

PODEM AS "MÁS PESSOAS" SER BONS JUÍZES?

JORGE F. MALEM SEÑA*

O autor aborda a evolução das exigências sociais relativas aos comportamentos adequados dos juízes face aos vários modelos de exercício do poder jurisdicional. Nessa tarefa analisa determinados comportamentos sociais tipo, nomeadamente o juiz irascível que publicamente se excede no apoio do seu clube de futebol; o juiz homossexual; o juiz adúltero, o juiz viciado no jogo, e a juíza de 45 anos que frequenta intensamente salões de baile e paga as dívidas dos seus jovens acompanhantes.

Conclui, por fim, que apesar da legitimidade do poder judicial radicar no dever de fundamentação das decisões, uma "má pessoa" definida em termos do seu afastamento face aos valores políticos e constitucionais vigentes, não poderia ser um bom técnico, enquanto juiz.

Segundo a justa apreciação de Herbert Hart, um sistema jurídico moderno caracterizar-se-ia, entre outras coisas, pela existência de um determinado conjunto de regras cujo objectivo seria o de estabelecer através de que órgãos e mediante que procedimentos se deve determinar se uma pessoa violou uma norma desse sistema e, neste caso, qual a sanção em que incorre¹. E se denominamos por juiz aquele que cumpre a função dos referidos órgãos disto resultará que os juízes são uma parte necessária de todo o sistema jurídico moderno.

Ora bem, a determinação de quem desempenha o cargo de juiz, com que competência o faz e em que circunstâncias exerce o poder jurisdicional, depende de considerações jurídico-políticas. Em determinadas ocasiões, o juiz exerceu esse poder por delegação do soberano legal, o rei, o qual inclusivamente reservava para si o conhecimento e a resolução de determinados casos assim como, o de ser a última instância ou a instância definitiva da cadeia de recurso. Noutras ocasiões, de mudança, os juízes surgem formando um "poder", independente dos restantes poderes do Estado, o qual reclama exclusividade para julgar e fazer executar o julgado em todos os conflitos sociais.

Por outro lado, o próprio trabalho jurisdicional e as razões que os juízes haveriam de invocar a favor das suas decisões dependeram também das cir-

* Universidade Pompeu Fabra, Barcelona.

¹ Cf. H. H. Hart, *El concepto de derecho*, versão castellana: Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, em especial cap. V.

cunstâncias históricas e dos respectivos sistemas jurídico-políticos nos quais desenvolveram a sua actividade. Assim, e por exemplo em Espanha até ao século XIX, era prática habitual no direito castelhano que os juízes não fundamentassem as suas decisões; no entanto actualmente, e pelo contrário, a fundamentação de todas as decisões que tomam constitui uma exigência legal que os juízes não questionam sob pena de as verem revogadas por uma instância superior².

No entanto, curiosamente e apesar da época histórica que se analise, e da origem do fundamento da sua actividade ou da sua obrigação de dar ou não razões que sirvam de aval às suas decisões, sempre se pressupõe que os juízes fossem dotados de uma personalidade moral especial e foram-lhes exigidos certos comportamentos morais na sua vida privada, não condizentes com os requisitos semelhantes ou exigências próprias de outras práticas jurídicas ou de outras profissões, incluindo as chamadas humanistas. É como se, a virtuosa vida privada que os juízes deveriam levar sob o ponto de vista moral, fosse uma condição necessária para o desenvolvimento correcto da sua própria função jurisdicional, sob o ponto de vista técnico.

Segundo as palavras de Piero Calamandrei, “tão elevada é, na nossa estima, a missão do juiz e tão necessária é a confiança nele depositada, que as debilidades humanas que não se notam ou que se perdoam noutro qualquer funcionário público, parecem inconcebíveis num magistrado... Os juízes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quiserem que os crentes percam a fé”³.

Por esta razão, não é de estranhar que popularmente seja habitual dizer nos corredores judiciais que, para se ser um bom juiz é necessário ser-se uma boa pessoa e, se souber Direito, tanto melhor⁴.

² Por exemplo, o artigo 120.3 da Constituição Espanhola estabelece que: “As sentenças serão sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública”. De acordo com isto veja-se o artigo 248 da Lei Orgânica do Poder Judicial. Como excepção assinalam-se as providências que “podem ser sucintamente fundamentadas...”.

³ Cf. Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por abogados*, versão castelhana: Sentis Melendo, Medina Gaijo y C. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, pp. 261-262.

⁴ Um dado que corroboraria esta afirmação resultaria do facto de que John Marshall, unanimemente mencionado como o juiz mais importante da história jurídica dos Estados Unidos da América, nunca teria estudado formalmente Direito. Cf. Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norte americana*, versão castelhana: Enrique Alonso, Madrid: Civitas, 1980, p. 28. E convém não esquecer o *Informe de la Comisión Redactora de la primera constitución de Santiago del Estero*, República Argentina (10 de Junho de 1857), ao referir-se a necessidade de nomear juízes que não eram licenciados devido à falta de advogados na zona e à pobreza dos fundos públicos para os trazer de fora da província. “Nada de novo posso oferecer a V. E pois, não é nestes assuntos, em que a originalidade é um mérito, mas a facilidade de aplicação... temos procurado estabelecer com transparência e no deslindar das atribuições dos três poderes... Na lei que estabelece os direitos e os deveres destes poderes há muito de local que só é aqui aplicável e de alguma falta que indubitavelmente se notara como por exemplo, em assinalar a necessidade que os juízes de primeira e de segunda instância sejam licenciados, também se constou a falta de advogados na província e à falta de erário público para trazê-los de fora”. Em Arturo Bustos Navarro, *El derecho patrio en San-*

Neste trabalho, proponho-me apresentar os modelos de juízes e do exercício do poder jurisdicional, prestando especial atenção à obrigação que têm ou não de fundamentar as suas decisões em direito. Ao fazê-lo, não tenho qualquer pretensão de reconstrução histórica⁵, mas somente de mostrar que papel joga a moral privada do juiz e o seu comportamento social em cada um dos esquemas teóricos, para concluir dando resposta à pergunta sobre se uma “má pessoa”, moralmente falando, pode ser um bom juiz, tecnicamente falando.

I — O JUIZ QUE NÃO NECESSITA FUNDAMENTAR AS SUAS DECISÕES

Como é sabido, em Espanha, Carlos III proibiu através da Real Cédula de 23 de Junho de 1768 à Audiência e ao resto dos juízes de Maiorca que fundamentassem as suas sentenças. De certa forma, através desta disposição pretendia-se uniformizar em todo o território uma prática já habitual e própria do direito castelhano dos séculos XVI, XVII e XVIII⁶. Esta proibição manteve-se vigente até ao século XIX e paulatinamente foi sendo derrogada à medida que se foram modificando determinados âmbitos processuais.

As razões invocadas a favor desta interdição e contidas na própria Real Cédula eram diversas. Uma das razões fazia referência à economia processual: a fundamentação da sentença, que na realidade se considerava um relato do sucedido em juízo, consumia demasiado tempo, tendo como consequência o atraso judicial na análise de outros assuntos e o aumento das custas. Outra das razões invocadas era que tal fundamentação possibilitava a crítica da sentença por parte dos litigantes e, em virtude disto, o aumento dos possíveis recursos e a suspeição sobre a justiça das decisões judiciais.

Para além destas razões, tinha-se historicamente esgrimido uma outra, com uma forte conotação político-ideológica. Quem detinha o poder judicial era o soberano absoluto em virtude de imposição divina, o qual por sua vez delegava nos juízes e magistrados o exercício desse poder, ainda que conservasse a sua titularidade e o controlo sobre as decisões dos seus delegados. Se a legitimidade da actividade de julgar e de fazer cumprir o julgado era concedido por Deus aos juízes, através de delegação do soberano, as suas decisões deveriam considerar-se justas e, portanto, não precisavam de ser fun-

⁵ *tiago del Estero*, Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1962, p. 102. Agradeço a Ernesto Garzón Valdés ter-me assinalado este dado.

⁶ Apesar disto farei repetidas alusões históricas.

⁶ Cf. C. Garriga e M. Lorente, “El juez y la ley: motivación de las sentencias (Castilla, 1489, España, 1855)”, *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de direito da UAM*, n.º 1, 1997, p. 101. Os autores assinalam neste documento e excelente trabalho que esta prática não era seguida na Catalunha, Aragão e Valência.

damentadas. Nesse sentido, um ataque às sentenças constituía um ataque à autoridade dos juízes e do monarca, em suma, um ataque a Deus.

No entanto, segundo Richard Kagan, a partir do século XVI, em Castela, onde já imperava o costume de não fundamentar as sentenças, começou a ser cada vez mais notório que a administração da justiça era uma questão tipicamente humana e como tal, não isenta de crítica. De facto, nessa época, o descontentamento relativo ao funcionamento da justiça foi aumentando. De acordo com R. Kagan, as críticas aos pleitos e aos males que os acompanhavam ficavam a dever-se aos custos elevados em tempo e dinheiro que assumiam, motivados, entre outras coisas, pelas “ambiguidades da lei que julgava os pleitos; as jurisdições sobrepostas que permitiam a muitos litigantes frustrar os casos dos seus oponentes; os tribunais conhecidos pela sua ineficácia, corrupção e cobiça; e finalmente, uma profissão jurídica sobre cujos objectivos e ambições se tinham muitas suspeitas”⁷.

Por isso, devido a todos esses factores e, sobretudo, tendo em conta a existência de um emaranhado legal impreciso e insuficiente, não se podia deixar de se estranhar o enorme poder que se concentrava nas mãos dos juízes castelhanos. Estes tinham inclusivamente amplas competências para intervir inquisitorialmente tanto nos procedimentos civis como nos penais e no momento de ditar sentença do foro civil só deveriam especificar que determina parte *provou a sua causa* e que a outra parte *não a provou*, sem fazer nenhuma referência ao que justificava essa apreciação⁸.

Por sua vez, no âmbito penal, dado que as sentenças, segundo Francisco Tomás y Valiente, não estavam expressamente fundamentadas no direito nem nos factos e dado também a pouca formalidade do processo e o arbítrio ao estabelecer a pena, não era de estranhar que o juiz se apresentasse como o “verdadeiro senhor do processo. Pelo menos do seu resultado... (já que) em muitos aspectos o Direito e o processo penal dependiam mais da vontade e da livre decisão do juiz, do que do direito e do processo civil”⁹.

No entanto, se a justificação das sentenças não provinha da sua fundamentação, nem da sua adequação ao princípio da legalidade, então devia recair sobre o carácter moral da autoridade que as ditava. Assim era o modelo jurisdiccional de antigamente. A garantia da correcção da sentença sustentava-se na qualidade ética da pessoa do juiz que a emitia. “Se a conduta não figurava objectivada na sentença, deveria manifestar-se na conduta dos seus artífices, os juízes, os quais desse modo viviam condenados a, em razão do seu ofício, representar sem descanso o papel de Astrea no teatro da vida. Na falta de lei o juiz era considerado a imagem viva da justiça”¹⁰.

⁷ Cf. Richard Kagan, *Pleitos y Pleitantes en Castilla: 1500-1700*, versão castelhana: M. Moreno, Junta de Castilla y León, 1991, p. 45.

⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁹ Cf. Francisco Tomás y Valiente, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 228-229.

¹⁰ Cf. C. Garriga y M. Lorente, *ob. cit.*, p. 106.

Daí que aos juízes fossem exigidos determinados rasgos morais muito marcados e determinados comportamentos sociais muitos estritos. Competia-lhes levar uma vida quase que monástica, sob pena de fortes sanções que poderiam levar inclusivamente ao afastamento do cargo.

Aos juízes era exigido, por exemplo, que vivessem envoltos de um afastamento social quase total. Desde logo em relação aos locais profissionais onde trabalhavam. Na grande maioria das vezes trabalhavam longe das zonas de onde eram originários ou onde tinham estudado ou, ainda, onde tinham vivido parte das suas vidas. Para além disto, estava-lhes vedada praticamente toda a vida social, não podiam ter relações de amizade, nem assistir a cerimónias, tais como casamentos, baptizados, banquetes, entre outros. Também não podiam assistir a espectáculos como corridas de touros ou teatro de comédia, nem participar em caçadas ou jogos de azar. Quanto mais afastados das práticas locais onde exerciam a sua profissão, tanto melhor.

Tanta era a preocupação de afastar os juízes das possíveis influências da comunidade onde tomavam as suas decisões que eram constantemente transferidos, com todas as dificuldades e demoras que isto trazia para a resolução das causas. Com estas medidas pretendia-se que os juízes se dedicassem plenamente à tarefa de julgar e de fazer cumprir o julgado e que tivessem uma imagem transparente de imparcialidade a qual, não poderia ficar ferida sequer pela sombra de suspeita de que o seu juízo poderia ter sido distorcido por uma relação de amizade, económica ou de qualquer outro tipo.

No entanto, não se tratava apenas que o juiz desse uma imagem pessoal de imparcialidade mas, também, que fosse um homem justo e moralmente irreprovável. Por esta razão, se sustentava que quem exercia tão elevado magistério deveria temer a Deus e sentir amor pela justiça. Os juízes deveriam também ter boa fama, ser desinteressados, sábios e com experiência. Para poder julgar com acerto, deveriam ser dóceis de coração, afáveis e indiferentes às coisas ou pessoas envolvidas nas causas assim como, deveriam ser dotados de uma grande firmeza de carácter para levar a cabo a sua função.

Os juízes deveriam ainda manter uma postura grave, circunspecta e decorosa. Deveriam vestir roupas escuras e não manter nenhum trato familiar com os seus colegas, com os advogados e com os vizinhos. Enfim, os juízes deveriam estar isentos de todo o vício. O seu cargo era incompatível com a luxúria, a impiedade, a avareza, a lisonja, a inveja, a cobiça, a soberba, etc.¹¹.

É somente em razão destas exigências que se torna absolutamente compreensível para nós que juízes como Vidiano Maldonado, de Valladolid, fosse

¹¹ Veja-se Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Madrid: 1800, cita-se Banchs Editor, Barcelona, 1975, T. II, p. 7 e ss.

muito criticado por ter contraído “doenças contagiosas” de “mulheres baixas e moças de cantar”; e que Felix de Maçaneo fosse acusado de ter uma amante com a qual teria ido nadar no rio “em pernas com uma mulher”; ou que, por fim, fosse imputado a Garcia de Medrano que não fizesse vida conjugal com a sua legítima esposa¹².

Que a correcção das sentenças dependesse da pessoa do juiz e da sua finura de carácter, ou da sua aparência, e não das fundamentações ou alegações realizadas, isso não significava que o juiz estivesse livre de todo o controlo. Este, iniciava-se no momento da sua nomeação, já que deveria sofrer um escrutínio prévio severo relativo à sua lealdade ao monarca e à religião católica. O controlo continuava com os relatórios que deveria apresentar periodicamente aos seus superiores, com as inspecções e com os *juicios de residências*¹³ aos quais se deveria submeter. Pretendia-se fundamentalmente controlar os juízes para que não prevaricassem ou cometessem subornos tão comuns nos séculos XVI, XVII e XVIII, mas também, assegurar que as suas actividades fossem de acordo com o regime político vigente¹⁴.

“O modelo jurisdicional castelhano não era pois uma ordem de legalidade e só poderia oferecer aos litigantes uma garantia moral. Aqui radicava justamente a sua razão de ser. Traduzido para o plano institucional, isto significava que a sentença não tinha vida própria: não era mais do que uma sentença, que não se explicava a si mesma e que dependia em tudo dos juízes. Disto decorria que estes, os juízes, deviam ser afastados do pleito (mediante a recusa) ou sancionados e inclusivamente removidos do ofício (em tramitação de responsabilidade) se atentassem (com uma conduta moralmente reprovável) contra a autoridade e imparcialidade da justiça.”¹⁵

Neste contexto, pareceria que uma condição necessária para que o juiz desenvolvesse o seu trabalho correctamente, isto é, fosse um bom juiz do ponto de vista técnico, que fosse também uma boa pessoa do ponto de vista moral. E não só que o fosse como o parecesse ser. Dada a pouca relevância que assumia o princípio da legalidade, a aparência de justiça material das decisões jurisdicionais tinha uma importância radical para a sua legitimação social e para a estabilidade do sistema. A partir da ausência da motivação das sentenças, o único espelho onde o cidadão poderia ver reflectida essa

¹² Exemplos citados por R. Kagan, *ob. cit.*, p. 174.

¹³ N.T.: “juicios de residências” eram uma forma de controlo comum para todos os funcionários reais, que ao finalizarem sua “residência” num posto determinado ficavam obrigados a submeterem-se a um “juicio” (julgamento) relativo ao modo como se tinha desenvolvido a sua função.

¹⁴ Na realidade não se tratava, nesta altura, de que os juízes não estivessem sujeitos a regra nenhuma ou que não existisse uma ampla legislação sobre determinadas questões mas antes que os juízes, dada a estrutura que tinha o exercício do seu poder jurisdicional, dispusessem de uma amplíssima discricionariedade que facilmente conduzia à mais completa arbitrariedade. Dadas as características do modelo, as normas jurídicas tornavam-se assim, “joguetes nas mãos dos juízes”, para empregar uma fórmula moderna própria de uma concepção jurídica realista não moderada.

¹⁵ Cf. C. Garriga y M. Lorente, *ob. cit.*, p. 111-112.

justiça era exactamente na pessoa e no comportamento do juiz. Uma pessoa má, munida de poderes discricionários tão amplos para decidir, não poderia ser, tecnicamente, um bom juiz, nem sequer nas aparências¹⁶.

II — O JUIZ QUE PRECISA DE FUNDAMENTAR AS SUAS DECISÕES

A passagem de um esquema jurisdiccional em que imperava a prática de ditar sentenças que careciam de fundamentação para o modelo oposto que exige que as sentenças sejam fundamentadas tanto nos aspectos normativos como nos factos, fez-se, pelo menos no que diz respeito à experiência espanhola, de forma paulatina. O primeiro âmbito jurídico em que se estabeleceu o dever de fundamentar as sentenças foi no comercial, imposto pelo Código do Comércio de 1829¹⁷.

Este dever de fundamentação das sentenças instituiu-se para dar resposta à necessidade de disciplinar a tarefa dos juízes, face à lógica imposta pela construção de um novo Estado, e não em virtude de uma suposta garantia dos direitos dos cidadãos. Havia que limitar a discricionariedade e o arbítrio judicial e obrigar os juízes a aplicar efectivamente o novo direito legislado pelas autoridades liberais. O respeito pelo princípio da legalidade surgia assim como uma necessidade imposta pelo novo estado liberal o qual, aceitando a tripartidarização dos poderes, situa o parlamento e a lei num plano superior ao da figura do juiz e das sentenças. Um caminho apropriado para fazer isto era compelir os juízes a fundamentar as suas decisões. Para se poder constatar a aplicação do novo código a fundamentação era, senão imprescindível, pelo menos conveniente. Manter a proibição da fundamentação tinha favorecido que as sentenças continuassem de acordo com as

¹⁶ Uma citação de Jerónimo Castillo de Bobadilla mencionada por Francisco Tomás y Valiente pode ilustrar esta conclusão. Dizia Castillo de Bobadilla que havia conhecido um juiz que “teve ofícios muito grandes nestes Reinos e que, quando o delinquente confessava o seu tormento, regressava ufano aos seus aposentos e dizia à mulher e à família, “temos carne”, qual tigre ou leão, tomando ou despedaçando a sua presa”...“porque conheci alguns juízes, em especial alguns jovens cobiçosos de vã glória, os quais desvirtuavam as palavras do delinquente, quando lhe ouviam a confissão, para torná-lo culpado do delito e outros que inventam modos e crueldades esquisitas para o castigo e posso afirmá-lo, porque o testemunhei acompanhado que fui por um juiz, o qual tinha por hábito (e na sua opinião era uma façanha) dar pontapés e murros no delinquente quando este estava despidido para ser posto no “potro” — N.T.: cavalo de madeira onde se torturavam os condenados —, mostrando-se como um Nero, e, repreendendo-o, eu, daquela desumanidade e rigor não escrito, disse-me que o fazia porque com aqueles pontapés e murros aterrorizava o preso e induzindo-o a confessar o que lhe perguntava; invenção do diabo: e assim vi-o, depois, perdido e menosprezado”. Cf. Francisco Tomás y Valiente, *ob. cit.*, p. 225. Claramente que, nestes casos, os juízes cujas práticas morais eram reprováveis, mesmo para os cânones da moral positiva vigente na época, não cumpriam adequadamente, nem o poderiam fazer, as suas funções.

¹⁷ Cf. Manuel Ortells Ramos, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1977, p. 908. No âmbito penal, o dever de fundamentar as sentenças data de 1848 e no âmbito civil de 1853 e, com carácter geral, a partir da LOPJ de 1870.

antigas *Ordenazas*¹⁸. Têm razão C. Garriga e M. Lorente quando afirmam que “a obrigação de fundamentar legalmente as decisões judiciais foi uma consequência e não um pressuposto da reorganização do aparato da justiça”¹⁹.

A partir deste momento, há que entender a justiça como a aplicação da lei, sem dar importância aos estados mentais ou psicológicos de quem a aplica. Ao sistema jurídico já não interessam os processos pessoais através dos quais o juiz chega a tomar uma decisão, interessa apenas a sua capacidade de tornar expressas as normas que a sociedade democraticamente estabeleceu. A lei aparece assim como a expressão da vontade popular, uma expressão a que o juiz se deve submeter²⁰.

Quando o direito impõe que os juízes devem decidir conforme um sistema de fontes, está então a estabelecer-se que a premissa normativa geral que há-de ser utilizada no raciocínio judicial tem que advir ou ser identificada com precisão por essas fontes de criação jurídica não tendo que ver com a ética privada do juiz. Justificar ou fundamentar uma sentença em direito e nos factos é construir um raciocínio válido logicamente onde uma premissa faz referência a uma norma jurídica geral, outra a considerações empíricas que devem aparecer suficientemente baseadas nos factos provados e em que a conclusão é a decisão ou a sentença. Obviamente que poderá haver outras premissas analíticas ou definíveis²¹. Por esta razão, como refere Luigi Ferrajoli, “a motivação permite a fundamentação e o controlo das decisões tanto *em direito*, por violação da lei ou defeito de interpretação ou subsunção, como *de facto*, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo de causalidade e provas”²².

A legitimização das sentenças depende agora, tanto do conteúdo da sentença como da fundamentação nela constante, sendo completamente irrelevante o respeito pela moral privada da autoridade que as dita. Em consonância com esta ideia, verifica-se que as normas que se adoptaram a partir desta época relativamente às atitudes morais e aos comportamentos sociais exigíveis aos juízes começaram a ser mais permissivas. Já não se exige que os juízes sejam tementes a Deus ainda que, como funcionários de um Estado que adopta a religião católica, lhes esteja vedado que pertençam a qualquer outra religião.

Mantém-se a exigência de que os juízes tenham uma reputação imaculada ou sejam possuidores de um bom conceito público e, para o efeito, são

¹⁸ *Ibidem*, p. 909.

¹⁹ Cf. C. Garriga e M. Lorente, *ob. cit.*, p. 132.

²⁰ Cf. Eduardo García de Enterría, “La democracia y el lugar de la ley”, em Eduardo García de Enterría y Aurélio Menéndez, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 e ss.

²¹ Cf. Eugénio Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”, em Carlos Alchourrón y Eugénio Bulygin, *Ánalisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

²² Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, v. castelhana: Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid: Editorial Trotta, 4.ª edição, 2000, p. 623.

sancionadas as condutas como a incontinência pública, a embriaguez repetida ou a imoralidade escandalosa. Assim, a Lei Orgânica do Poder Judicial de 1870 estabelece como causa de destituição dos juízes os vícios vergonhosos, a prática de actos que os tornem desmerecedores do conceito público ou quando pela sua conduta viciosa ou pelo seu comportamento pouco honrosos não sejam dignos de exercer funções públicas²³. No entanto, no âmbito em que os juízes devam fundar as suas decisões "os factores morais sofrem um declínio progressivo na medida em que são substituídos pela proeminência paulatina nas leis de elementos técnicos cada vez mais complexos e abundantes, sem que isso suponha o desaparecimento radical de termos como "amor ardente à justiça", a sua "pureza sem mancha", o seu "zelo constante", os quais se encontram nos textos mais como elementos retóricos do que como requisitos efectivos²⁴".

Esta paulatina "desmoralização" das características pessoais exigidas ao juiz foi concluída em Espanha com a Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985. Nesta lei, entre as causas sancionatórias que se prevêem do ponto de vista disciplinar não se encontra nenhuma referência à ética privada do juiz. Mais, admite-se na generalidade que a ideologia pessoal ou as convicções morais, religiosas ou políticas de um juiz não constituem uma causa justificativa de abstenção ou de recusa. O juiz não tem motivos para ocultar ou omitir manifestar a sua ideologia ou as suas preferências políticas nos foros adequados, por exemplo, em publicações de reflexão teórica de política geral, de sociologia, de análise filosófica. O juiz já não é, nem deve sê-lo, um cidadão asséptico, fechado numa bola de cristal, afastado de qualquer consideração social.

E, em princípio, não lhe estão vedados certos comportamentos na sua vida privada que não sejam exigíveis ao resto dos cidadãos ou funcionários públicos, já que num Estado democrático e social, a constituição proíbe a discriminação em virtude das preferências sexuais — recorde-se a proibição de vícios vergonhosos — sociais ou de opinião.

Num contexto em que os juízes devem fundamentar as sentenças, os atributos pessoais de carácter moral que possam não ter ou a realização de actos que afectam exclusivamente as respectivas vidas privadas carecem de relevância prática ou institucional.

Sendo assim, do ponto de vista técnico não seria verdade que, para se ser um bom juiz se tenha que ser uma boa pessoa não obstante dominar a técnica do direito; bastaria, pelo contrário que conhecesse adequadamente a técnica jurídica para saber identificar as normas jurídicas que regulam o caso a decidir e oferecer uma justa apresentação das questões empíricas nos factos provados sem que seja necessário, ao juiz, ser dotado

²³ Cf. Piedad González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia: Tirant lo Blanc, 1993, p. 189.

²⁴ Cf. Juan Sainz Guerra, *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid: Eudema, 1992, p. 275.

de virtudes éticas e sociais. Nesse sentido, uma “má pessoa” poderia chegar a ser um bom juiz.

III

Que uma pessoa má possa ser um bom juiz, num contexto em que os juízes têm que fundamentar no Direito as suas decisões não é, no entanto, uma conclusão facilmente aceite por todos. Consequentemente, são várias as razões que se opõem a que na selecção dos juízes se tome em consideração unicamente os aspectos técnico-jurídicos ou que não podem ser impostas sanções aos juízes e magistrados que não guardem uma compostura aceitável na sua vida privada. De facto, é comum afirmar-se que não basta que os juízes sejam independentes, imparciais, competentes e honoráveis mas também que, tal como a mulher de César, assim o devam parecer.

A aparência de justiça das decisões judiciais é importante para gerar confiança no que se sujeita aos tribunais assim como, para desse modo contribuir para a estabilidade do sistema jurídico e político. É igualmente habitual afirmar-se que uma pessoa “má” na sua vida privada transfere as suas avaliações para a vida profissional e, ainda mais importante do que isto, que o juiz ao interpretar o Direito deixa o seu cunho pessoal e as suas mais íntimas convicções morais, políticas e sociais nas coisas interpretadas sejam elas os enunciados legislativos ou as questões empíricas. Uma “má pessoa” colapsaria, em definitivo, num mau juiz. Mas vamos analisar de perto estes argumentos.

Um primeiro argumento que se opõe à ideia de que uma “má pessoa” possa ser um bom juiz e que, em consequência, deva ter uma compostura moralmente de acordo com as valorações sociais, é o de que os juízes não devem apenas ser independentes, imparciais, competentes e honoráveis como devem parecer sê-lo aos olhos do público. Segundo esta teoria, pareceria que a confiança da opinião pública na justiça assentava também na compostura dos juízes e, por este motivo, lhes seria exigível um peso maior do seu comportamento privado do que se exigiria ao comum dos cidadãos. Por esta razão, os juízes, não só deveriam evitar um comportamento impróprio como, simultaneamente, deveriam evitar toda a aparência incorrecta, isto é, toda a aparência de estarem envolvidos em comportamentos e situações sociais impróprias²⁵.

A noção de “comportamentos impróprios” ou “situações sociais impróprias” é sumariamente vaga. É obviamente uma questão que depende do conteúdo das normas morais e sociais e, portanto, duplamente parasitária da ética e do contexto político-social vigente. O que é considerado impróprio em determinado lugar e momento pode não o ser em lugares e épocas diferen-

²⁵ Cf. Joe Riley, *Ethical Obligations of Judges*, Memphis State University Law Review, vol. 23, 1993, p. 509.

tes. Por este motivo é conveniente dar alguns exemplos do que pode ser considerado "impróprio" nas nossas sociedades. Estes exemplos não têm um carácter exaustivo e utilizar-se-ão apenas para fins pedagógicos. Em todos os casos supõe-se que se trata de juízes que cumprem todos os critérios standard da sua profissão; isto é, têm o seu despacho actualizado, as suas sentenças não postas em causa ou revogadas em maior número de vezes do que as dos colegas, conhecem o Direito suficientemente bem e os advogados não têm demasiadas queixas acerca do expediente que lhes compete decidir. O único aspecto que diferencia estes juízes é a sua vida privada.

1. O caso do juiz irascível. Suponhamos que um juiz, todos os domingos, quando joga a equipa de futebol de cujo clube é sócio, se passeia por detrás da cerca que separa o relvado das bancadas e profere gritos de apoio aos jogadores do seu clube e de menosprezo e cólera, em tom agressivo, aos adversários. O comportamento deste juiz, no campo de futebol, não se diferencia do comportamento dos outros energúmenos que muitas vezes frequentam os estádios. Poderá este ser um bom juiz? Piero Calamandrei diria que não. Sustém que — "Se eu fosse um assíduo apoiante de um clube de futebol e, entre o público que gesticulasse, reconhecesse um juiz, que gesticulava e gritava que o árbitro se tinha vendido, como poderia, no dia seguinte, ao defender uma causa perante ele, ter confiança na sua serenidade e no seu equilíbrio?"²⁶. Ser fanático no futebol ou noutro qualquer desporto ou em qualquer outro âmbito da vida, não poderá ser compatível, devido às aparências de parcialidade que gera, com a prática profissional de um bom juiz.

2. O caso do juiz cuja vida sexual não é estritamente ortodoxa. Um dos aspectos da vida pessoal que está sujeito a um especial escrutínio nas nossas sociedades é o sexual. A sociedade estabelece parâmetros de comportamentos sexuais de "normalidade" e "anormalidade" bastante definidos, ainda que arbitrários. A violação desses parâmetros é sempre considerada como exemplo de um "comportamento impróprio". Vejamos alguns casos.

2.1. A juíza e a bailarina. Vamos supor que uma juíza com cerca de 45 anos e divorciada, decide frequentar todas as sextas-feiras e sábados à noite um salão de festas — os populares bailes. Neste estabelecimento dança até de madrugada junto de pessoas mais jovens ao ritmo de música tropical, como a lambada. O movimento e o contacto físico nestes bailes é tão conhecido como manifesto e a juíza que se exibe generosamente durante o baile fá-lo obviamente em público. Também paga copos aos seus jovens acompanhantes (e os que ela bebe) e devido ao crédito que tem no estabelecimento em virtude do cargo que exerce, o proprietário do estabelecimento vai cobrar as dívidas contraídas ao tribunal, que a juíza paga sem problemas.

2.2. O juiz homossexual. Suponhamos agora que um juiz homossexual, também de idade madura, leva uma vida sexual activa e pouco recatada.

²⁶ Cf. Piero Calamandrei, *ob. cit.*, p. 302.

Os seus companheiros ocasionais são bastante mais jovens e as suas aproximações amorosas às pessoas com quem deseja manter relações sexuais são constantes e ocorrem independentemente do lugar onde se encontra. São aproximações notórias, não transgredindo grosseiramente, no entanto, a linha do respeito.

2.3. O juiz adúltero e o juiz que se relaciona com prostitutas. Em ambos os casos, as práticas destes juízes não constituem delito e estes assumem-nas de forma pública e notória. No primeiro caso, são constantes e públicas as discussões e as recriminações com o cônjuge. O juiz foi inclusivamente encontrado a manter relações sexuais dentro do seu carro no parque de estacionamento público com uma mulher que não era a sua esposa. No segundo exemplo, o juiz entra e sai de sua casa a altas horas da noite e embora não haja praticamente escândalos, os vizinhos têm consciência do tipo de tráfico sexual que ali tem lugar. O juiz tem por hábito contratar prostitutas e levar vídeos pornográficos para as festas dos amigos²⁷. Poderiam estes juízes ser bons juízes do foro da família?

Há quem pense que estes e outros exemplos, que se poderiam multiplicar, de juízes que levam uma vida sexual no limite da ortodoxia são simplesmente exercícios académicos sem nenhuma substância prática. No entanto isto não é assim se se tiver em linha de conta a legislação e a jurisprudência comparada. Tanto os Supremos Tribunais de Ohio, como da Florida, nos Estados Unidos da América, sancionaram disciplinarmente juízes que se encontravam em situações semelhantes às descritas²⁸. O modelo de juiz destes Tribunais Supremos supõe então que aqueles que cometem acções impróprias, incorrectas, inadequadas ou más — incluindo as pouco ortodoxas — do ponto de vista da moral social que rege as relações sexuais, não podem, em definitivo, ser bons juízes.

3. O Juiz jogador e o juiz que administra mal o seu património. O primeiro caso é o de um juiz aficionado de jogos de azar. Não só frequenta com regularidade os casinos da cidade onde exerce as suas funções como ainda aposta frequentemente no hipódromo e em partidas de póquer organizadas em clubes privados. Por diversas ocasiões se viu obrigado a contrair empréstimos para pagar as dívidas contraídas no jogo, empréstimos que pagou a tempo e horas e, ainda que muitas dessas actividades fossem tidas durante a noite, não chega tarde ao trabalho e cumpre os horários de despacho que lhe competem. Na segunda hipótese, o juiz tem que assumir dívidas que não provêm do jogo mas antes de comportamentos económicos erráticos e pitorescos. Gasta grande parte do seu vencimento em roupa, para si e para

²⁷ O caso do juiz que é visto a praticar sexo no seu automóvel e aquele que levava material pornográfico e prostitutas a festas podem consultar-se em Robert Martineau, *Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law*, University of Baltimore Law Review, vol. 10, n.º 2, 1981, p. 239.

²⁸ Cf. Steven Lubet, *Judicial Ethics and Private Lives*, Northwestern University Law Review, vol. 79, n.ºs 5 e 6, 1985, p. 993.

a sua família, oferecer jantares vultuosos aos seus convidados e leva, em geral, uma vida social acima das suas possibilidades. Por estes motivos, os seus credores penhoraram, por diversas vezes, o seu vencimento. No entanto o juiz acabava sempre por saldar as suas dívidas apesar de o fazer com grande dificuldade económica.

Nalguns ordenamentos jurídicos, tal como o argentino, é prevista a proibição do juiz participar em jogos de azar ou de frequentar locais destinados a essas actividades²⁹. Os juízes não podem frequentar casinos ou hipódromos mesmo que não façam qualquer aposta. Tais restrições obedecem pelo menos a duas razões aparentes. A primeira, é de natureza prudencial: um juiz endividado pode facilmente ser corrompido através de extorsão. A segunda razão prende-se com o facto da sua aparência de honorabilidade ficar afectada. Uma pessoa que joga constantemente, dá a imagem de uma pessoa submetida a “prática viciosa”. No que respeita ao juiz que vê o seu vencimento penhorado é habitual concluir-se que, quem não administra bem o seu património não pode administrar bem o património dos demais nem administrar bem a justiça. Também parece incompatível com a figura de um bom juiz, a de uma pessoa que se endivida sistematicamente.

4. O caso do juiz com amizades perigosas. As relações sociais dos juízes foram sempre submetidas a um controlo especial e são várias as sanções que se lhes impuseram ou impõem por manter relacionamentos sociais com determinado tipo de pessoas ou por pertencer a determinadas associações. Relacionado com isto podem examinar-se várias hipóteses. Analisemos algumas.

4.1. Vamos supor que o juiz se reúne frequentemente com delinquentes, com reconhecidos narco-traficantes ou com chefes da máfia poderosos. O seu relacionamento com estas pessoas vem do passado, tendo na sua juventude estudado com eles ou participado em equipas desportivas e tendo ainda por hábito jantar, todas as quintas-feira, no restaurante de um deles. O juiz não participa das actividades de delito dos seus amigos, nem deles recebe presentes e paga os seus jantares como qualquer outro, mas está afectivamente relacionado com eles pelos motivos atrás referidos. Que este tipo de amizades não é aceitável comprova-o o facto de, nos Estados Unidos e em determinadas épocas, se terem imposto sanções disciplinares a juízes pelo mero facto de manterem relacionamentos estreitos e íntimos com delinquentes³⁰.

As aparências jogam aqui um papel fulcral.

4.2. O Juiz que pertence a associações racistas, anti-democráticas ou inconstitucionais.

Nesta hipótese, os amigos do juiz são pessoas de reconhecida militância xenófoba, de ultra-direita cuja ideologia política proíbe os matrimónios

²⁹ Cf. Roberto Dromi, *Los jueces ¿ Es la justicia un tercio del poder?*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 60.

³⁰ Cf. Steven Lubet, *ob. cit.*, pp. 996-997.

mistas do ponto de vista religioso ou racial, cujos slogans são insultos às comunidades negras, judias ou sul americanas. Obviamente que esta ideologia política opõe-se à democracia como forma de governo e supõe a subordinação do poder político a certos sectores religiosos. Estas pessoas organizam-se em clubes, desenvolvem actividades artísticas de gosto duvidoso e manifestam-se nas ruas. O juiz pertence a estas associações, assiste regularmente às apresentações de livros, aos concertos e a acontecimentos de cunho marcadamente racista e anti-democrático.

Em todas estas circunstâncias exige-se como condição aos membros que façam um voto de obediência aos valores prosseguidos pela associação e que privilegiem este voto relativamente a qualquer outra obrigação contractual, jurídica ou moral. Poderia uma pessoa com este perfil ser um bom juiz?

Parece que não. O juiz não poderia honrar o voto de obediência à associação à qual pertencesse e simultaneamente honrar a Constituição. Para além disso, a sua imparcialidade ficaria definitivamente afectada já que qualquer pleito poderia remeter, directa ou indirectamente para os princípios constitucionais, cuja negação poria em causa, claramente, os resultados do processo. Por último, a aparência de parcialidade evidenciar-se-ia com toda a força. "A administração da justiça — citando o Supremo Tribunal da Califórnia numa das suas sentenças — vê-se prejudicada pela percepção de rasgos racistas que se transmitam ou não para as sentenças e ordens dos tribunais."³¹

4.3. Um caso diferente do anterior em muitos aspectos mas que não evita a percepção de parcialidade no exercício de jurisdição é o do juiz que pertence a uma associação que se dedica a realizar actos de caridade, a cumprir funções sociais benéficas como a Cruz Vermelha ou a Amnistia Internacional, que defende os direitos humanos. A diferença relativamente ao caso anterior é manifesta sendo fundamentalmente o carácter ideológico que os diferencia, já que aqui os postulados destas associações são perfeitamente compatíveis com os princípios constitucionais. Por isso não é de estranhar que se a figura do juiz fica afectada num caso concreto haja o afastamento voluntário ou a escusa. Seria suficiente que ao juiz fosse vedado ocupar lugares de direcção ou realizar determinadas actividades como fazer campanhas de angariação de fundos, por exemplo.

5. O caso do juiz extravagante. Vamos agora supor que se trata de um juiz que tem um sentido particular de moda e gostos estéticos que não são partilhados pela maioria da população do local onde vive e exerce a sua profissão. O seu cabelo, pintado de loiro, tem uma melena e um rabo de cavalo que lhe chega abaixo dos ombros. A sua orelha direita é adornada por uma meia dúzia de brincos e, da sua sobrancelha esquerda, sobressaem dois alfinetes que acabam em brilhantes de imitação. Chega todas as manhãs ao trabalho vestido com jeans e sapatilhas e, ainda que para as audiências leve a toga, tal como é obrigatório, tem algumas unhas da mão direita pintadas de

³¹ Cf. Steven Lubet, *ob. cit.*, p. 998.

cor-de-rosa choque. Seria considerado um bom juiz? Piero Calamandrei diria que não. Na sua opinião, “aos juízes, ainda que na sua vida privada, reprovam-se e consideram-se indignas da seriedade da sua profissão, pequenas debilidades ou determinadas distracções inocentes que se perdoariam ou se encarariam com simpatia noutras pessoas... apoderou-se de mim, em determinada ocasião, uma sensação de desalento quando, ao aproximar-me do presidente de um tribunal penal perante o qual teria que discutir momentos depois um recurso reparrei que ele tinha o cabelo com brilhantina e cheio de reflexos coloridos. Ai! Ai! Como poderá ser ele um investigador escrupuloso da verdade dos assuntos alheios quando se adultera pintando os quatro cabelos que lhes restam?”³². Não parecia pois que uma pessoa extravagante pudesse ser um bom juiz.

Em todos estes casos, a aparência da justiça joga um papel fundamental. Parece não bastar que a decisão dos juízes seja justa e conforme o direito exigindo-se também que tenha que o parecer. Uma aparência incorrecta afectaria de tal forma a crença da população no aparato judicial que teria um efeito desestabilizador de consequências negativas incalculáveis para o regime político e jurídico vigente. Há que recordar aqui o conhecido teorema de Thomas no sentido em que, se uma acção é vivida como real, as suas consequências também serão reais. Se os cidadãos consideram que o juiz age injustamente, comportar-se-ão para com ele como se ele de facto o fosse.

Uma segunda linha de argumentação contra a afirmação de que uma “má pessoa” pode ser um bom juiz é que, um juiz que se comporta incorrectamente na sua vida privada também o faz na vida pública e no exercício da sua função, já que não poderia manter por muito tempo uma vida dividida, esquizofrénica e, portanto, mais cedo ou mais tarde, a sua faceta imoral acabaria por impor-se também no exercício do seu poder jurisdicional. Por exemplo, um juiz que não obedecesse à lei como cidadão estaria psicologicamente impedido de obrigar outras pessoas a obedecer-lhe. Um juiz habituado a violar as normas de trânsito dificilmente — deduz-se — sancionaria adequadamente outros que violassem o código da estrada. Para além disso, se uma pessoa condenada ou alguém que tivesse perdido uma causa constatasse que o comportamento do juiz era exactamente igual ao comportamento que tinha justificado a sua condenação, deixaria de crer na justiça e não se lhe sentiria vinculado. Assim, a mensagem reprovadora da sentença perderia a sua força motivadora do ponto de vista pragmático. Um juiz que não cumprisse as suas obrigações relativas à segurança social da sua empregada doméstica, dificilmente condenaria outra pessoa a cumprir a mesma obrigação. Por sua vez, a empregada doméstica que fosse julgada por isso, perderia a fé na justiça e não se sentiria vinculada ao sistema jurídico-político. Esta é, sob todas as perspectivas, uma situação negativa que afectaria todos.

³² Cf. Piero Calamandrei, *ob. cit.*, p. 302.

A situação descrita pode ser ilustrada com um exemplo de Gerald Dworkin. Suponhemos que dois ladrões estão a cometer um roubo e que o mais velho diz ao seu companheiro que aquilo que está a fazer, roubar, é incorrecto moral e juridicamente. O ladrão mais jovem surpreendido ao escutar essa repreensão contrapõe que também ele está a roubar com a agravante de ter mais anos de profissão que ele. E que, por esse motivo, não tem o direito de lhe fazer aquela crítica. O ladrão veterano responde que esse dado é irrelevante e que o acto que o jovem está a levar a cabo, roubar, é errado³³.

A questão aqui, segundo Dworkin, não é (v. texto) a crítica formulada pelo ladrão mais velho ao seu companheiro mais novo mas sim o seu conteúdo correcto segundo um sistema de normas. A questão a esclarecer é se, quem formula a crítica dado o contexto está em posição de o fazer. Isto é assim porque ambas as partes no diálogo moral, crítico e criticado, hão-de reconhecer-se mutuamente como agentes morais pertencentes à mesma comunidade moral. Este elemento é relevante dado que, pragmaticamente, as sanções morais só operam de um modo efectivo, quando aquele que é sancionado sente que se está a distanciar da pessoa que o critica ou da comunidade moral à qual pertence e que valora como legítima e merecedora de respeito. Não é assim suficiente de um ponto de vista pragmático, que a crítica seja correcta. É, também, necessário que a crítica ou a sanção produza um sentimento de vergonha ou de arrependimento naquele que é criticado ou repreendido. Se quem é sancionado vê que o que o seu crítico pratica os mesmos actos pelos quais é criticado, esse afastamento ou sentimento de perda de pertença a uma comunidade, essa vergonha ou arrependimento tão próprios do fenómeno ético não se produzirão. Assim, a critica moral perderia parte da sua força motivante³⁴.

As considerações anteriores supõem a negação da afirmação que sustém que num Estado de direito democrático, onde os juízes têm a obrigação de fundamentar as suas decisões, uma “má pessoa” pode ser um bom juiz já que a sua conduta como indivíduo desmereceria a força motivante das suas decisões não apenas perante o sujeito sobre o qual recai a decisão como também sobre os restantes cidadãos. Em todos os casos analisados e outros que se poderiam citar, importa saber que os juízes realizam os actos descritos de um modo usual, permanente e não de forma excepcional ou isolada e que, portanto, tais condutas constituem ou são indicativas da expressão dos seus respectivos caracteres. Essas acções, se executadas uma só vez ou muito esporadicamente, talvez não tivessem a importância suficiente para servir de referência aos nossos objectivos isto é, saber se uma “má pessoa” pode ser um bom juiz.

³³ Cf. Gerald Dworkin, “Morally Speaking”, em Edna Ullmann-Margalit (ed.), *Reasoning Practically*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 184.

³⁴ *Ibidem*, p. 187.

Nos casos dos juízes irascíveis, de vida sexual pouco ortodoxa, dos que frequentam companhias perigosas ou do juiz extravagante, as razões que se invocam para proibir-lhes condutas que a um cidadão comum seriam claramente permitidas deve-se ao facto de tais condutas diminuírem, desde logo do ponto de vista social, o respeito pelos órgãos de justiça que o conjunto da população deve guardar em toda a sociedade organizada qualquer que seja o regime político e social que esta adopte. Em todos estes casos assume-se que o comportamento impróprio de um juiz é transferível para o conjunto da judicatura e que a percepção de um caso particular gera ou permite gerar uma generalização a todos os juízes. É em virtude destas razões que há que proibir comportamentos impróprios ainda que, em muitos destes casos, as sentenças ditadas por esses juízes não sejam afectadas na sua juridicidade. Basta que se afecte ou se possa ver afectada a aparência de juridicidade. Neste sentido, exigir-se-ia aos juízes uma atitude e um comportamento que fosse mais além do que o mero cumprimento do direito.

No entanto, esta afirmação não se pode aceitar sem alguma especificações adicionais. Em primeiro lugar, porque não está muito claro quais são as acções que denotam “comportamentos impróprios” sobretudo em sociedades complexas onde coexistem vários códigos de moralidade positiva ou estética. E quando se indaga a vida privada das pessoas para determinar quais são os seus defeitos de carácter, sabe-se quando se começa mas não se sabe quando se acaba. Isto levaria a uma enorme discricionariedade para sancionar condutas inespecíficas com a consequente impossibilidade de defesa dos membros do aparelho judicial. Isto obrigaría a ser-se cuidadoso no desenho da disciplina da vida privada dos juízes. E tanto é assim que muitos consideram que seria melhor deixá-la á mercê do consenso corporativo o qual não tem que ser expresso, isto é, deixá-la à auto-regulação profissional. Isto é, aliás, o que acontece. Segundo Perfecto Ibañez, “não pode desconhecer-se que o papel judicial impõe, na forma em que tradicionalmente é concebido, um acréscimo de rigor e de auto-controlo geralmente maior ao do comum dos cidadãos...”³⁵.

No entanto apesar das cautelas e necessárias salvaguardas que se tenham de forma a garantir os direitos dos juízes enquanto cidadãos, é verdade que se lhes deve exigir uma certa contenção nas suas acções de forma a que estes dêem uma imagem de equidade, objectividade e imparcialidade já que, se o arguido tivesse a percepção de que as suas decisões eram injustas, o impacto que isso poderia ter na vida jurídica poderia ser igual ao que teria se realmente o fossem.

Por outro lado, merece ser analisada com cuidado a afirmação de que toda a reprovação que a condenação tem perde força motivante nos casos em que o juiz efectua as mesmas acções que depois sanciona nas suas sentenças. Gerald Dworkin talvez tenha razão acerca do funcionamento pragmático das

³⁵ Cf. Perfecto Ibañez, *Justicia/Conflicto*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 262.

condenações morais. Talvez tenha razão quando afirma que a eficácia da crítica moral reside em que quem crítica não está contaminado pelos mesmos actos que constituem o objecto da sua recriminação. No entanto, de uma perspectiva jurídica as sentenças operam de maneira distinta. Em primeiro lugar porque o julgador e o julgado não têm motivos para participar ou sentirem-se membros de uma mesma comunidade de interesses ou de valores morais ou de outro tipo, nem de se identificarem um com o outro, nem mesmo que a reprimenda tenha que ser sentida como legítima pelo seu destinatário, tal como referem os que se têm dedicado à análise das sub-culturas da delinquência. No entanto, e para além disto, o juiz pode ditar uma sentença conforme o direito sabendo que ela é moralmente injusta, tal como o refere o nosso artigo 4.3 do Código Penal que estabelece que os juízes e os tribunais podem solicitar o indulto de uma pessoa quando “da rigorosa aplicação da lei resulte a penalização de uma acção ou omissão a qual, segundo o juízo do juiz ou do tribunal, não deveria sê-lo, ou quando a pena seja excessiva atendendo ao prejuízo causado pela infracção e às circunstâncias pessoais do réu”³⁶. Neste sentido, nem sequer se exige ao juiz que, em virtude da sua profissão dita habitualmente as suas sentenças, se identifique a si mesmo com cada um dos postulados do direito vigente, basta que se identifique com as normas que serviram de fundamento legal à sua sentença, em virtude das fontes sociais que as produziram. No entanto, esta identificação não significa que o juiz aprova ou desaprova essas normas. E nisto não há nada de esquizofrénico³⁷. E se isto é assim, o argumento que exige absoluta coerência moral entre as sentenças emitidas pelos juízes e os valores pessoais por estes mantidos, perde grande parte da sua razoabilidade³⁸.

Não obstante estes fundamentos nada terem de trivial, convém recordar que as normas jurídicas em geral e as sentenças, em particular cumprem também uma função simbólica de carácter ideológico-moral em apoio aos fins que sustentam ou promovem, não dizendo apenas respeito ao condenado, mas também a toda a sociedade. E que esta função se vê menos-prezada quando, perante os olhos do público, a autoridade que a dita é indigna para levar a cabo essa acção. Nesse sentido, pareceria prudente exigir ao juiz um comportamento apropriado, isto é, que ao menos se abste-nha de realizar as acções que possa vir a condenar.

O caso do juiz que pertence a organizações não democráticas ou que defendem posições inconstitucionais é diferente. Aqui sim, existe uma con-

³⁶ O próprio G. Dorkin parecia aceitar que o mundo da moral se diferencia neste aspecto do âmbito jurídico.

³⁷ Não analisarei aqui a factualidade do caso de um juiz perfeitamente hipócrita, isto é, daquele que tem uma moral privada muito marcada mas que em todas as suas intervenções públicas actua e decide as questões de uma forma incompatível com as suas próprias convicções.

³⁸ Talvez esta conclusão possa ser analisada como uma questão de graduação que é válida para a generalidade dos casos ou para casos que não sejam excepcionalmente prementes. Dificilmente um juiz que tenha horror à pena de morte ditará repetidamente sentenças nesse sentido.

tradição entre obedecer a dois sistemas normativos cujas condutas são pragmaticamente incompatíveis, pessoas desse teor não deveriam poder ser designadas como juízes e, se já o tivessem sido deveriam ser expulsas do poder judicial³⁹.

Nos casos, em mudança, em que o juiz tenha uma ideologia compatível com os valores constitucionais mas perante um facto concreto o seu juízo possa ficar inviesado, ou dar essa aparência, basta estabelecer um sistema amplo de impedimentos ou recusas. Segundo Juan Pico y Junoy, “o interesse moral ou religioso, em circunstâncias excepcionais, pode ser de tal transcendência para o julgador que ponha em causa a sua objectividade, pelo que faz sentido a sua substituição. Assim, podemos pensar no caso do juiz que, pertencendo activamente a uma associação religiosa, tem que decidir uma controvérsia que, atendendo em consciência aos postulados da sua crença, terá que a resolver de outra maneira. A este respeito podemos citar o exemplo de um juiz de Málaga, cujas crenças religiosas contrárias ao aborto eram conhecidas, e que foi recusado pelo advogado de um arguido acusado por delito de aborto abrigo do interesse indireto do juiz na causa. Este aceitou o motivo e foi afastado do caso...”⁴⁰. No entanto, e para além de tudo, dificilmente se poderia qualificar uma pessoa que mantém posições a favor dos direitos humanos como uma “má pessoa”.

Para responder à pergunta se uma “má pessoa” pode vir a ser um bom juiz do ponto de vista técnico, num sistema onde impera a obrigatoriedade de fundamentar as sentenças em direito, isto é, num sistema em que o juiz tem que decidir conforme um conjunto de fontes pré-estabelecido como Lei e o costume, de acordo com os princípios gerais de direito, há ainda que considerar um último argumento. O de que indefectivelmente uma “má pessoa” transporá as suas convicções pessoais para a sua actuação profissional. Afirma-se que os juízes não podem aplicar o direito sem o interpretar previamente sendo que esta é não só uma actividade descriptiva das normas ditadas pelos legisladores mas também, uma actividade criativa sujeita às veleidades ideológicas — num sentido amplo do termo — do intérprete⁴¹. Segundo estas teses, para cumprir tecnicamente de uma maneira impecável a função de juiz, este

³⁹ É o caso de juízes designados por ditaduras militares horrendas cujas práticas violam todos os direitos humanos e exigem obediência aos seus postulados. Enquanto se mantém o regime tirânico os juízes têm por hábito recusar todos os pedidos de auxílio e de *habeas corpus*. Se estes juízes se mantiverem nos seus cargos nos períodos de transição para a democracia constituem-se frequentemente como um forte obstáculo à completa democratização do país. Para o caso dos juízes chilenos pode consultar-se: Alejandra Mata, *El libro negro da justicia chilena*, Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

⁴⁰ Cf. Juan Pico y Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Barcelona, J. Bosch, 1998.

⁴¹ Utilizei aqui o termo “interpretar” ambiguamente, para descrever as normas que os legisladores ditam nos casos em que isso seja possível (quando a formulação legislação tem um só significado possível) e para atribuir um significado a essa formulação de entre vários possíveis.

teria que possuir determinadas características pessoais, determinada ideologia e moral como condições necessárias para o efeito — ainda que obviamente insuficientes —⁴² já que haveria uma correlação necessária entre a resolução de alguns casos judiciais e a moral privada do juiz. O juiz não poderia definitivamente deixar de projectar nas sentenças as suas próprias valorações pessoais. Esta espécie de projecção das referências morais próprias que o juiz leva a cabo nas suas decisões ver-se-ia favorecida de modo diverso no seguinte elenco, não exaustivo, de situações:

- a) Em determinadas ocasiões, o ordenamento jurídico permite, ou inclusivamente exige que o juiz decida determinada controvérsia, de acordo com os critérios valorativos sem se sujeitar a alguma restrição jurídica. A discricionariedade do julgador é absoluta. É o caso em que o juiz deve decidir em equidade.
- b) Noutras ocasiões, o juiz pode tomar uma decisão entre um leque de possibilidades. Cumpre a obrigação de decidir conforme o direito escolhendo uma qualquer das alternativas que lhe são dadas, como por exemplo, quando pode impor uma pena entre 8 e 25 anos pelo cometimento de um determinado delito. Aqui, a imposição da pena efectiva será mais ou menos severa de acordo com, entre outros aspectos, o entendimento do julgador.
- c) Noutros casos, o legislador utiliza termos tão gerais como “bom senso” ou expressões tão vagas como “bom pai de família”, relativamente aos quais o juiz se vê obrigado a recorrer a “conceitos meta-jurídicos do seu próprio mundo cultural ou da sua particular experiência”⁴³ de forma defini-los e a torná-los aplicáveis no momento em que tem que resolver determinada controvérsia.
- d) Para além disto, há questões que não se podem resolver sem se ter uma teoria moral completa ou, pelo menos, bem desenvolvida. Dificilmente se pode determinar o significado da expressão “trato inumano e degradante” sem fazer referência a elementos tão importantes para a teoria e a prática moral como a dignidade ou a autonomia da pessoa⁴⁴.
- e) Por outro lado, a ordem jurídica autoriza o juiz por vezes, aplicar normas gerais para resolver uma lacuna normativa que lhe permita solucionar um caso apelando a procedimentos como a analogia a

⁴² Uma análise acerca de se se requer que as pessoas que ocupam ou se perfilam para ocupar cargos eleitos têm que ter determinadas características pessoais como condição necessária para desenvolver com plenitude a sua função pode consultar-se: Frederick Schauer, “Can Public Figures Have Private Lives?”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 17, n.º 2, 2000, pp. 293 e ss.

⁴³ Cf. Perfecto Andrés Ibañez, *ob. cit.*, p. 253.

⁴⁴ Tomei como exemplo a discussão mantida com Juan Moreso na Universidade de Pompeu Fabra em Barcelona.

qual, ao não ser exclusivamente de carácter lógico, envolve necessariamente certas doses de valoração⁴⁵.

- f) Para além disto, os juízes também aplicar normas nas situações em que afirmam uma lacuna axiológica negando-se assim a aplicar a solução que o legislador tinha previsto para o caso. Sustentar-se a existência deste tipo de lacunas depende inteiramente da valoração que o juiz faça do hipotético facto e do sistema normativo. O afastamento por parte do juiz do que consta na lei é aqui manifesto e a criação normativa que este leva a cabo é indubitável⁴⁶.

No entanto, o derrame moral e ideológico que o juiz realiza na sua actividade de julgar não se reduz ao âmbito da interpretação normativa. Também se manifesta no que respeita à evolução da prova dos factos que venham a constituir os fundamentos de facto com que deve construir as sentenças⁴⁷. Com efeito, quando o juiz avalia a credibilidade de um meio de prova ou a atendibilidade de uma prova fá-lo numa perspectiva de crítica sã e este critério reenvia necessariamente para certas valorações pessoais do juiz.

De facto, as partes introduzem informações no processo acerca de dados factuais as quais consideram relevantes para melhor apoiar as suas pretensões sobre as quais o juiz deverá decidir. Grande parte dessa informação é contudo redundante, irrelevante e até manifestamente contraditória. Por outro lado, ao juiz é proibido conhecer os factos do litígio e mencioná-los nas suas decisões através de outros meios que não os processualmente admitidos. Em consequência disto, o juiz vê-se na obrigação de investigar num emaranhado de dados de maneira a formular o enunciado de um acontecimento histórico com pretensões de verdade. Mas “a apreciação da prova é uma actividade complexa, sujeita a determinados critérios, os quais não são sempre únicos, nem explícitos, nem claros, nem hierarquizados: a apreciação da prova decorre da experiência do julgador...”⁴⁸.

Se isto é assim, parece que certas valorações pessoais são também incindíveis da avaliação das provas no processo. Como se demonstrou repe-

⁴⁵ Cf. Eugénio Bulygin, *ob. cit.*, pp. 361 e ss. Isto não significa que o juiz realize uma actividade criadora de direito no mesmo sentido em que o faz o legislador. Como o próprio Bulygin se encarrega de sublinhar, “não se trata de uma criação *ex nihilo*. A criação judicial de normas gerais por analogia é uma criação a partir de outras normas e nesse aspecto, difere substancialmente da criação legislativa a ponto de parecer equivoco utilizar o mesmo vocábulo “criação” para designar actividades tão distintas” (p. 362).

⁴⁶ Para uma análise mais detalhada do problema das lacunas axiológicas, veja-se Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1974, especialmente pp. 145 e ss.

⁴⁷ Distingue-se aqui claramente os fundamentos normativos e factuais das sentenças e os efeitos expositivos. No entanto, essa distinção não é radical como bem assinala Francisco Ezquiaga Ganuzas, “*lura Novit Curia*” y *aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, especialmente pp. 70 e ss.

⁴⁸ Cf. Daniel Mendonça, *Las claves del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2000, p. 191.

tida e manifestamente a respeito da aplicação do direito penal sexual, a ideologia de um juiz joga um papel relevante na apresentação dos factos que considera provados⁴⁹.

Por fim, embora não menos importante, advertiu-se, para a constitucionalização das chamadas liberdades básicas e dos direitos fundamentais do homem e a potencialização das valorações com as quais o juiz elabora as suas sentenças, já que estes conceitos são, para além de vagos, ambíguos assim como, dependentes de uma concepção de bom e correcto.

Chegados a este ponto, se se admitir que existe uma relação íntima entre os valores morais, políticos e sociais e a interpretação e aplicação do direito, pelo menos em certo tipo de controvérsias jurídicas, tal resultaria em que, o juiz ao decidir estaria a subscrever direitos e obrigações segundo uma específica concepção do bom e do correcto.

Neste sentido, pareceria que, pelo menos nalguns casos, se poderia fazer uma aplicação “mecânica” do direito afim de se resolver determinada controvérsia jurídica submetida à consideração judicial. Nem em todos os pressupostos, a formulação normativa de carácter legislativo implica uma única norma, nem os factos provados no processo têm tal magnitude que permitem uma descrição completa e certeira, tanto do ponto de vista dos elementos relevantes do facto ocorrido historicamente, como ainda, da existência de lacunas de conhecimento e reconhecimento. Pareceria pois que o modelo em que os juízes têm a obrigação de fundamentar as suas decisões se aproxima perigosamente, nalguns dos seus pressupostos, do seu modelo oposto – pense-se por exemplo, numa situação governada por uma discricionariedade absoluta, nas lacunas axiológicas, no comportamento de um bom pai de família, na critica sã, nas tarefas de avaliação das provas. Se no primeiro dos modelos analisados se afirmou que uma “má pessoa” jamais poderia ser um bom juiz, no modelo em que impera a obrigação de fundamentar as decisões pareceria que isso também não poderia ser possível⁵⁰.

No entanto, o conceito de “má pessoa”, que é parasitário de um conjunto de normas, pode ser interpretado como dependente da moral social ou da moral critica. A definição de “má pessoa” tendo em atenção, exclusivamente, as considerações morais positivas do momento, tem o inconveniente sério de fazer depender a valoração ética de aspectos que podem basear-se em prejuízos de tipo diferente ou em princípios que colidam claramente com princípios constitucionais bem assentes. Também não convém esquecer que não é função dos juízes referendar com o seu comportamento e muito menos com as suas sentenças, a moral social vigente e que estes, com frequência, devem

⁴⁹ Para tudo veja-se Juan José Ruiz-Risco, *El sexo de sus señorías*, Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1991.

⁵⁰ Há que assinalar que ainda que se trate de uma questão empírica, é razoável pensar que todos os juízes enfrentarão, mais do que uma vez no exercício da sua vida profissional, casos como estes.

decidir contra os valores sociais vigentes porque assim o exigem os princípios constitucionais.

Restam pois como alternativa para definir “má pessoa” os critérios definidos pela moral crítica. Estes critérios, valores e postulados básicos já se encontram habitualmente reconhecidos no ordenamento constitucional que organiza ou sustenta o Estado de direito social e democrático. É verdade que no esquema valorativo que informa os modernos sistemas constitucionais cabem diversas sensibilidades, como por exemplo, manter uma posição mais igualitária que outra em matéria sociais. Aceitar esta afirmação não significa que aqui caiba qualquer valoração. Um fascista consequente, um declarado elemento da ultra-direita ou quem tenha honrado ditaduras militares sanguinárias não pode ter a pretensão de ser boa pessoa e por conseguinte não poderia ser um bom juiz.

E, se o moderno constitucionalismo político assenta no respeito dos direitos de todos os cidadãos, categoria que inclui, naturalmente, todos os juízes há que se ser muito cuidadoso na restrição dos comportamentos privados das pessoas. À luz desta concepção, as proibições ou a sanções impostas aos juízes nalguns dos exemplos analisados anteriormente, mereciam ser novamente reconsiderados.

Não pareceria ser aceitável restringir o comportamento dos juízes em matéria sexual. Impedir os juízes de serem homossexuais implicaria aceitar que existem pautas de comportamento sexual que embora não causem prejuízo deveriam ser, a outros, proibidas e sancionadas. No entanto, esta atitude constitui um exercício de perfeccionismo moral, incompatível com um Estado fundamentado eticamente. Ao Estado deveria ser indiferente que os seus juízes sejam homo ou heterossexuais inclusivamente nos casos em cujo conhecimento e decisão possam desempenhar algum papel, a particular visão pessoal do juiz –obviamente, sempre que sejam compatíveis com os grandes valores constitucionais. Outras restrições, tal como impõem aos juízes a obrigação de vestir com determinada discrição tem alguma razoabilidade na medida em que não está em jogo um direito essencial da personalidade não sujeito a negociação, isto é, o direito a vestir uma indumentária, qualquer que sejam as circunstâncias de tempo, lugar e funções que se desempenhem. Nada haveria de imoral em obrigar os juízes a vestir uma gravata assim como, não haveria nada de imoral em obrigar os estudantes até certa idade a usar bata ou os militares a vestir uniforme⁵¹.

Se a função do juiz é julgar e fazer executar as decisões, aplicando a Constituição, o sistema de fontes e os valores nelas contidos e que sejam compatíveis com a ética crítica, tal resultaria em que, do ponto de vista técnico, para se ser um bom juiz deve-se resolver os conflitos que potencial-

⁵¹ Não prestarei atenção às funções simbólicas que cumprem determinadas formalidades e exigências estéticas e às vestimentas que rodeiam todo o exercício da função jurisdicional.

mente se conhecem imbuindo as suas decisões desses valores em todos os casos do seu mister. As valorizações pessoais alheias a esta ordem seriam então inaceitáveis e, de forma alguma, poderiam ser invocadas ou utilizadas. Uma “má pessoa” definida em termos do seu afastamento face a este sistema de valores políticos não poderia ser, nesse sentido, um bom técnico, enquanto juiz⁵².

⁵² Por outro lado, convém recordar que o compromisso que os juízes e magistrados assumem quando, em democracia, juram os seus cargos e prometem obedecer à constituição e às leis. Ao fazê-lo, reforçam, se tal for possível, as suas obrigações para com estes princípios morais.