

# **AINDA O FERREIRO E O ESPETO DE PAU (A PROPÓSITO DO ESTATUTO DISCIPLINAR DOS JUÍZES): COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TEDH DE 21/06/2016**

JOÃO PAULO VASCONCELOS RAPOSO

**Resumo:** o Autor parte de uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Acórdão de 21/06/2016, proferido no caso *Tato Marinho dos Santos Costa Alves dos Santos e Figueiredo contra Portugal*) para analisar o sistema de impugnação das decisões do Conselho Superior da Magistratura em matéria disciplinar. Procede a um resumo da história do sistema português de disciplina sobre os juízes, a que se segue uma síntese sobre as principais orientações internacionais nesse domínio. Conclui com a indicação de perspectivas de alteração do sistema vigente.

**Palavras-chave:** Conselho Superior da Magistratura; impugnação das deliberações do Conselho Superior da Magistratura; decisão disciplinar; Supremo Tribunal de Justiça; impugnação da matéria de facto; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

## **1. INTRODUÇÃO**

Falar do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ) é, basicamente, atualizar a discussão sobre a independência dos juízes. Sendo um valor estrutural e, por isso, também intemporal, a sua forma concreta sofre as evoluções que decorrem das mudanças de contexto histórico do exercício da função judicial. Os desafios que se colocam à independência são, por isso, mutáveis e a resposta aos mesmos também terá que o ser.

A natureza estrutural do valor independência torna-o, verdadeiramente, o tronco central do EMJ. Quer isto dizer que, qualquer que seja a concreta área estatutária que se discuta, o tema da independência estará presente, de forma mais direta ou mais difusa.

A área que se pretende pôr em relevo neste texto é a disciplinar ou o estatuto disciplinar dos juízes. Existirão questões estatutárias que podem ser mais *apelativas*, mas o regime disciplinar será, possivelmente, o ponto de toque mais sensível.

Foi por isto, e também pela manifesta atualidade do Acórdão do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) de 21/06/2016, que se escolheu a sua abordagem.

Importa, todavia, ter em conta que mesmo esta restrição à matéria disciplinar se torna demasiado ampla para uma análise suficientemente compreensiva. Por isso, a atenção centrar-se-á no regime disciplinar contencioso e, mais particularmente ainda, olhará especialmente os meios de defesa ao dispor do juiz.

Para tanto, ter-se-á como base o referido aresto do TEDH de 21/06/2016, objeto de comentário.

Esta reflexão é, em boa medida, a continuação, ou até o epílogo, de uma outra publicada neste mesmo local, da autoria de Raquel Alves<sup>1</sup>. O que aí era potência e previsão tornou-se ato e realidade.

O que se pretende agora é, renovando a discussão, pôr a matéria sob novo escrutínio e, desde já, impulsionar novas reflexões.

Fazendo-o, espera-se estar a contribuir, em última instância, para uma discussão atual sobre a independência dos juízes.

## **2. O ACÓRDÃO DO TEDH DE 21/06/2016 (CASO TATO MARINHO DOS SANTOS COSTA ALVES DOS SANTOS E FIGUEIREDO CONTRA PORTUGAL)**

### **2.1. O objeto do processo**

#### **2.1.1. Descrição geral**

A jurisdição do TEDH é, como se sabe, condenatória. Assenta base em apontadas violações da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) e não é, portanto, como prosaicamente referido, uma *instância de recurso*.

No caso em apreciação, foi pedida condenação do Estado português com base em decisões disciplinares do Conselho Superior da Magistratura (CSM), confirmadas pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

O Acórdão em causa agrupa dois requerimentos interpostos autonomamente por duas juízas portuguesas, S... e M..., contra o Estado português, com fundamento em iniquidade dos processos disciplinares contra si interpostos e que lhes aplicaram penas disciplinares pecuniárias e com relevo na antiguidade.

Os fundamentos de ambos os requerimentos são próximos, mas não coincidentes.

Numa referência inicial, o primeiro caso assenta a pretensão compensatória na invocação, singela, da impossibilidade de modificação, por via de recurso para o STJ, da matéria de facto disciplinar fixada pelo CSM.

---

<sup>1</sup> “A apreciação jurisdicional das deliberações do Conselho Superior da Magistratura pelo Supremo Tribunal de Justiça à luz do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in Julgar, n.º 21, 2013, pp. 227 e segs.

No segundo caso é apontada falta de independência e imparcialidade do STJ para decisão, por via de recurso, de matéria disciplinar, assentando esta conclusão na invocação de os juízes deste supremo tribunal estarem, eles próprios, sob alçada disciplinar do órgão cujas decisões reapreciam.

### 2.1.2. A matéria e as decisões disciplinares postas em causa

No primeiro dos processos disciplinares apreciado foi qualificado o comportamento da juíza em causa com violação do *dever de zelo*.

À juíza S., por decisão do Plenário do CSM de 20/09/2011, foi aplicada sanção disciplinar por incumprimento da obrigação de agendamento de audiências judiciais em número e com dilação adequados, assim como lhe foi apontada falta de produtividade no número de decisões proferidas.

No recurso que interpôs para a secção de contencioso do STJ a recorrente solicitou a reapreciação da matéria de facto fixada pelo CSM, sustentando que na decisão administrativa não foram considerados todos os meios de prova por si apresentados e que, quer quanto ao número de diligências agendadas, quer quanto ao número de decisões proferidas, os números dados por assentes na decisão disciplinar eram manifestamente erróneos, em detrimento do trabalho por si produzido.

O recurso foi rejeitado com fundamento na incognoscibilidade, pelo STJ, da matéria de facto fixada pelo CSM e na insusceptibilidade de reapreciação dessa matéria.

Esta conclusão é coerente com a posição deste supremo tribunal de ater a sua jurisdição, no que respeita às provas produzidas junto do CSM, à apreciação da sua validade/legalidade para sustentar a decisão proferida<sup>2</sup>.

É esta insusceptibilidade de infirmação da decisão de facto que a juíza S. estabelece como fundamento de inexistência de um processo disciplinar justo e constitui razão central da sua pretensão condenatória do Estado.

O segundo dos requerimentos emerge de uma condenação disciplinar por violação dos deveres de zelo, lealdade e informação.

Também neste caso a recorrente pretendeu, junto do STJ, pôr em causa a decisão de facto constante da decisão disciplinar.

Neste caso a juíza alega que a produtividade dada por provada desconsiderou elementos factuais relevantes, designadamente a extinção de lugares no mesmo tribunal e a perturbação que tal determinou na globalidade do seu serviço.

Foi suscitada igualmente junto do STJ a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 168.º, n.º 1, do EMJ, na medida em que, ao estabelecer que o recurso jurisdicional das decisões do CSM se dirige ao

---

<sup>2</sup> Cfr. jurisprudência do STJ em matéria disciplinar — Sumários de acórdãos de Contencioso de 1980 a outubro de 2014 — Assessoria do STJ, in [www.stj.pt](http://www.stj.pt). Ver também nota 27 e jurisprudência aí referida.

STJ, seria materialmente violador do disposto no artigo 212.º, n.º 3, da Constituição da República (que estatui que a competência para decisão jurisdicional das questões administrativas é da competência dos tribunais administrativos). Em decorrência desta inconstitucionalidade, verificar-se-ia a *supra* referida iniquidade do processo disciplinar, ao conferir a juízes sujeitos a apreciação disciplinar do CSM a competência para sindicar as respetivas decisões.

A decisão disciplinar recorrida foi integralmente confirmada pelo STJ, negando procedência à invocada inconstitucionalidade, afirmando que a nomeação dos elementos do contencioso do STJ, sendo legalmente objetivada, não faz perigar a imparcialidade do tribunal e das suas decisões e, também neste caso, negando possibilidade de reapreciação da matéria de facto fixada pelo órgão disciplinar.

### 2.1.3. As posições das partes

Qualquer dos requerimentos veio a ser, desde já se adianta, declarado procedente pelo TEDH e o Estado português condenado ao pagamento de indemnizações às juízas requerentes, por danos não patrimoniais quanto a ambas e por danos patrimoniais num dos casos.

O fundamento central da condenação, correspondente aos pedidos formulados, é o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>3</sup>.

Diz este preceito, no que aqui interessa:

*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público (...).*

Quer isto dizer, em síntese, que o TEDH considerou que não foi facultada às queixosas acesso a um processo que garanta a adequada tutela de juízes arguidos em processo disciplinar.

Como decorre do teor literal deste preceito, e foi base de argumentação das partes, o direito a um julgamento por tribunal independente e imparcial tem uma forma diferente consoante se trate de matéria penal ou civil.

Sendo a matéria em causa de natureza disciplinar, o seu enquadramento em alguma dessas categorias mereceu uma avaliação prévia.

---

<sup>3</sup> Convenção adotada pelos membros do Conselho da Europa, em Roma, em 04/11/1950, atualizada por protocolos adicionais.

As juízas sustentaram que a valência civil da tutela da convenção é aplicável ao caso. Sustentam-no no facto de a pena disciplinar pôr em causa a sua reputação pessoal e dignidade como magistradas, além de invocarem também as repercussões das decisões disciplinares na sua progressão na carreira.

O Estado português argumentou duplamente contra a aplicação da convenção, numa valência civil ou penal. Contra o enquadramento civil aduziu que se trata de violações ao Estatuto dos Juízes correspondendo a penalizações que são das menos graves do elenco legal e insuscetíveis de pôr em causa o prosseguimento da carreira. Quanto ao quadro penal, tratando-se de penas disciplinares, este deveria sempre ser afastado.

#### **2.1.4. A aceitação de competência do TEDH — quadro civil**

No quadro do TEDH é essencial estabelecer, à luz do artigo 6.º, que a jurisdição interna não foi capaz de, equitativamente, tutelar o direito de um requerente.

O direito subjetivo em causa foi estabelecido com referência à possibilidade de infirmação, ou anulação, por via de recurso, de uma pena disciplinar.

Isto é, em termos simples, que o ordenamento nacional não foi capaz de garantir, de forma equitativa, a tutela do direito a pôr em causa ou anular uma pena disciplinar.

No quadro da jurisprudência do TEDH, as relações jurídicas entre funcionários e Estado merecem enquadramento na categoria “civil” do artigo 6.º da Convenção. Nesse quadro civil, será excluída tutela da CEDH ao funcionário quando duas circunstâncias se conjuguem:

- a) quando exista uma exclusão expressa, pelo direito interno, da permissão de recurso a tribunal para o posto ou categoria salarial em questão; e
- b) quando existam razões objetivas para impedir tal recurso ligadas a um interesse de Estado.

Estando estabelecido pelo direito interno uma faculdade de recurso a tribunal das decisões do CSM, à luz dos critérios do TEDH, os juízes portugueses terão um direito exercitável contra o Estado.

Por consequência, o processo por via do qual esse direito é exercido terá que ter todas as garantias que permitam qualificá-lo como equitativo.

A este ponto, assim como à qualificação “civil” deste tema, voltar-se-á à frente. O que se quer agora dar por assente é esta premissa básica: — De acordo com a CEDH, aplicada pelo TEDH, aos juízes portugueses deve ser dado acesso à jurisdição em matéria disciplinar.

### **2.1.5. Quadro administrativo civil da decisão**

O fundo da discussão jurídica do TEDH situa-se, assim, num âmbito que poderemos qualificar de direito administrativo civil. É o que decorre do enquadramento feito pelo TEDH do litígio numa área “civil”, por oposição a uma qualificação “penal”.

Neste quadro, os argumentos usados pelos juízes, na qualidade de interessados na decisão administrativa disciplinar, ao invocarem a impossibilidade de pôr em causa, por via de recurso, decisões de facto da autoridade administrativa, são vistos como constituindo uma invocação de existência de uma margem de discricionariedade inadmissível à administração, impedindo o estabelecimento de uma avaliação jurisdicional justa e equitativa.

Pelo contrário, os argumentos do réu, Estado português, estribam-se precisamente na invocação de estarem as decisões disciplinares do CSM no âmbito do seu poder discricionário de defesa administrativa de um interesse público, a si legalmente atribuído. Será este interesse, genericamente descrito, o de garantir o adequado governo da magistratura judicial.

Neste pressuposto, na perspetiva da posição assumida pelo Estado, a tutela jurisdicional efetiva satisfar-se-ia com uma avaliação da validade das provas e da razoabilidade da decisão disciplinar com base nelas proferida, não podendo pôr em causa a margem de discricionariedade do órgão administrativo.

### **2.1.6. O “tribunal” à luz do artigo 6.º do TEDH**

O objeto de apreciação do TEDH, como se referiu, é apenas o de avaliar se foi concedida à parte recorrente acesso a um processo justo para defesa de um direito.

Na sua hermenêutica, a “justiça” do processo decorre da qualificação como “tribunal”, de plena validade, da instância que apreciou o pleito.

Se não for, à luz da Convenção, um verdadeiro “tribunal” não haverá justiça nem equidade na decisão. E para que se possa falar em “tribunal” é necessário que seja possível classificar o órgão decisório como uma instância imparcial que conheça de facto e direito.

Isto é, impõe-se, antes de mais, que seja dado a quem pretende valer os seus direitos acesso a uma plena jurisdição. E impõe-se, igualmente, que os argumentos apresentados por qualquer pessoa perante a autoridade nacional sejam respondidos de forma adequada e pertinente, mesmo que não tenha que ser “detalhada”. A resposta do tribunal tem que ser “explícita” e “específica” relativamente aos pontos essenciais da causa.

Quer isto dizer que, no quadro das decisões do TEDH, apenas estaremos perante um “tribunal” se aos interessados for garantido que a instância de apreciação assume poderes de cognição de todas as questões que lhe forem colocadas.

Em síntese, pelo contrário, não haverá “tribunal” se as jurisdições nacionais tiverem possibilidade de não apreciar, ou recusar apreciação, de uma ou mais questões centrais do litígio que forem apresentadas pela parte, sejam estas questões de facto ou de direito.

### **2.1.7. A avaliação da decisão disciplinar pelo STJ**

Numa das premissas essenciais da decisão do TEDH foi considerado que o controlo do STJ sobre as decisões do CSM é de pura legalidade.

Esta apreciação da legalidade das decisões do CSM pode decorrer da suficiência e coerência face à decisão de facto ou da razoabilidade e proporcionalidade da pena disciplinar. Neste contexto de avaliação da legalidade também terá o STJ possibilidade de avaliar o procedimento disciplinar e até determinar a devolução do procedimento ao CSM para suprimento de irregularidades detetadas.

O que não procederá o STJ será a uma reavaliação da matéria de facto e não procederá também a uma revisão da pena disciplinar, nesta parte limitando-se a apreciar a sua adequação e proporcionalidade face ao ilícito dado por assente.

Isto é, mesmo quando toca matéria de facto ou avaliação de meios de prova, a avaliação é puramente genérica e de base jurídica e, por isso, qualificável como restrita a questões de legalidade da decisão disciplinar<sup>4</sup>.

### **2.1.8. A decisão do TEDH**

As questões centrais dos litígios disciplinares em causa são referentes a violações do chamado dever de zelo e relacionadas com falta de produtividade.

Como referido, voltando aos casos de forma um pouco mais detalhada, uma das juízas recorrentes contestou junto do STJ, pura e simplesmente, a correção dos dados relativos à sua produtividade constantes da decisão disciplinar.

A impossibilidade de uma verdadeira avaliação jurisdicional da matéria de facto fundamentadora da pena disciplinar constituiu, para o TEDH, um insuficiente controlo jurisdicional da decisão disciplinar, o que fundamentou a decisão condenatória proferida.

No segundo caso, sendo a conclusão idêntica, existem algumas diferenças. Não estando em causa, diretamente, a veracidade dos elementos de facto dados por provados mas a impossibilidade de apresentar outros elementos que, numa análise global, os contraditem (designadamente a possi-

---

<sup>4</sup> Cfr. notas 2 e 27.

bilidade de apresentação de outros elementos estatísticos e a consideração de factos referentes a alterações na estrutura orgânica do tribunal), também aqui o TEDH alinhou pelo mesmo diapasão: — o recurso ao STJ pelos juízes a quem seja aplicada pena disciplinar, ao não permitir plena jurisdição, seja pelo conhecimento de todos os argumentos apresentados, seja pela consideração de todas as provas e apreciação de facto e direito, não constitui um processo justo e equitativo.

Por isto o Estado português foi condenado por violação da convenção de direitos do homem.

Não é admissível para o TEDH, em síntese, à luz de avaliação de um processo equitativo, negar conhecimento de matéria factual, ou meios de prova, apresentados por uma parte na defesa do direito por si invocado.

### **3. O ESTATUTO DISCIPLINAR DOS JUÍZES — COMENTÁRIOS À DECISÃO**

Esta decisão do TEDH é, obviamente, particularmente simbólica. Estamos a falar de censura, mesmo que indireta, a decisões do mais alto tribunal da ordem comum.

Estamos também, e principalmente, a falar de uma decisão que põe em causa o processo disciplinar aplicável aos juízes.

E, mais que isto, não se pode falar numa condenação imprevisível. Era precisamente o que seria de esperar, de acordo com a anterior jurisprudência do TEDH<sup>5</sup>.

Se o regime disciplinar dos juízes merece censura à luz da CEDH, algo está, evidentemente, mal no regime estatutário atual dos juízes. E se algo está mal no Estatuto dos juízes no que concerne à disciplina, existe um claro problema ao nível da independência.

Ser um tribunal europeu a dizer que o processo disciplinar facultado pelo seu supremo tribunal aos juízes nacionais não é equitativo é equivalente, em linguagem popular, à afirmação do famoso ditado “em casa de ferreiro, espeto de pau”.

Esta sentença, nesse aspeto, passa o rubicão da argumentação razoável na defesa do atual sistema disciplinar português. O regime tem problemas e isso está judicialmente declarado por uma instância internacional. É um facto. Se dele não se retirarem consequências estar-se-á a argumentar mais ou menos do mesmo modo que uma parte, condenada com trânsito em julgado, que continua a afirmar a sua razão.

O TEDH o que diz é que o tribunal nacional de última instância, a quem compete avaliar do direito das pessoas e da justiça dos processos, não é

---

<sup>5</sup> Veja-se, Raquel Alves, *loc. cit.*, pp. 241 a 243, designadamente a jurisprudência do TEDH aí citada.

capaz, quando está a julgar matéria disciplinar de juízes “dentro de casa”, de lhes assegurar o que assegura a todos os outros cidadãos. A todos dá um *sólido espeto de ferro*. Aos juízes, na defesa dos seus direitos perante decisões disciplinares, dá-lhes um *frágil espeto de pau*. É uma censura que, mais que lamentar que tenha ocorrido, deverá ser forte interpelação a mudanças para que não volte a ocorrer.

Procuraremos agora, nesta linha, refletir e elaborar a partir da decisão do TEDH, irradiando a partir do núcleo da decisão reflexões em vários sentidos.

O ponto central do comentário será comum, mas estas seguirão em diversos sentidos, numa perspetiva tópica, mas, sobretudo, problematizante, sem necessidade de repisar o que está dado por adquirido.

### 3.1. Breve resenha histórica

#### 3.1.1. O modelo funcional-burocrático de magistratura judicial

Para perceber o relevo do estatuto disciplinar dos juízes é importante conhecer e levar em conta a estruturação da função.

Dizer-se que os juízes são titulares de órgãos de soberania não pode fazer esquecer que são também o único destes órgãos cuja função se exerce numa carreira.

Esta circunstância, que é também uma característica estrutural, impõe que a natureza da função, e a independência dos juízes, tenham sempre que levar em conta a natureza profissional do exercício da função judicial.

E se há uma carreira haverá um vínculo. E se há um vínculo, tem que haver um conjunto de regras, de direitos e obrigações, que o disciplinem. E essas regras contenderão, necessariamente, com a independência da função. Isso é inerente ao modelo de magistratura judicial existente.

É com a revolução francesa que surge o modelo moderno de magistratura, ou, como diz Diez-Picazo<sup>6</sup>, é aí que se dá a constituição de um *modelo burocrático* de juiz, que acompanha a instituição do Estado moderno, em que a justiça deixa de ser delegada pelo rei passando para uma justiça abstrata e realizada em nome da sociedade, através de um segmento especializado do funcionalismo do Estado<sup>7</sup>.

Assinala Ranieri que a profissionalização dos juízes e a sua consciência profissional como corpo é uma realidade que se pode situar no início do século

<sup>6</sup> Luis Maria Diez-Picazo, *Il modello europeo di magistratura: un approccio storico, Magistrati e potere nella storia europea*, Il Molino, Bologna, 1997, p. 29.

<sup>7</sup> Jean-Pierre Royer, *Histoire de la Justice en France, Paris, PUF, 2001, p. 647*, cit. em Nuno José Lopes, *Juízes sob tutela — Disciplina e controlo da magistratura judicial entre a República e o Estado Novo*, Edições Afrontamento, 2015, p. 150.

XIX<sup>8</sup>. Ainda segundo este autor, a transformação de uma classe de juízes, letrada mas indiferenciada, que vem do antigo regime, numa profissão forense, coincidirá com o liberalismo e a revolução industrial<sup>9</sup>. É então que surgem as noções-chave que identificam esta carreira: *i*) formação dirigida para o exercício profissional; *ii*) posse de um saber técnico-profissional; *iii*) diferenciação de ramos profissionais; *iv*) cultivo de um ideal específico de serviço; e *v*) autonomia no exercício e autodisciplina na atividade.

E é este modelo que chega a Portugal também com o liberalismo, logo com a Constituição de 1822, que consagra o princípio da independência do poder judicial, seguido pela consagração da inamovibilidade da magistratura feita pela Carta Constitucional de 1826<sup>10</sup>.

Na sequência deste quadro constitucional, será pelo Decreto n.º 24 de 16/05/1832, de Mouzinho da Silveira, que são estabelecidas pela primeira vez as regras e princípios da carreira judicial, desde o seu ingresso à sua progressão. É a partir daqui que se pode estabelecer que vigora em Portugal este modelo, moderno e burocrático, de exercício da judicatura, com estruturação numa carreira, regulada quanto ao seu ingresso, progressão e disciplina.

É, portanto, fundamental perceber que, desde os primórdios da estruturação do modelo atual de juiz, o seu estatuto funcional só se percebe olhando para os pressupostos, limites e regras da sua responsabilidade disciplinar.

A disciplina, neste modelo, não é, portanto, algo estranho ou exógeno à função judicial. É uma parte integrante do próprio modelo de juiz profissional, corporativo e organizado numa carreira.

Além de conatural à função e, portanto, sempre dela indissociável neste modelo, sem deixar de apontar riscos ou entorses, potenciais ou atuais, à independência, não se pode deixar de salientar, numa análise que pretenda equilibrada, a essencialidade de um regime disciplinar da magistratura judicial operativo e atuante.

A disciplina é, materialmente, a outra face da moeda dos deveres da função, isto é, da deontologia da carreira profissional de juiz.<sup>11</sup>

Não pode, pois, nunca cair-se no erro de olhar a disciplina dos juízes como algo de inerentemente *mau* ou *perigoso* para a função. É, também, uma condição de funcionamento, e até de saúde, de um sistema organizado neste modelo burocrático, que é o que vigora na generalidade das jurisdições.

<sup>8</sup> Fillipo Ranieri, “A profissão do corpo de juristas como objeto de estudo da História do direito europeu da época moderna”, in Penélope, n.º 1, 1988, p. 43, cit. em Nuno José Lopes, *loc. cit.*, p. 149.

<sup>9</sup> Cit., p. 55.

<sup>10</sup> Assim Fátima Moura Ferreira, “Alguns contornos da configuração do campo jurídico — a elite judicial do STJ (1833-1851)”, in Penélope, n.º 24, 2001, p. 121.

<sup>11</sup> Veja-se, a propósito de deontologia dos juízes, numa análise abrangente e atualista, *Ética e Deontologia Judiciária*, e-book editado pelo Centro de Estudos Judiciários, 2014, disponível em [cej.mj.pt](http://cej.mj.pt), e *Estudo sobre o princípio da exclusividade de funções e exercício pelos juízes de outras actividades*, Álvaro Reis Figueira, Guilherme da Palma Carlos, Paula Costa e Silva, Maria do Carmo da Silva Dias e José Francisco Moreira das Neves, *ASJP*, 2010, disponível em [asjp.pt](http://asjp.pt).

### 3.1.2. Alguma história republicana

O período histórico dos primeiros anos da República é particularmente interessante e ilustrativo da relação entre regime disciplinar e independência.

Se há coisa que podemos retirar com segurança da análise histórica é a compreensão do presente. É sobretudo com esta valência que se pretende, também aqui, fazer esta passagem pelo passado.

Saltando dos primórdios da organização judiciária para a 1.<sup>a</sup> República, ficam claras algumas das características, ou riscos, que são conaturais ao estatuto disciplinar dos juízes com referência ao almejado ideal de independência.

Com a Lei de 12 de julho de 1912 foi constituído, ou refundado<sup>12</sup>, um Conselho Superior da Magistratura Judicial que foi incumbido do exercício da disciplina sobre os juízes *“por atos ou omissões da sua vida pública ou particular, que, não constituindo crimes, representem, todavia, transgressão de deveres profissionais, ou sejam incompatíveis com o decoro e dignidade indispensáveis ao exemplar exercício da função de julgador”*.

De notar, nesta altura, além da genérica formulação do ilícito disciplinar, a indissociável relação entre a conduta pública e pessoal da função de juiz, tributária de uma ideia ligada a uma estrutura fechada de carreira, próxima de lógicas militares ou quase sacerdotais.

Não havia nesta altura qualquer regulamentação procedimental do regime disciplinar, atendo-se a regulamentação à definição das penas disciplinares aplicáveis: a “censura”, a “multa de 30\$000 a 100\$000 réis”, a “transferência e suspensão de três meses a um ano com um terço do ordenado”. Em casos mais graves propunha-se a transferência para comarca de categoria inferior ou a demissão “caso o juiz não houver completado o tempo necessário para a aposentação”<sup>13</sup>.

Com alterações em 1919 e 1921, é em 1924 que surge a primeira regulamentação completa dos processos disciplinares com a Organização Disciplinar Judiciária. Diz Nuno José Lopes<sup>14</sup> que este carácter global e unitário (do regime disciplinar) deve ser lido à luz da própria experiência disciplinar. Mesmo sem codificação procedimental, mais de dez anos haviam transcorrido e a prática do Conselho de então ter-se-á sedimentado em forma de lei.

É, assim, compreensível que, já em período de ditadura militar, o Estatuto Judiciário de 1927 seja uma repetição quase total do regime disciplinar de 1924<sup>15</sup>. E será interessante perceber que este regime foi sucessivamente

<sup>12</sup> Em 1892 foi criado o Conselho Superior da Magistratura Judicial, que se seguiu aos Conselhos Disciplinares da Magistratura Judicial de 1849 — cfr. Fátima Moura Ferreira, cit. Nuno José Lopes, ob. cit., p. 256.

<sup>13</sup> Cfr. Nuno José Lopes, ob. cit., pp. 256 e 257.

<sup>14</sup> Cit. p. 263.

<sup>15</sup> Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto n.º 13.809, de 22 de junho de 1927.

alterado, pelo Estatuto Judiciário de 1928<sup>16</sup>, e pelas seguintes sucessivas reformas judiciais até 1944<sup>17</sup>, que sempre mantiveram, no essencial, as regras de 1924.

Quer isto dizer que na regulação processual da disciplina dos juizes foi a prática que antecedeu a regulação escrita. Isso, de algum modo, é algo que se pode apontar até ao presente. O direito disciplinar *aplicado* é sempre bem diferente do seu regime *regulado*. Houve, logo na génese, dez anos de disciplina sem outra regulação que não a previsão das penas.

O que a análise deste período bem atesta também é que uma ideia, mais ou menos *naïf*, de que o regime disciplinar é absolutamente neutro ideologicamente é profundamente errada.

Isto confirmará que quando se pensa na independência dos juizes relativamente aos processos disciplinares não se pode considerar, pura e simplesmente, a mera existência de um regime disciplinar. Deve perceber-se que este, como todos os processos e todas as decisões, está embebido das ideologias, preconceitos e pré-compreensões dos decisores. Esse é um claro risco para a independência e uma forte afirmação da necessidade de amplo garantismo no regime disciplinar.

### 3.1.3. O mito da neutralidade do processo disciplinar

Esta passagem pela história teve o propósito de fundamentar a afirmação da falsidade da neutralidade do regime disciplinar. E, na economia deste texto, espera-se que se constitua como prova irrefutável desta afirmação.

Esta é uma conclusão possivelmente aplicável a qualquer regime legal, mas é, certamente, aplicável ao regime disciplinar dos juizes.

Essa ausência de neutralidade fica especialmente patente em períodos de maior convulsão política e social, mas é uma conclusão extrapolável, em diferentes graus, para todos os períodos históricos, enquanto elemento conatural da função disciplinar.

Por consequência, é um dado que, em todos os tempos, deve ser posto em relevo na apreciação do grau de independência dos juizes.

Dois dados retirados de Nuno José Lopes<sup>18</sup> são particularmente reveladores desta conclusão. Um é quantitativo e o outro qualitativo.

O quantitativo é a análise estatística que faz a partir de dados recolhidos de mais de 50% dos juizes portugueses terem sido objeto de processos disciplinares entre 1925 e 1936, período que coincide com a efervescência

<sup>16</sup> Decreto n.º 15:344, de 10 de abril.

<sup>17</sup> Decreto n.º 33:547, de 23 de fevereiro.

<sup>18</sup> Ob cit., pp. 268 e segs.

política final da 1.<sup>a</sup> República e de instauração da ditadura, primeiro militar e depois política. São, seguindo o autor, *números impressionantes*<sup>19</sup>.

O dado qualitativo, que é simbólico, refere-se à existência de verdadeira dimensão política nalgumas decisões disciplinares deste período. Entre 1911 e 1945 são contabilizadas vinte e oito acusações disciplinares por motivos políticos<sup>20</sup>.

Não quer isto dizer que sejam estes os casos que, em exclusivo, possam contender com a independência. Qualquer processo disciplinar, do zelo ao decoro, pode ser mais ou menos neutro e objetivo. Nestes casos, todavia, o simbolismo da ausência de neutralidade ganha contornos irrefutáveis.

O que está em causa é uma ressonância clara do político no judiciário. Não quer sequer dizer que, nestes casos, não existam verdadeiros fundamentos de responsabilidade disciplinar. Quer-se apenas afastar algumas concessões, mais ou menos miríficas, sobre a neutralidade e absoluta isenção do rastreio disciplinar.

E, também por isto, a estruturação do regime disciplinar dos juizes deve ser particularmente cuidadosa.

### 3.2. Os padrões internacionais quanto ao regime disciplinar

Um outro contexto importante deste tema da avaliação jurisdicional da disciplina dos juizes é dado pelo acervo de instrumentos internacionais que se pronunciaram sobre a matéria.

Se a história permite estabelecer um determinado tipo de perspetiva, o consenso dos textos internacionais permite outro tipo de visão.

---

<sup>19</sup> Loc. cit. Refira-se que 21% dos processos disciplinares correspondem a “erros processuais”, cerca de 11% a “parcialidade” e outro tanto a “urbanidade”, mais de 6% correspondem, já então, a “sentenças fora do prazo legal” e cerca de 3% a “sentença contra lei expressa”.

<sup>20</sup> Numa participação do Delegado do Procurador da República contra o juiz do Fundão, em 1913, pode ler-se “o juiz tinha excessiva inclinação contra tudo o que era governação nova, dentro e fora do tribunal”. Este mesmo juiz, em 1915, foi alvo de novo processo disciplinar, que chegou a Conselho de Ministros, sendo acusado de “manifestamente adverso às instituições vigentes, declarando-se monárquico sem reboço algum, frequentando somente os centros reacionários” (ob cit., p. 279).

Sinal destes tempos é o processo disciplinar instaurado contra um juiz do STJ por ter presidido a um comício político que, por ser de um Partido Republicano e num quadro superior, não era vedado. Ainda assim, o Acórdão do Conselho Superior do Judiciário, não impondo sanção, não deixou de dizer que “se como cidadão tem a plenitude dos direitos políticos, certo não é menos que como magistrado é obrigado a especiais reservas e abstenção (...) Um juiz do Supremo Tribunal de Justiça (...) não deve presidir a comícios políticos (...) porque só excepcionalmente não sairá de lá apoucado na sua consideração e censurado pela opinião pública”.

Noutro exemplo, de muitos, de 1936, já em pleno Estado Novo, um particular, participante disciplinar, vencido em ações cíveis, participou do juiz de Setúbal dizendo que “não pode continuar a administrar a justiça, e muito menos em Setúbal, onde ficou conhecido pelo seu facciosismo sectário contra a aplicação das leis salutares do Estado Novo”.

Neste ponto será seguro afirmar que existe um acervo internacionalmente adquirido sobre esta matéria e a que, aliás, o Acórdão do TEDH em referência expressamente alude. E, adiantando a conclusão da análise, o regime disciplinar nacional, claramente, não o satisfaz.

Este consenso internacional é, evidentemente, coerente e até fundamento da jurisprudência do TEDH. É, todavia, um repositório de textos, dispositivos e consultivos, que em muito ultrapassa a sua função de suporte material de decisões deste tribunal.

O primeiro texto internacional de referência expressa e concreta à matéria de processo disciplinar dos juizes é o conjunto de Princípios Básicos Relativos à Independência da Magistratura adotado pelo sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes<sup>21</sup>.

Este texto dispõe, no anexo então aprovado, a propósito de medidas disciplinares, suspensão e destituição que:

*“(...) 17. Toda a acusação ou queixa feita contra um juiz, pelo exercício das suas funções judiciais e profissionais deve ser tramitada expedita e justamente em conformidade com o processo adequado. O juiz deve ter direito a ser ouvido com imparcialidade. O exame inicial da questão deve ser mantido confidencial, a menos que o juiz solicite o contrário.*

*(...)*

*19. Todos os procedimentos para a adoção de medidas disciplinares, de suspensão ou de destituição devem ser tramitados em conformidade com normas de conduta judicial estabelecidas.*

*20. As decisões adotadas em procedimentos disciplinares, de suspensão ou de destituição deverão estar sujeitas a uma revisão independente. Este princípio poderá não ser aplicável às decisões proferidas por um tribunal supremo e às do poder legislativo no âmbito de processos quasi judiciais”.*

Importa atentar em que as resoluções das Nações Unidas são textos concretizadores das Declarações de Direitos e, neste caso, um corolário do direito universal a um processo justo e equitativo, naquilo que pressupõe de existência de um poder judicial imparcial e independente.

Cumpra, de seguida, referir a Carta Europeia Sobre o Estatuto dos Juizes, aprovada pelo Conselho da Europa em julho de 1998.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Realizado em Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985, texto aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas nas suas resoluções 40/32, de 29 de novembro de 1985 e 40/146, de 13 de dezembro de 1985, consultável no sítio do Gabinete de Documentação e Direito Comparado ([www.gddc.pt](http://www.gddc.pt)).

<sup>22</sup> Consultável, na versão inglesa, no sítio da Associação Sindical dos Juizes Portugueses ([www.asjp.pt](http://www.asjp.pt)) — texto: “5.1. *The dereliction by a judge of one of the duties expressly defined by*

Dispõe esta, no seu ponto 5, o seguinte: “o desrespeito por um juiz de um dos seus deveres estatutários apenas pode determinar aplicação de uma sanção após decisão, seguinte a uma proposta, uma recomendação, ou com o acordo de um tribunal ou de uma autoridade composta pelo menos por metade dos seus membros juízes eleitos, no quadro de um procedimento de carácter contraditório em que o juiz arguido se possa fazer representar por um defensor. A escala de sanções aplicáveis deve estar prevista pelo seu estatuto e deve estar submetida ao princípio da proporcionalidade. A decisão de uma autoridade administrativa, de um tribunal, ou de uma autoridade que aplique a sanção deve estar sujeita a recurso para uma instância superior de carácter jurisdicional” (tradução própria).

Um outro documento relevante, da autoria de juízes, será o Estatuto Universal do Juiz, adotado pelo Conselho Geral da União Internacional de Magistrados<sup>23, 24</sup>.

Dispõe este documento, no seu artigo 11.º: “a gestão administrativa e disciplinar dos membros do poder judicial deve exercer-se em condições que permitam preservar a sua independência, e fundamenta-se, na prática, na aplicação de critérios objetivos e adequados. Quando tal não esteja devidamente assegurado por outras vias resultantes de uma provada tradição, a administração judicial e a ação disciplinar devem ser da competência de um órgão independente integrado por uma parte substancial e representativa de juízes. As sanções disciplinares contra os juízes não podem adotar-se a não ser pelos motivos inicialmente previstos pela lei e observando as regras processuais previamente determinadas”.

Os estatutos da MEDEL — Magistrados para a Democracia<sup>25</sup> — adotados em Palermo, em 1993<sup>26</sup>, dispõem, a este propósito:

*“8.1. O Conselho Superior da Magistratura deve conhecer das faltas disciplinares dos magistrados de forma imediata e equitativa, nos termos do processo estabelecido na lei.*

---

*the statute, may only give rise to a sanction upon the decision, following the proposal, the recommendation, or with the agreement of a tribunal or authority composed at least as to one half of elected judges, within the framework of proceedings of a character involving the full hearing of the parties, in 8 which the judge proceeded against must be entitled to representation. The scale of sanctions which may be imposed is set out in the statute, and their imposition is subject to the principle of proportionality. The decision of an executive authority, of a tribunal, or of an authority pronouncing a sanction, as envisaged herein, is open to an appeal to a higher judicial authority”.*

<sup>23</sup> Reunião realizada em Taipé, em 17/11/1999, e consultável em asjp.pt.

<sup>24</sup> UIM-IAJ — *Union Internationale des Magistrats — International Association of Judges* é uma associação internacional de juízes, fundada em Salzburgo, Áustria, em 1953, que agrega internacionalmente as associações nacionais de juízes. É, atualmente, composta por 89 países de todos os continentes.

<sup>25</sup> MEDEL — *Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés* — associação internacional que congrega 20 associações europeias de magistrados.

<sup>26</sup> Consultáveis em asjp.pt.

8.2. *A instrução e o julgamento devem respeitar o princípio do contraditório. O julgamento é público, salvo fundamentada decisão em contrário, para salvaguardar, nomeadamente, a vida privada do magistrado ou de terceiro. A decisão deve ser sempre proferida pública, fundamentada e adequadamente publicitada.*

8.3. *A decisão deve admitir recurso de anulação, por violação da lei, para o Supremo Tribunal”.*

A *European Commission for Democracy Through Law*, em breve, Comissão de Veneza, é a organização consultiva do Conselho da Europa para assuntos constitucionais e uma voz particularmente autorizada sobre a matéria de implementação do estado de direito e da *rule of law*.

No seu Relatório sobre a Independência dos Juízes, de março de 2010, adotou a seguinte orientação: “os Conselhos da magistratura, ou as jurisdições disciplinares, devem desempenhar um papel determinante nos procedimentos disciplinares. Deve ser possível recorrer das decisões das instâncias disciplinares”.

### **3.3. Síntese das orientações internacionais sobre a disciplina dos juízes**

Traçando uma bissetriz destas orientações, é claramente possível apontar um conjunto de linhas essenciais que se podem considerar um verdadeiro “*adquirido internacional*”.

A primeira destas linhas é quase tautológica face ao que se vem dizendo. É a constatação, que a simples existência destes instrumentos documenta, de que o regime disciplinar dos juízes é algo de relevante para a independência do sistema de justiça e, por consequência, para a verdadeira existência de um estado de direito.

Assente esta premissa maior, pode resumir-se a restante doutrina internacionalmente adquirida nos seguintes pontos:

- a) necessidade de previsão estatutária dos ilícitos disciplinares;
- b) necessidade de amplo contraditório no procedimento;
- c) necessidade de relevante participação de juízes eleitos no órgão disciplinar (sendo que o Conselho da Europa exige mesmo, como requisito, uma maioria de juízes *eleitos* como membros do órgão disciplinar);
- d) necessidade de recurso jurisdicional amplo das decisões disciplinares; e
- e) necessidade de publicidade do processo disciplinar, salvo em casos de justificada restrição.

Sendo esta a base doutrinária internacionalmente adquirida, não é difícil constatar que em diversos pontos o regime disciplinar português não a cumpre.

Mais do que uma análise ponto por ponto, que seria desviada do centro desta reflexão, parece legítima uma conclusão global de haver uma desadequação de uma parte relevante da filosofia disciplinar portuguesa deste padrão internacional.

Sintetizando estes *standards* internacionais, não entrando agora na relevante questão da composição dos Conselhos Superiores, que teria que ser vista autonomamente, o grande princípio pode ser resumido na ideia de *jurisdicionalização plena* da matéria disciplinar dos juízes.

Quer dizer, é matéria que deve ser enquadrada sob uma lógica de tutela judicial de direitos, como qualquer outra. É daí que decorre o amplo contraditório, a plena jurisdição, de facto e direito, mas também a regra da publicidade do processo. O decalque é o de qualquer processo em tribunal.

Por oposição, a lógica nacional está ainda ligada a ideias de o regime disciplinar ser uma *questão interna*, resolvida administrativamente, num contexto fechado e reservado e com ampla discricionariedade do órgão disciplinar.

Nesta lógica, o recurso jurisdicional é de pura avaliação de legalidade, sendo a discussão de facto limitada à fase procedimental graciosa e, portanto, sem plena e pública discussão jurisdicional.<sup>27</sup>

Nesta linha, num contorno a que se voltará adiante, é também evidente no ordenamento nacional, e corolário de um sistema que assenta sobre cri-

<sup>27</sup> Esta jurisprudência do STJ fica absolutamente clara em pontos sumariados de alguns arestos. Assim, entre outros:

— (...) “Na emissão do juízo qualificativo dos tipos de infração e na dosimetria concreta da pena, a autoridade administrativa goza de uma ampla margem de liberdade de apreciação e avaliação, materialmente incontrolável pelos órgãos jurisdicionais, porque dependente de critérios ou fatores impregnados de acentuado subjetivismo e, como tais, por sua natureza imponderáveis tudo isto salva a preterição de critérios legais estritamente vinculados ou a comissão de erro palmar, manifesto ou grosseiro” — Acórdão de 12/12/2002 (Ferreira de Almeida);

— “A regra da tipicidade das infrações só vale, qua tale, no domínio do Direito Penal, pois no domínio dos demais ramos do direito público sancionatório, designadamente, no direito disciplinar, as exigências da tipicidade fazem-se sentir em menor grau: as infrações não têm aí que ser tipificadas. A responsabilidade disciplinar dos Juízes de Direito por atos praticados fora do exercício das funções também se justifica na medida em que com tal exercício ainda se conexione” — Acórdão de 31/03/2004 (Azevedo Ramos);

— “A orientação seguida nesta Secção do Contencioso tem sido a de que a mesma, podendo embora apreciar e censurar a omissão de diligências que se revelem necessárias, e úteis, que tenham sido omitidas, não pode substituir-se ao órgão administrativo competente na aquisição dos factos — material probatório —, a considerar no ato impugnado; apenas tem competência para anular a decisão recorrida, a fim de que a autoridade recorrida efetue algum ato de instrução do procedimento administrativo e, a seguir, reaprecie o caso — cf. Ac. de 29-05-2006, Proc. n.º 757/06. VII — Em sede contenciosa está vedado ao Supremo Tribunal reapreciar a prova produzida perante a entidade recorrida; cabe-lhe tão-somente ponderar, face aos elementos de prova de que se serviu, a razoabilidade do veredicto factual (Ac. de 07-02-2007, Proc. n.º 4115/05) e, assim, se a entidade recorrida examinou (ou reexaminou) a matéria de facto constante da acusação e da defesa do arguido, justificando adequadamente aquele veredicto, nada mais a fazer senão acatá-lo e fazê-lo acatar” — Acórdão de 17/12/2009 (Santos Cabral);

todos em Jurisprudência do STJ em matéria disciplinar — Sumários de acórdãos de Contencioso de 1980 a outubro de 2014 — Assessoria do STJ, in [www.stj.pt](http://www.stj.pt).

térios de avaliação administrativos e discricionários, que a tipificação de ilícitos é limitada e o recurso a conceitos gerais e indeterminados na sua previsão é privilegiado<sup>28</sup>.

### **3.4. A superação do modelo atual — O caminho “civil” e o caminho “penal”**

Fazendo uma aproximação às conclusões a tirar desta reflexão, especialmente oportunas pela revisão em curso do EMJ, a resultante maior da decisão do TEDH, é, inequivocamente, a insustentabilidade do modelo disciplinar dos juízes vigente em Portugal.

O quadro legal, e a doutrina jurisprudencial feita a partir do mesmo, estão agora, de forma clara e assumida, em contradição com os padrões internacionais.

Essa desconformidade chegou ao ponto de implicar a condenação do Estado português, numa matéria particularmente sensível. Perante esta realidade não é difícil propugnar uma alteração, que se perspetiva claramente.

Qual o sentido da alteração necessária e quais as cautelas a ter serão, nestes pressupostos, as questões atualmente pertinentes.

#### **3.4.1. As perspetivas de alteração**

O enquadramento que a CEDH faz da tutela jurisdicional efetiva, e da sua aplicação ao direito dos juízes a pôr em causa as decisões administrativas disciplinares, é particularmente clara.

Como acima se referiu, a convenção faz uma única distinção, separando os dois pontos cardeais desta matéria: a área civil e a área penal.

E, partindo desta divisão, podemos avançar em duas linhas diferentes de pensamento, uma prospetiva e outra programática.

A prospetiva é aquela que procura estabelecer as soluções que, previsivelmente, as alterações mais imediatas trarão ao nosso ordenamento. A linha programática não olha para o previsível, mas para o que seria mais adequado para a tutela dos valores em apreço.

#### **3.4.2. A linha prospetiva — a alteração “civilista”**

O que se pode prever, a breve trecho e na sequência da revisão do EMJ em curso, é que a regulamentação nacional incorporará regras e princípios consonantes com o referido *acquis* internacional.

---

<sup>28</sup> A este propósito, ver Irene Terrasêca, Mariana Piçarra e Paula Martins, “Infração disciplinar: cláusula geral ou tipificação?”, *in* Revista do Centro de Estudos Judiciários, II, 2013.

Isso será, inequivocamente, uma grande alteração, de natureza estrutural e até psicologicamente simbólica, que exigirá, aliás, alterações profundas de quadro mental e funcional da jurisdição nacional.

O que se prevê, portanto, na linha da jurisprudência do TEDH, é que o legislador português avance no sentido “civilista” da tutela jurisdicional do regime disciplinar dos juízes.

Isto implicará, desde logo, que o recurso jurisdicional das decisões do CSM passe a ser de plena jurisdição.

Não se perspetivando que a competência venha a ser devolvida à jurisdição administrativa (aliás, essa linha argumentativa não foi seguida pelo próprio TEDH), fica claro que o contencioso disciplinar do STJ sofrerá uma alteração profunda. Este deixará de ser de pura legalidade, mas assentará na produção e avaliação de provas e subsequente aplicação do direito. O STJ passará a ser um verdadeiro tribunal de 1.<sup>a</sup> instância na matéria de contencioso disciplinar.<sup>29</sup>

Escusado será dizer o relevo desta alteração, seja quanto aos direitos dos juízes seja quanto à dinâmica de funcionamento do STJ. E será legítima a dúvida acerca da preparação do STJ, na sua atual estrutura, para responder a estas exigências.

Por outro lado, esta abordagem administrativa civil é, de algum modo, parcelar e deixará sempre algumas áreas descobertas. A questão da tipicidade das infrações será o ponto mais sensível destas dúvidas.

### 3.4.3. Uma referência à natureza do processo disciplinar

Não cabe neste comentário fazer uma grande reflexão sobre a natureza do processo disciplinar e sobre os princípios que o orientam. Não se pode negar, todavia, que, enquanto aplicável pelo Estado a servidores seus, estamos a falar de direito punitivo de cariz público<sup>30</sup>.

Sendo direito aplicável a servidores públicos de uma área soberana, será possível fundamentar um interesse geral, direto e imediato, no bom funcionamento da justiça pela atividade disciplinar, que a aproxima do direito administrativo clássico.

Por outro lado, será, certamente, necessário olhar com particular cuidado para o condicionamento que o exercício da disciplina pode provocar no exercício da função. Por isto, pelo menos nalguns pontos do regime, haverá todo o interesse na aproximação do direito disciplinar dos juízes ao direito criminal administrativo.

<sup>29</sup> A este propósito, da competência contenciosa do STJ e da possibilidade de enquadramento do recurso jurisdicional na competência dos tribunais administrativos, ver Raquel Alves, ob. cit., pp. 233 a 237.

<sup>30</sup> A este propósito, ver Carlos Fraga, *Subsídios para a independência dos juízes — o caso português*, Edições Cosmos, 2000, pp. 186 e 187.

O princípio fundamental do direito criminal é o da tipicidade das infrações. Pelo contrário, em matéria disciplinar, a infração será tradicionalmente vista como atípica, eventualmente com uma descrição concretizadora meramente exemplificativa.<sup>31</sup>

A questão que se deve colocar é a de saber se, no todo ou em parte, não deve a matéria da previsão de ilícitos disciplinares dos juízes aproximar-se do direito penal, lógica que se poderá até, no limite, ser levada ao próprio contencioso processual.

#### **3.4.4. Necessidade de caminhar para o direito penal administrativo? — Uma dúvida em conclusão**

Decorre do que antes ficou dito que esta abordagem, que é a do TEDH, de identificação do regime disciplinar dos juízes ao direito administrativo *civil*, se e quando aplicada ao regime disciplinar dos juízes portugueses, constituirá um forte avanço relativamente ao regime contencioso atual, como aplicado pela jurisprudência do STJ.

Ainda assim, será legítimo perguntar se novos impulsos não são já necessários, aproximando ou identificando esta área do direito com regras de direito criminal.

O que se pode aqui deixar são meras linhas de dúvida que possam suscitar reflexões futuras.

Se é verdade que os interesses públicos aqui presentes, na perspetiva da administração, serão identificáveis com referência à boa organização do sistema de justiça e, portanto, uma abordagem que amplie a margem de avaliação e discricionariedade é compatível com uma lógica administrativa pura, também será verdade que tais interesses só podem ser compreendidos olhando também para a independência dos juízes que, numa lógica *penal*, será um claro bem jurídico merecedor de tutela.

A estrutura do direito é punitiva. A falta de tipicidade pode causar lesões graves e sérias a tal *bem jurídico*.

A questão que se pode colocar, numa perspetiva de evolução do enquadramento do regime disciplinar dos juízes, será a de saber se este regime não deve evoluir claramente para um direito penal administrativo, no mínimo com tipicidade dos ilícitos ao nível substantivo (e a inerente determinação e impossibilidade de extensão interpretativa ou analogia na sua aplicação concreta) e mesmo, passando da área de direito material ao direito processual, saber se elementos estruturais do processo penal não devem ser incorporados nesta área de direito.

---

<sup>31</sup> Cfr. Marcello Caetano, cit., Carlos Fraga, ob. cit., p. 190 e, a propósito, Irene Terrasêca *et al*, loc. cit.

A ser assim, não seria suficiente o contraditório e uma ampla jurisdição, mas exigir-se-ia um verdadeiro acusatório, com separação clara da entidade que acusa da que procede ao julgamento, de facto e direito.

Do mesmo modo, exigir-se-ia que outros elementos estruturais do processo penal, desde logo a presunção de inocência em todas as suas valências, fossem aplicáveis.

Talvez se possa olhar para isto como demasiado à frente das exigências internacionais sobre a matéria. Mas, ainda assim, deixando em aberto o caminho de reflexão, será uma linha com campo para avançar. E se há coisa que o quadro “penal” demonstra é que, se devidamente estabelecido e procedimentalmente estruturado, consegue cruzar a maior aptidão para a eficácia com um maior nível de garantia dos visados. De qualquer delas a justiça disciplinar sempre precisará.