Apesar de tudo, também há que referir que o juiz espanhol goza de uma estimável independência, por muito que a gestão do seu estatuto por parte do Conselho Geral do Poder Judicial esteja carregada de muitas e, por vezes, graves deficiências.

O segundo nível de garantias que o constituem são as chamadas garantias *processuais* que operam, como se viu, no modelo da actividade jurisdicional e, portanto, através do processo. Este, nas suas várias modalidades, é integrado por um conjunto de trâmites que, embora em determinadas ocasiões possam parecer dotados de um significado meramente ritual, têm um sentido jurídico profundo. Com efeito, trata-se de pautas de comportamento impostas aos sujeitos concorrentes distintos, que procuram assegurar uma distribuição equilibrada do espaço cénico do processo. É a melhor forma de induzir a dinâmica de funcionamento mais adequada de forma a favorecer a confrontação dialéctica das posições parciais em presença.

As formas do processo garantem, pois, os direitos das partes e, ao fazê-lo, facilitam que cada uma destas e também o juiz permaneçam *no seu sítio*, assim, sem invadir ou sobrepor-se em papéis alheios, no decurso de uma dinâmica equilibrada de relação triangular. Isto corresponde a dizer que perante as partes com os seus direitos o juiz estará em condições de assumir uma posição de imparcialidade. Esta é a conotação essencial da jurisdição, a que a constitui, de tal forma que todas as demais garantias estão pré-ordenadas à sua concretização.

Que as partes gozem do direito a pedir o que lhes interessa, a sustentar estes pedidos em provas, a argumentar as suas pretensões com a neces-

²³ Esta reforma legal precipitada carregada de conjunturalismo e ostensivamente ferida de falta de reflexão foi, e bem, qualificada como “represália política” (L. M. Díez Picazo, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 40). Sobre as particularidades do quadro em que esta se produziu, pode consultar-se P. Andrés Ibanez e C. Movilla Alvarez, *O poder judicial*, Tecnos, Madrid, págs. 75 e ss.

sária liberdade, a que o juiz resolva conforme o provado e mediante uma decisão fundamentada a todos os níveis, é a única forma de assegurar um trato imparcial e tendencialmente justo para os interesses em conflito.

A esta função central das *formas* processuais se deve o facto de que, hoje, as garantias consideradas nucleares — pela sua inerência estrutural ao processo contraditório, como o direito de defesa — gozem da categoria de direitos fundamentais. E também da importância que assumem as eventuais inobservâncias e violações. É certo que nem todas têm o mesmo relevo, No entanto, e como escreveu Binder²⁴, todas as informalidades processuais devem ser tomadas ou consideradas como sintomas da eventual afectação negativa de um interesse digno de protecção. A qual, se for credível e se tiver provocado prejuízo efectivo de um direito fundamental de um arguido acarretará um efeito de deslegitimação da actuação judicial concreta. As restantes características destas situações ocorrem no processo penal, sob a forma de ilicitudes probatórias, que, em ordenamentos como o nosso transportam inevitavelmente a expulsão do processo, de toda a informação obtida de forma errada²⁵.

SER JUIZ HOJE

Da função judicial pode identificar-se uma tónica de estabilidade e resistência à mudança. Do mesmo modo que se atribui ao juiz um papel de preservação e manutenção do *statu quo*, qualquer que este seja. Em tais apreciações não há nada de errado tendo, pelo contrário, um sério apoio na experiência das magistraturas históricas, que chegou aos nossos dias.

Este modo de ser e operar dos juízes regista hoje em dia uma mudança significativa, de qualidade, com reflexos no clima cultural do “palácio da justiça”, na forma de presença dos juízes na sociedade e, conseqüentemente, na sua imagem pública. Em parte, pelas aludidas inovações de cariz constitucional referidas à função judicial e que ampliaram o campo de interpretação da lei. E também pela entrada neste âmbito de questões novas, sobretudo de novos conflitos de transcendência frequentemente política os quais, independentemente de alargarem o campo do judiciário²⁶ conferiram conotações inéditas dessa índole e de singular relevo a várias decisões. Para além disto, a composição das magistraturas é, actualmente, muito plural, o que significa a incorporação de sensibilidades político-culturais que, não há muito tempo, estavam ausentes.

²⁴ A. M. Binder, *El cumplimiento de las formas procesales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 94.

²⁵ Paradigmático desta posição é o artigo 11.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial (reinterpretada ultimamente por uma jurisprudência muito questionável do Tribunal Constitucional).

²⁶ A este respeito não pode deixar de se anotar a entrada, no âmbito das jurisdições nacionais, de condutas como as qualificáveis como genocidas produzidas em âmbitos estatais alheios e, para além disto, devidas, em geral, a sujeitos investidos de poder (incluindo o actual) dentro deles. Neste aspecto é paradigmático o papel atribuído à Audiência Nacional pelo artigo 23.4 a) da Lei Orgánica do Poder Judicial, a qual incorpora no ordenamento espanhol, o princípio da jurisprudência universal em matéria de genocídio.

Daqui decorre a extensão do espectro da garantia judicial a novos sectores de interesse, que experimentaram formas pouco usuais de afectação jurisdicional, com frequente desassossego dos seus poderosos titulares, um dia não longínquo *legibus solutus*²⁷.

Estas novas situações, por vezes casos-limite pela sua gravidade e transcendência (pense-se no “caso Marey”²⁸) puseram à prova o ordenamento judicial, as estruturas judiciais e também a cultura e o profissionalismo dos juizes. Evidenciando em determinadas ocasiões uma patente *decalage* entre a natureza e qualidade das demandas e os meios de todo o tipo para as enfrentar em sede judicial, sobretudo se as primeiras forem contempladas numa perspectiva constitucional exigente.

Como se torna claro através de uma simples leitura da imprensa diária²⁹ neste momento pode adquirir estatuto judicial, qualquer assunto e em qualquer parte; frequentemente com níveis de complexidade elevados³⁰. Frequentemente

²⁷ De igual modo é sabido que os principais agentes da “economia global” gozam de reconhecida capacidade para subtrair-se à acção das jurisdições nacionais, incluindo a penal, e que organizam à margem de tais instâncias a mediação dos seus conflitos de interesse. Um tratamento rigoroso destas questões em toda a sua complexidade pode consultar em J. E. Faria, *El derecho de la economía globalizada*, trad. de C. Lema, Trotta, Madrid, 2001.

²⁸ Disto se ocupou, na perspectiva estritamente jurisdicional, J. Igartua Salaverría, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999.

²⁹ A incidência dos meios de comunicação social na fenomenologia objecto de tratamento judicial e na própria jurisdição mereceria, por si própria, e pela sua importância actual um tratamento específico que aqui não compete fazer. É evidente que a mesma teve um efeito claramente positivo na indução de mudanças necessárias nesse modelo, muito em particular, entre nós, nos momentos iniciais de transição, tão-pouco se pode deixar de referir que seria impensável um bom funcionamento da administração da justiça à margem de um exercício adequado da informação. No entanto, os media podem onerar de forma pesada as atitudes dos juizes, condicionar o curso de uma causa ou o veredicto de um jurado. Podem também — como no caso do meio televisivo, em particular — penalizar de forma extraordinária o imputado e inclusivamente distorcer o espaço processual. Estas projecções perturbadoras não têm necessariamente a ver com a relevância objectiva dos assuntos, como o demonstra a exploração mediático-mercantil de tantas pequenas e grandes misérias que nutrem actualmente os espaços televisivos. Deste assunto ocupei-me em «Proceso Penal: ¿que clase de publicidad y para qué?», em *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 51/2004; também em *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al profesor Júlio B. J. Maier*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 165 e ss.

Por certo, na relação das jurisdições com os *media* há também uma forma de utilização destes que não compete ignorar. Que é a que procede, em determinadas ocasiões, dos próprios juizes — em particular os identificados como especial presença e interesse mediáticos — que podem servir-se deles com fins pessoais, mercê de uma inadmissível relação de *do ut des*, a qual consiste, da sua parte, em ceder ou facilitar informação privilegiada a troco de receber ele próprio um privilégio. Com efeito, o Conselho Consultivo dos Juizes Europeus, órgão que acessora o Conselho da Europa inclui, entre outras recomendações de deontologia judicial (Avis emitido em 2002), a recomendação que os juizes devem abster-se de toda a exploração pessoal das suas relações com os meios de comunicação social.

³⁰ A título de exemplo o caso recente — com aparência trivial — da reclamação de um fornecedor de um supermercado da base americana de Rota, que levou o Juízo de Primeira Instância de Rota a adoptar uma medida, por demais razoável e justificada, sobre certos fundos da Marinha dos EUA relacionados com essa actividade comercial, depositados num banco e que o governo desse país — com lamentável concordância do ministério espanhol dos Assun-

têm natureza económica e não é pouco usual que o seu adequado tratamento obrigue a reconstruir obscuras vicissitudes financeiras, que se concretizam em operações realizadas com meios telemáticos, em tempo real e num cenário de escala planetária e sem *Estado*, no qual a *lex mercatoria* pode conviver — obviamente em condições privilegiadas de superioridade — com diversas legislações nacionais, normas internacionais e — nada paradoxalmente — importantes vazios de direito. Outras vezes trata-se de assuntos envolvendo actores políticos onde as fortes repercussões da actividade política são inevitáveis. De igual modo, as intenções — nem sempre infrutíferas — de instrumentalização das causas pelas forças políticas de sinal contrário como modelo de táticas de oposição e com objectivo de desgaste.

Dir-se-á que estes não são assuntos de todos os dias. No entanto, o certo é que têm uma incidência estatística cada vez maior e requerem um enorme esforço de atenção e de recursos. Ocorre que apenas um destes casos baste para ocupar toda a capacidade de trabalho do titular e do órgão em que este se integra.

Não se trata apenas disto. Temas sem complexidade técnica maior, como por exemplo, os da violência doméstica e outros que fazem parte do quotidiano judicial, despertam com facilidade e actualmente fortes tensões mediáticas, que se projectam com intensidade perturbadora numa função que, pela sua natureza, exige serenidade e sossego.

A verdade é que se tornou bastante menos fácil ser juiz, por motivos de qualidade e também pelo volume do trabalho. Actualmente em Espanha, apesar do volume de trabalho ser medido em módulos quantitativos, é quase impossível aferir a quantidade e a qualidade do trabalho efectuado dado que, uma percentagem significativa dos assuntos assumem uma grande complexidade. Sem contar que, com tal modalidade de controlo, que associa um prémio económico ao aumento quantitativo do rendimento, induz nos juízes perigosas e recusáveis atitudes produtivistas em profunda contradição com a função jurisdicional.

Não é estranho que, neste contexto, e desde há algum tempo seja de prever uma crise patente do *modelo de juiz* que repercute uma outra crise, a de identidade dos próprios operadores. É, ou deveria ser, bastante óbvio que o tópico juiz com pretensões de “boca da lei” se nunca foi real seria hoje absolutamente impensável. Apesar de tudo, há quem, quiçá por medo de estimular o temido “activismo judicial”³¹, continue a reiterar a proposta desse

tos exteriores, que advertiu o juiz de que essa potência poderia adoptar “contramedidas” — quis converter em atentado contra a sua soberania.

³¹ Faz-se uso desta expressão para qualificar pejorativamente algumas atitudes judiciais tidas por excessivas. Mas com respeito a tal expressão há que distinguir as atitudes devidas a um possível afã de protagonismo pessoal, sem dúvida inaceitável, pois o juiz não pode ser nem apresentar-se perante a opinião pública como uma “personagem”, daquelas situações em que a notoriedade seja dada pelas particularidades do caso, ainda que tenha sido conduzido com a discrição e a medida deontologicamente exigível.

suposto *tipo ideal* como paradigma de referência. É emblemático a esse respeito o caso de Requejo Pagés que há uns anos apresentava o juiz como sujeito institucional que “deve limitar-se a recolher no conteúdo das suas resoluções o produto que lhe chega desde as primeiras fases do processo”, que por analogia tão contrafáctica, responderia — segundo o próprio autor — com a imagem de um grande depósito de água³². Uma metáfora pouco feliz e mistificadora, sem nada a ver com a realidade, nem sequer no mais naif dos casos, o do “juiz debaixo do carvalho”, ao que incumbiria sempre a responsabilidade de reconstruir o suposto facto a partir de um quadro probatório produzido no modelo de contradição com dados *servidos* em absoluto a partir daquela cisterna improvável.

O problema é que o modelo do (anti) juiz, herança acrítica recebida do positivismo ideológico continua sendo, embora de forma implícita, o *oficial* de referência. Põem-no claramente em relevo, entre nós, o mesmo sistema de ingresso na magistratura. Com efeito, baseado na assimilação e reprodução memorística, em termos de estrita literalidade, numa bagagem jurídica inerte e desproblematizada que pela via da *redução* a temas (“contestações” no jargão tradicional), pretende um juiz clonado, com vocação para autómato, o qual, certamente, não é o que reclama uma fenomenologia como a que nutre, hoje, a estatística judicial.

É verdade que, no final, são muitos os juízes que não interiorizam nem correspondem a este cliché, apesar do sistema, que não pode desenvolver-se sem graves consequências na formação e nas atitudes de muitos outros. Porque é claro que o referido estado de coisas na matéria provoca um patente desfasamento cultural e técnico do juiz — resultado dessa opção formativa, relativamente aos requerimentos derivados das peculiaridades do direito a aplicar e da natureza dos conflitos submetidos à consideração judicial. Desfasamento esse com reflexo num certo *deficit* de *consciência* sobre o verdadeiro modo de ser actual do ofício, que se projecta em duas vertentes. A da legalidade, topicamente concebida nos programas de ingresso segundo um modelo inexistente de um código do século XIX. A vertente dos factos, como questão supostamente aproblemática e tratada muito em segundo plano. Quando actualmente há motivos para saber que não o é em absoluto e que, o seu tratamento adequado — que exige rigor inductivo, racionalidade crítica dos processos de dedução e honestidade intelectual na explicação destes e na justificação da decisão — requer uma preparação específica cuidada, lamentavelmente ausente nos processos selectivos.

Luigi Ferrajoli identificou na função judicial uma dimensão a que graficamente se refere como “poder de disposição”³³. É como denota o espaço da decisão que não está suficientemente coberto pela norma e, por conse-

³² J. L. Requejo Pagés, *Jurisciccción e independência judicial*, Centro de Estudos Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 153-154.

³³ Cfr. *Derecho y razón*, cit., págs. 38-40.

quência, fica liberto *de facto* na autonomia do julgador; o qual, só pode mover-se dentro dele com certa legitimidade mediante o rigoroso exercício de auto-consciência e um esforço comprometido de transparência na motivação.

Se é assim, como sucede efectivamente, e se esse *modus operandi* é conatural ao exercício da função, dessa constatação retira-se a inevitável exigência de uma redefinição profunda do modelo do juiz nos planos cultural e deontológico. A necessidade desta redefinição torna-se presente no actual despertar de uma viva preocupação pela ética judicial³⁴, patente em meios sociais distintos e nos próprios operadores.

Tal preocupação carece de sentido na presença de um juiz (suposto) exegeta e mero aplicador como o do modelo silogístico, a que aludi. Porque a pré-selecção política, a férrea integração, na posição de total heteronomia, na estrutura hierárquica, pré-determinava e tornava perfeitamente previsíveis as suas decisões com a consequente *certeza*, como é óbvio, socialmente muito selectiva.

Contudo, essa preocupação tem bom fundamento em sociedades pluralistas, como a espanhola actual. É nelas que este mesmo pluralismo conota também a magistratura, a qual é chamada a operar — segundo se viu — com um ordenamento complexo, aberto e, em determinadas ocasiões, internamente conflitual, para aplicá-lo a uma realidade de um extremo dinamismo, por vezes muito tensa, e que facilmente transborda das previsões legais. Porque, com efeito, se o juiz sempre e em todo o caso teria que *pôr* algo da sua própria bagagem, numa situação como a que se aludiu, esta dimensão subjectiva do papel aparece aqui muito mais realçada e merece ser objecto de um interesse maior. Pois o certo é que, dadas as peculiaridades do contexto, o perfil ético e cultural do juiz na perspectiva da decisão, adquire uma certa e inevitável transcendência normativa. É o que lhe confere um relevo singular e faz que a questão vá para além do padrão exclusivo dos profissionais do sector e converta as questões implicadas nesta dimensão do judicial em objecto que merece a atenção pública.

No momento actual pesam sobre a jurisdição litígios de uma entidade — pela quantidade e qualidade — que os torna dificilmente abordáveis em termos socialmente satisfatórios. Esta sobrecarga responde a uma diversidade de factores sendo dois dignos de especial consideração. Um é o facto de que muitos assuntos adquirem estatuto judicial porque previamente não teriam funcionado, como deviam, estâncias públicas de controlo da legalidade as quais teriam que operar preventivamente neste domínio³⁵. Outro tem a ver

³⁴ Ocupei-me deste assunto em «Para una ética positiva del juez», em *Claves de Razon Práctica*, n.º 152/2005, págs. 26 e ss.

³⁵ Não deverá esquecer-se que uma quantidade enorme dos *inputs* do aparato judicial tem a ver com o defeito, por vezes escandaloso, de funcionamento das mais diversas estâncias estatais, o qual permite que assuntos que se poderiam evitar ou, pelo menos, poderiam ter sido atacados preventivamente numa fase inicial, terminem adquirindo proporções enormes para, ao fim de alguns anos, explodir na mesa de um juiz. Alguns paradigmas hipotéticos podem

com os exercícios instrumentais da administração da justiça, em particular a penal. O que em alguns assuntos tem como consequência ser o único modo de (não) afrontar a raiz de certos problemas emergentes como, neste momento são a questão da droga e, actualmente, da imigração.

À insatisfação social produzida pelo acumular dos factores referidos assim como outros a que competiria aludir, há que juntar o desconforto gerado em determinados e distintos meios de poder (formal e informal) pela iniludível criminalização dos fenómenos de corrupção, os quais determinam que o universo judicial e o modo como se desenvolve o “ofício de juiz” estejam conotados com polémica e sejam propensos a manipulações ideológicas. Estas resultam com frequência em tomadas de posição políticas e em propostas de reforma carregadas de conjunturalismo e de risco.

Neste, como noutros assuntos chave da organização da convivência, é necessário um esforço racional para distinguir e separar o trigo do joio. Separar o que pertence à essência do modelo constitucional do que tem a ver com problemas históricos e com interesseiras imperfeições na realização do mesmo.

A ideia de uma jurisdição como poder independente de dizer o direito com imparcialidade, frente a todos, para decidir em casos de conflito não é o sonho estético dos juízes ou juristas ensimesmados. É uma opção subscrita reiteradamente por esmagadoras maiorias em momentos de crescimento democrático. E sempre como reacção a situações de ausência de democracia e de outras garantias fundamentais. Quiçá valeria a pena empreender o desenvolvimento deste paradigma de forma a pô-lo a funcionar sem reservas e sem concessões. Enquanto isto não sucede não se deveriam censurar ao modelo constitucional, como tal, aquelas consequências indesejáveis que apenas têm que ver com a sua deficiente realização.

encontrar-se em determinados casos de corrupção cujo desenvolvimento pressupõe uma crise massiva dos controlos parlamentares e político-administrativos. Outros encontram-se em determinadas fraudes e escândalos financeiros que surgiram de imperdoáveis passividades ocorridas em diversos lugares do sistema.