

A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: UM VALOR SUPRA- CONSTITUCIONAL*

1. A independência dos juizes (e dos tribunais), como concebemos e interiorizamos a noção, acompanhou a construção e o desenvolvimento do Estado de direito, constituindo mesmo, teórica ou conceptualmente, o núcleo essencial e indiscutido do seu significado político-jurídico.

Existe, hoje, pode dizer-se, no essencial, um consenso político sobre a independência judicial como princípio fundamental do Estado de direito, constitutivo da forma de organização institucional e da substância do estabelecimento de valores nas democracias contemporâneas.

A marca de síntese do princípio da independência judicial, poderemos dizer política e conceptualmente adequada, mas ainda escassa e imperfeita, encontramos-la no artigo 4º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, quando estabelece que «os magistrados judiciais julgam apenas segundo a constituição e a lei, e não sujeitos a ordens e instruções».

A independência judicial pode ser compreendida com sentidos diversos, mas complementares ou convergentes – o valor de independência e a garantia de independência.

O valor de independência (ou a independência como valor) coincide com independência funcional ou substantiva – o exercício da função jurisdicional pelo juiz deve estar submetido unicamente à legalidade, como princípio reitor e valor a alcançar.

* Intervenção no Colóquio Internacional *A garantia constitucional da independência dos juizes e autonomia do Ministério Público*, Lisboa, 13 de Novembro de 2009.

A independência como garantia, por seu lado, compreende um conjunto de meios jurídicos que permitam salvaguardar e realizar eficaz e adequadamente o valor da independência.

As garantias e os meios de salvaguarda, de realização e efectivação, revestem, de certo modo, natureza instrumental da independência enquanto valor¹.

Porém, a ideia e o valor revertem em muito em abstracção, e a abstracção pode simplesmente afirmar-se como referência política, como na CRP quando o artigo 203º quando proclama que «os tribunais são independentes».

A independência como garantia – ou independência judicial *stricto sensu* – impõe a previsão e a criação de mecanismos, meios e quadros jurídicos para protecção do valor, exige definições e construções constitutivas, constitucionais e legais, directas ou indirectas, e mesmo operacionais ou da *praxis*.

A independência como garantia não pode, por isso, ser valorada em abstracto, impondo uma perspectiva coordenada e jurídico-positivamente coerente com os traços definidores e essenciais de um determinado ordenamento jurídico-político.

2. A independência do juiz emerge como princípio no séc. XVII, na idade de ouro da primeira afirmação dos direitos e liberdades da *rule of law*, como supremacia do direito contra o arbítrio (embora a expressão ou o *nomen* não ocupasse um lugar central nos textos fundadores da *common law*).

A emergência e os primeiros elementos da formação e formulação do princípio revertem sobretudo a Edward Coke, com a oposição às tentativas de intromissão do rei nas funções de administração da justiça e ao direito régio de avocação de processos pendentes nos tribunais ordinários.

¹ Cf., v. g. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, “Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial”, in, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 12, nº 34, 1992, p. 19 ss.

A perspectiva de Coke assentava em duas ideias que formavam o núcleo da sua doutrina: a impossibilidade de compreender ou imaginar o direito sem um juiz, e a circunstância de o juiz apenas poder ser o juiz ordinário, com exclusão de qualquer outra instância ou ordem de jurisdição.

Coke combateu com todas as forças a ideia medieval de ingerência do rei, fazendo notar que o rei deveria também submeter-se à lei e ao direito, e que para esta proposição fundamental fazer sentido seria imperioso a existência de juizes que fossem os intérpretes independentes dessa lei suprema².

Na primeira construção, o princípio da independência dos juizes opunha-se a que o rei pudesse interpelar os juizes quanto à decisão relativamente a um processo em curso, ou determinar a suspensão de um processo aguardando instruções³.

A evolução da doutrina e a ruptura da concepção do rei ou do parlamento como juizes supremos, convergiram para revolver as concepções medievais. O parlamento evoluiria da função de juiz supremo para a de legislador supremo, abrindo espaço a um esboço ou primeira forma de controlo pré-moderno da constitucionalidade das leis.

A construção dos princípios da independência dos juizes e da separação de poderes foi, em muito, obra dos juristas ingleses do séc. XVII, em forte tensão dialéctica e de poder, sobretudo com os poderes do parlamento, e pela afirmação da preeminência da *common law*, que constituía, no espírito dos juristas da época, o alicerce do direito que deveria conformar as leis adoptadas pelo parlamento.

A teoria clássica da *common law* como alicerce do direito apenas concedia uma função periférica à legislação. Restringindo ao máximo o

² Cf. LUC HEUSCHLING, “État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law”, ed. Dalloz, 2002. p. 195, ss., que se acompanha. As ideias de Sir Edward Coke, verdadeiro precursor da independência dos juizes e da separação de poderes, seriam confirmadas na revolução de 1668, e nomeadamente pelo *Settlement Act* de 1701, que consagra o princípio da independência judicial.

³ A resistência de Sir Edward Coke, que revelou coragem e determinação fora do comum, valeu-lhe a demissão do cargo de *Chief justice* e, aos 70 anos, a prisão na *Tower*.

impacto das leis conta os princípios, os juízes fizeram prova, nos séc. XVI e XVII, de uma «audácia surpreendente»⁴.

A afirmação da preeminência da *common law* pelos juízes manifestou-se através de regras de interpretação, algumas mantendo ainda validade actual: a integração das leis do parlamento à luz dos princípios da *common law*, como «incorporação da razão», a possibilidade de alargar a interpretação até ao limite de ignorar o texto de uma lei para a tornar conforme à razão e à equidade, ou mesmo o uso, com efeitos temíveis, das ficções⁵.

3. O princípio da independência dos juízes como valor, e a função política da justiça – política, no sentido etimológico de participação ao serviço da *polis* e como garante dos direitos dos cidadãos – constituíram referências que se cruzaram, reciprocamente, na constelação de filosofia e teoria política do princípio da separação dos poderes.

Na construção filosófica sobre a organização e separação de poderes, John Locke assumiu a supremacia da parlamento, como instituição política a que o povo confia o poder supremo de fazer as leis⁶. A construção de Locke teorizou a legitimidade do poder, mas também a definição das suas fronteiras, num universo político da modernidade, dos direitos fundamentais e do ideal do Estado de direito.

A contribuição de Locke foi marcante na construção de uma teoria política de separação de poderes, introduzindo-nos na modernidade e determinando as dimensões doutrinárias e os pressupostos teóricos e culturais em que se formaram os princípios que conduziram às revoluções americana e europeias dos finais do séc. XVII.

⁴ Cf. *Idem*, p. 204-205.

⁵ Cf. *Idem*, p. 205-206.

⁶ Cf., JOHN LOCKE, “Segundo Tratado do Governo”, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 149 ss. (Capítulo X, “Das Formas de uma Comunidade Política”).

A separação de poderes em Locke não identificava, porém, um poder judicial como poder separado, configurando os poderes como poder legislativo, executivo e federador. O juiz, «com autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar todos os danos que possam ser infligidos a qualquer um dos membros [da comunidade política]», seria «o poder legislativo, ou os magistrados por ele nomeados»⁷.

Referência histórica na teoria da separação de poderes é também Montesquieu.

Com Montesquieu, a separação de poderes acolheu um outro poder – o poder judicial – ao lado (mas não a par) dos poderes legislativo e executivo. Mas a separação estava construída num sentido funcional, como equilíbrio, ou sobretudo como controle.

Montesquieu erigiu a desconfiança nos poderes em dogma incondicional, eterno e universal.

A separação de poderes constituía, assim, garantia funcional de equilíbrio, como modo de instituição de filtros, resguardos ou “reguladores” do poder legislativo como poder supremo. A concepção “liberal” iluminista apontava a necessidade de encontrar formas e meios de garantir a supremacia da constituição e das leis naturais sobre as leis votadas pelo legislador.

A separação de poderes assumia, assim, uma visão horizontal de equilíbrio de poderes, a um tempo distintos mas interligados.

Na concepção de Montesquieu, o poder judicial não era um poder efectivo em sentido político; era um poder «nulo», no sentido de neutro, ou de poder sem poder.

O juiz seria, segundo a célebre fórmula, «*la bouche de la loi*», e o seu poder era «*pour ainsi dire, invisible et nulle*»; o poder do juiz não deveria ser mais do que a aplicação de uma lei fixa. O princípio da legalidade fundamentava e condicionava a independência do poder judicial, para que

⁷ Cf. *Idem*, “Segundo Tratado”, p. 108 (§ 89).

uma norma tivesse sanção e fosse efectiva, mas na condição de o poder ser «nulo», no sentido em que o julgamento devia incidir sobre uma norma e um texto preciso da lei, e não constituir uma opinião particular do juiz. Recusava-se, assim, uma discricionariedade judicial, não se admitindo o poder de interpretação e de controlo judicial da lei⁸.

4. No cerne da teoria do Estado de direito – na concepção histórica do *Rechtsstaat* – está a questão do arbítrio (ou arbitrário) do poder, da violência potencial que pode existir nas relações de dominação, seja pública ou privada. A resposta ao estado da natureza ou às derivas despóticas do poder político, foi a supremacia da lei, ornada com as virtudes da justiça, da razão e da objectividade. Revertendo á definição kantiana, ao reino de facto, da força ou da pura vontade, opôs-se o ideal de um regime político onde a lei comande por si mesma, não dependendo de um indivíduo específico, num Estado constituído segundo os princípios do direito, que faça respeitar a lei e que respeite ele próprio a lei⁹.

Na construção e densificação histórica do Estado de direito, o juiz, que se situava numa posição periférica, foi sendo colocado no lugar central do conceito, numa evolução que se produziu ao longo do tempo e que se consolidou sobretudo no séc. XIX.

No debate subjacente sobre o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis e da administração, a questão da confiança (ou da desconfiança) em relação à justiça revestiu uma importância decisiva.

A função e o papel do juiz, sobretudo o poder de interpretação para superar as dúvidas sempre em aberto na lei e nas codificações, as ambiguidades e as lacunas, supõem, porém, a existência de procedimentos de exercício e recusa, a colegialidade das formações e, especialmente, a

⁸ MONTESQUIEU, “De l’Esprit des lois”, Liv. XI, cap. 6, p. 404: «*Les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononcent les paroloes de la loi; des êtres inanimés que n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*»

⁹ IMMANUEL KANT, “A Metafísica dos Costumes”, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, § 41, p. 167 ss.

independência. A garantia última do direito, no que respeita à determinação dos direitos, só poderia estar nas mãos de jurisdições independentes.

Na intensidade dos encontros de sinal adverso em que foi e com que foi edificado o princípio da preeminência do direito, a independência dos juízes constituiu sempre o alicerce em que assentou o essencial, e foi construída e sedimentada pela contribuição e experimentação da teoria política e em atitudes corajosas dos juízes.

Na criação e consolidação do *Rechtsstaat*, o juiz, tal como o juiz anglo-saxónico da *common law*, teve um papel e uma participação determinantes, solidificando o princípio da independência judicial.

A consolidação do modelo histórico do Estado de direito nos séc. XVIII e XIX foi feita através da emergência progressiva da figura do juiz, e foi o juiz que deu corpo e essencialidade ao conteúdo material do conceito¹⁰.

O juiz emergiu, participou na construção, modelou e consolidou, pela independência, o conceito material de Estado de direito, que se foi autodefinindo como postulado e valor referencial pré-constituído.

A evolução foi, conseqüentemente, diversa do que sucedeu em França, onde, por razões da história, pela associação da figura aos abusos dos parlamentos do *Ancien régime*, o juiz não gozava da aura e do prestígio dos juízes saxónicos ou de além-Reno,

O discurso de desconfiança em relação à figura do juiz foi particularmente radical em França, sendo-lhe recusado em 1791 os poderes de interpretar a lei e de anular a lei por contrariedade à constituição ou ao direito natural. O juiz, como um funcionário, viu-se confinado numa função marginal de aplicar aos casos concretos a lei geral e abstracta votada pelo parlamento.

Na evolução histórica da administração da justiça em Portugal, a exigência de independência dos juízes era percebida, mas não construída autonomamente como valor; percebendo os comentadores que a actividade

¹⁰ Cf. LUC HEUSCHLING, *op. cit.*, p. 81-95.

judicial apenas poderia ser desempenhada no contexto de independência dos magistrados, as garantias não eram, contudo, observadas e compreendidas pelo prisma da autonomia institucional da função judicial.

Previamente algumas garantias – por vezes até minuciosamente reguladas – como a suspeição e a recusa, que nas categorias de hoje se ligam mais à criação de condições e garantias de imparcialidade.

Até ao séc. XIX, a ausência de separação de funções, por força da afirmação do poder do rei, e as conseqüentes interferências na administração da justiça, expunham a falta de garantias de independência¹¹.

Havia dificuldades de funcionamento no sistema de garantias num horizonte de intervenção de governantes absolutos.

5. A evolução, distinta mas convergente em elementos essenciais, dos princípios da *rule of law* e do Estado de direito – noções em construção permanente e em aperfeiçoamento ou afeiçoamento às circunstâncias dos tempos – permite identificar um valor sempre presente que esteve e está no cerne do conceito: o juiz como garante do respeito pelo princípio da legalidade, da afirmação dos direitos fundamentais contra o arbítrio e da prevenção da tirania das maiorias circunstanciais; em suma, como guardião último da constituição e dos princípios constitutivos.

E como pressuposto e essência deste lugar central, esteve a pré-existência do valor da independência.

Não obstante algumas diferenças na evolução e consolidação numa perspectiva histórica, o modelo de Estado ou a organização dos poderes fundada na preeminência do direito, as teorizações da modernidade, produto da efervescência intelectual na construção e densificação dos valores iluministas, assumiram a independência do juiz como valor essencial.

O constitucionalismo moderno encontrou, por isso, o princípio modelado, densificado, actuante e nuclear como valor, mas também como

¹¹ Cf. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus*, p. 782-790.

garantia instrumental contra o arbítrio e para protecção dos emergentes direitos humanos nas relações com os poderes.

Foi assim historicamente – e permanece um valor supra-constitucional.

Supra-constitucional, no sentido em que se formou e consolidou antes das constituições; foi e é um valor material anterior à consagração formal e escrita nas constituições da modernidade.

A independência do juiz, como valor substanciado que permitiu a efectivação da garantia, pré-existiu, pois, às conformações e consagrações do constitucionalismo escrito. Foi valor constitutivo do princípio democrático, inerente à consagração e garantia dos direitos humanos, e da separação ou equilíbrio de poderes, e princípio federador nas dinâmicas inter-relacionais ou na interdependência dos poderes – o poder legislativo e o poder executivo e entre os poderes e os cidadãos.

As constituições são o produto de circunstâncias históricas; nascem e cessam sob o impulso e uma multiplicidade de factores, políticos, sociais, económicos e religiosos.

As constituições portuguesas têm, desde 1822, referências específicas aos tribunais.

A independência não esteve, porém, como expressão autónoma de um valor, inscrita em todas as constituições portuguesas.

A Constituição de 1822, afirmou a separação e poderes – artigo 176º, mas não contém definição rigorosa sobre a independência, embora inscrevesse as garantias dos juízes instrumentais da independência.

A Carta de 1826, por seu lado, prevê o Poder judicial como um dos poderes do Estado – artigo 118º, afirmando a sua independência: o Poder judicial é independente.

A Constituição de 1838 não contém alusão autónoma à independência – artigo 123º.

Na Constituição de 1911 – artigos 56º e segs. – não é referida a independência, mas são fixadas as garantias que são constitutivo necessário da independência: nomeação vitalícia, inamovibilidade, acrescentando a imparcialidade.

Também na Constituição de 1933 não há referências ao poder judicial, mas apenas à função judicial, estabelecendo as garantias que são inerentes à independência.

Mesmo se existir autonomia de expressão, a previsão constitucional das garantias instrumentais da independência esteve sempre presente nas constituições portuguesas¹².

As constituições democráticas incorporam a independência do juiz (e dos tribunais) na substância do princípio democrático, não porque o valor seja criação autónoma sua, mas porque é anterior, impondo-se-lhes com a força dos princípios reitores, que são verdadeiramente ante ou supra-constitucionais.

A actual CRP expressa mesmo um sinal relevante sobre a aceitação da natureza supra-constitucional do princípio: o respeito pelo princípio, proclamado no artigo 203º, constitui um dos limites materiais da revisão – artigo 298º, alínea m).

6. O princípio da independência dos juízes (e dos tribunais), inscrito na essência do princípio democrático moderno e pré-constitucional, foi colocado no centro da noção de Estado de direito e consolidado durante o séc. XIX.

Com a derrota dos totalitarismos da primeira metade do séc. XX que fizeram recuar os valores, os princípios do Estado de direito reviveram após 1945 na reconstrução dos estados democráticos contemporâneos.

¹² Num histórico documento - a carta de 14 de Agosto de 1844 à Rainha D. Maria II - o primeiro presidente e os juízes do STJ reafirmaram a essência da independência judicial com uma expressão que ficou marcante: a independência não constitui privilégio dos juízes, mas direito fundamental dos cidadãos.

A par de outros princípios constitutivos, a independência judicial foi consagrada nos grandes documentos e Tratados internacionais, a que as nações se vincularam e se obrigaram a respeitar para a protecção dos direitos humanos fundamentais.

O direito a um tribunal independente foi inscrito como direito fundamental – como direito instrumental para garantia e protecção de outros direitos – no artigo 10º da DUDH, no artigo 6º, par. 1º da CEDH e no artigo 14º, nº 1 do PIDCP da Nações Unidas.

Estes documentos internacionais assumiram consensos sedimentados, valores indiscutidos, adquiridos fundamentais; valores que são património comum das sociedades contemporâneas organizadas politicamente em democracia.

Mas importa concretizar e encontrar um conteúdo mais fino para o conceito.

Na determinação do sentido, não se pensará que o conceito supõe total independência de decisão, com o significado de absoluta liberdade para decidir, nas margens do arbítrio, sem resguardos endógenos ou exógenos, actuais ou prospectivos.

A independência significa liberdade de decisão sem constrangimentos, mas de acordo com a lei. Se a sociedade aceita a importância da lei para regular os comportamentos actuais e prospectivos dos indivíduos, a independência não pode significar a desconsideração da lei nem a interpretação ou aplicação por acto de vontade, sem aceitação e vinculação a regras e a critérios metodológicos estabilizados e comumente aceites.

Nos escritos da ciência política, a independência judicial remete a dois conceitos.

Um é a autonomia dos juízes – colectiva e individualmente - relativamente a outros indivíduos e instituições. Neste sentido, é uma noção ou expressão relacional que se refere a características cruciais da natureza das relações que os membros do judiciário devem ter entre eles, e que o

judiciário, considerado no seu conjunto, deve ter com os outros componentes do sistema político.

Mas a noção de independência judicial é também usada para aludir ao comportamento judicial que é considerado como característica dos juízes que gozam de um elevado grau de autonomia.

Estes dois sentidos estão claramente relacionados, sendo um pensado como meio para atingir o outro¹³.

Para determinar o grau e a espécie de independência de que os juízes gozam ou devem gozar, a perspectiva deve ser, no entanto, mais no sentido relacional do conceito do que no sentido comportamental; o essencial dos meios deve estar nos mecanismos institucionais para assegurar e manter a independência.

No plano externo, a excelência profissional reforça a independência, por tornar o juiz melhor preparado para enfrentar e resistir a influências externas.

Quando o juiz dispõe de um campo mais amplo de referências, possibilitando-lhe uma abordagem mais completa pela visão pluridimensional, reforça a sua independência.

A maior completude das referências de que disponha acrescenta dimensão às perspectivas sobre os problemas, permite diversos planos complementares de análise e enriquece os pressupostos de apreciação e decisão, reforçando conseqüentemente a independência.

O princípio da independência só será efectivo para além da proclamação, se lhe for assinalado conteúdo material fundamental, que lhe dê força e condições efectivas de realização da sua finalidade instrumental como direito fundamental dos cidadãos.

No plano internacional, têm sido elaborados documentos que perspectivam a formulação de conteúdos do princípio, em espécie de

¹³ Cf. PERTER H. ROUSSEL, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in “Judicial Independence in the Age of Democracy, Critical Perspectives from around the World”, ed. University Press of Virginia, 2001. p. 6 ss.

imperativo material essencial e orientação consensual no património comum das democracias¹⁴.

No essencial, a independência dos juízes deve ser garantida por meio de disposições específicas das constituições ou da lei interna, e no respeito pela separação e interdependência de poderes; o legislativo e o executivo devem abster-se de tomar qualquer medida que possa afectar e pôr em risco a independência dos juízes.

Para além das garantias de estatuto, tais disposições devem prever, entre outras garantias, que as decisões judiciais não possam ser objecto de revisão fora das possibilidades processuais admitidas na lei (salvo os casos de amnistia, perdão ou de indulto, justificados por motivos humanitários); que só os tribunais podem decidir sobre a sua própria competência prevista na lei; e que o governo e a administração não devem poder tomar qualquer decisão que invalide retroactivamente decisões judiciais.

Por outro lado, e no que respeita ao juiz, este deve assumir o dever de independência, sendo capaz de agir sem qualquer restrição ou influência, afastar pressões, resistir e denunciar ameaças, directas ou indirectas, de qualquer natureza e origem. A lei, por seu lado, deve prever sanções contra qualquer grupo de interesses ou pessoa que procure, por qualquer forma, exercer pressões ou influência sobre o juiz.

O juiz deve ter total liberdade para decidir com imparcialidade, de acordo com a sua consciência e a sua interpretação dos factos e de acordo com as normas legais aplicáveis, não devendo ser obrigado a justificar o mérito das decisões perante nenhuma autoridade fora da ordenação judicial do regime de recursos.

Todas as decisões relativas à carreira profissional dos juízes devem ser baseadas em critérios objectivos, e a carreira deve ser baseada no mérito,

¹⁴ Cf., v. g., a Recomendação R(94)12, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 13 Outubro de 1994; e o *Avis* nº 1 (2001) do Conseil consultatif de juges européens (CCJE) do Conselho da Europa.

tendo em consideração as qualificações, a integridade, a capacidade e a eficiência.

A distribuição de processos deve ser objectiva e efectuada por meios automáticos ou aleatórios, e um processo não deverá ser retirado a um juiz, salvo existindo motivos válidos e de acordo com critérios previstos na lei; a decisão de retirar um processo a um juiz deve ser tomada por entidade que detenha a mesma independência que os juízes.

7. O princípio da independência dos juízes e dos tribunais responde a duas necessidades sociais fundamentais.

Na sociedade civil, as relações entre indivíduos ou entre estes e as autoridades devem ser reguladas por leis razoáveis, pré-estabelecidas, que definam os direitos e as obrigações recíprocas. E quando existam divergências acerca dos direitos e obrigações tem que haver um terceiro mutuamente aceite que resolva o conflito.

Para ser efectiva e responder às necessidades sociais, a independência do juiz tem de ser garantida e preservada pela conjugação de vários meios, quer sejam estatutários, materiais ou de organização, quer pela regulação do exercício de direitos e do cumprimento dos deveres por parte do juiz.

O valor da independência, que constitui indiscutivelmente um bem social fundamental¹⁵, não deve, porém, ser prosseguido como um fim em si mesmo, isto é, independentemente de outros valores igualmente essenciais – como a garantia da competência profissional e a *accountability*.

A dificuldade maior consistirá em estabelecer a concordância prática entre o nível operacional de protecção da independência e a necessidade de assegurar que os juízes desempenham a sua actividade com competência,

¹⁵ Cf., RICHARD A. POSNER, “How Judges Think”, Harvard University Press, 2008, p. 152-153.

diligência, eficiência e imparcialidade, de modo a inspirar confiança, que em democracia constitui a base da legitimidade da função judicial¹⁶.

Na identificação das formas instrumentais e materiais que são cruciais para protecção e efectiva garantia da independência, salientam-se as matérias relativas ao recrutamento e organização de carreiras, ao desempenho de actividades extra-judiciais, à avaliação do mérito, e à disciplina e responsabilidade.

Interpretando, em posição e intuição pessoal, a situação portuguesa, escolheria como matérias mais relevantes a avaliação do mérito e do desempenho profissional, a disciplina e a responsabilização.

São matérias em que se cruzam lei e *praxis*, e onde, por vezes, se ganha ou se perde a justeza dos modelos teóricos e orgânicos, e a efectividade dos valores e princípios que se destinam a garantir.

Na arquitectura constitucional, o CSM é o órgão ao qual compete a gestão, a disciplina e a avaliação do mérito profissional dos magistrados judiciais – artigo 217º, nº 1 do CRP.

A natureza constitucional do CSM revela a dimensão substantiva da sua posição, e por consequência, das respectivas atribuições na realização da finalidade essencial – garantir interna e externamente a independência judicial, pelo exercício coerente e convergente dos poderes (e deveres) que lhe estão confiados.

O CSM constitui o órgão de refracção e de intermediação entre a garantia e os meios de garantir a independência judicial, e a prestação de contas ou *accountability* perante a comunidade e os cidadãos.

A composição constitucional do órgão, em conjunto com a *praxis* que se foi estabelecendo relativamente à designação de alguns dos seus membros, constitui, pode dizer-se, o exemplo perfeito de um modelo democrático, com legitimidade forte composta de várias legitimidades. E por isso, com todas as

¹⁶ Cf. GIUSEPPE DE FEDERICO, “Independence and accountability of the judiciary in Italy. The experience of a former transitional country in a comparative perspective”, p. 12 ss.

condições para ocupar uma posição que lhe permita enfrentar e superar as dificuldades em encontrar um adequado equilíbrio entre a independência judicial (num modelo não hierárquico) e a *accountability* (dever de prestação de contas à comunidade)¹⁷.

Mas os poderes do CSM relativos á avaliação do mérito e da disciplina situam-se no centro da aporia ou das dificuldades, por vezes não superáveis, em coordenar o nível operacional da protecção da independência dos juízes com a necessidade de assegurar que os juízes exercem as suas funções com competência profissional, diligência, eficiência e imparcialidade, e que a sua actuação inspira confiança na comunidade.

A avaliação do desempenho dos juízes e a acção disciplinar constituem as mais complexas das atribuições do CSM, mas que são essenciais como factor de confiança, que constitui em democracia a fonte básica e material (matricial) da legitimidade da função judicial.

A avaliação não pode ser efectuada por modo e segundo critérios que em nome da independência sacrifiquem as garantias de qualidade e qualificação profissional, nem o valor da independência pode ser afectado por alguma espécie ou verificação de controlo sobre o sentido das decisões.

A previsão detalhada, nas leis e nas práticas, de critérios objectivos e coerentes de avaliação, constitui a melhor solução para promover a concordância prática entre a excelência profissional, a eficiência e a garantia de independência interna.

A acção disciplinar constitui, porventura, a mais complexa e pesada das atribuições do CSM, no cruzamento do espaço de aporia entre a independência e os meios instrumentais de *accountability*.

Nomeadamente num regime disciplinar – como é em geral o dos agentes que exercem funções públicas, e em particular o dos magistrados – em que as definições de infracção disciplinar estão construídas através de

¹⁷ Numa abordagem radical, nos valores da cultura judicial norte-americana, POSNER, *op. cit.*, p. 137 refere mesmo que “judicial independence is inverse to judicial accountability”.

fórmulas muito gerais, com sacrifício, diria mesmo insuportável, do princípio da tipicidade.

A *praxis* disciplinar será, pois, factor decisivo na construção da confiança interna e externa, e também garantia da independência.

A instituição de códigos de conduta e ética suficientemente precisos e detalhados, que restrinjam a discricionariedade face ao enfraquecimento estatutário da tipicidade das infracções disciplinares, concederá aos juízes garantias acrescidas e reforça a independência, impedindo que algum juiz possa reechar consequências disciplinares pelo conteúdo de uma decisão.

8. A densidade das funções do CSM exige dos seus membros uma enorme disponibilidade intelectual, o empenhamento pessoal e a grandeza de um espírito aberto e independente, para saber compreender a subtileza, a dignidade e a essencialidade democrática da missão.

Os membros do CSM comprometem-se a desempenhar uma exigente missão de serviço público, que só poderá ser cumprida se houver interiorização da substância do valor fundamental a preservar – a verificação da suficiência das condições de garantia do exercício de uma boa justiça, que mereça a confiança dos cidadãos.

A instituição judicial constitui, estruturalmente, o paradigma da instituição de ponderação e de imparcialidade, que encontra a sua legitimidade democrática na exclusiva submissão à lei, na credibilidade, na qualidade e na confiança.

O declínio da confiança resulta, por regra, do sentimento de que a instituição se tornou menos objectiva, mais politizada ou partidária, ou que prossegue finalidades que se desviam dos princípios da independência e imparcialidade.

A independência judicial constitui o valor essencial, porque é condição de confiança, e a confiança é fonte de legitimidade.

É pelas qualidades e pelo exercício quotidiano que as instituições de ponderação e de imparcialidade se legitimam.

Nesta missão, e em convergência plural de composição, os membros magistrados do CSM não poderão deixar de ter sempre presente a independência pessoal, não podendo, sem trair a missão, servir de transmissores de estratégias grupais que os limitem, nem deixar-se condicionar nas posições que entendam dever tomar pela carga negativa das imputações «corporativas».

Por seu lado, os membros não magistrados, que detêm legitimidade política pela fonte de designação, não respeitam o dever de independência se não resistirem à tentação (ou às sugestões subtis do clima) de transportar para o órgão alguma marca das estratégias das políticas de partido.

E sobretudo não haverá independência de espírito, fortaleza intelectual e distanciamento da capacidade crítica supostos à qualidade de membro do CSM, se existir, latente, algum prejuízo ou preconceito relativamente à magistratura ou aos magistrados judiciais.

Boas práticas e adequada compreensão podem contribuir para salvar maus modelos, mas também, ao contrário, nenhuma boa construção resistirá a más práticas ou a desvios sobre a compreensão dos fins.

A excelência da construção do modelo, produto da reflexão e do génio dos constituintes (CRP original e revisão de 1982), só terá tradução e será respeitada se todos os responsáveis – os que legitimam e os que aceitam a legitimação – se comprometerem no exercício e souberem compreender a missão.

9. A construção permanente do valor de independência constitui interpelação de todos os dias.

Nos tempos que vivemos, a separação de poderes não é já o modelo clássico.

Requer um outro enquadramento e uma diversa leitura em sociedades «policêntricas».

Assistimos a um «recrudescimento de poderes fácticos», de centros de poder organizado não institucionais – económicos, religiosos, sindicais, ordinais, da comunicação – num espaço público onde se afirmam diversos poderes de natureza não estadual.

É uma nova ordem política caracterizada pela fragmentação do poder.

«Parece haver uma nova *Res Política*, uma nova coisa política marcada pela heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, uma relativização e uma quase intermitência dos poderes estaduais»¹⁸.

Neste quadro caracterizado como uma «rede de poderes heterogêneos e assimétricos» exige-se uma função de arbitrar e de conciliar pretensões sócio-políticas de diferentes pólos de poder.

Nesta nova ordem de poderes, os tribunais constituem as instituições públicas (ou as únicas instâncias públicas) mais aptas a arbitrar conflitos sociais, «designadamente conflitos sociais com uma carga política relevante»¹⁹.

O processo judicial foi sempre a via de enquadramento político da conflitualidade social.

A Justiça foi, assim, chamada a um lugar central no funcionamento das democracias nas sociedades abertas e plurais.

A procura de justiça é transversal à sociedade, e a solicitação vem dos indivíduos em busca de direitos e de refúgio na dispersão e atomização do individualismo em confronto com o «totalitarismo leve» das maiorias, como do próprio Estado que criou os mecanismos defensivos com que se tornou em forte consumidor de justiça.

¹⁸ Cf. PAULO RANGEL, *A justiça nas constituições poliárquicas do século XXI: instituição liberal ou instituição democrática?*, “Julgar”, Número especial, Setembro-Dezembro 2008, p. 47, e “O Estado do Estado”, 1009, p. 34 ss.

¹⁹ Cf. *Idem*, p. 48.

A solicitação e a intervenção da Justiça tomaram os vários campos de modelação social. A definição e intervenção penal no julgamento dos crimes e na aplicação das penas e a justiça civil, dizendo o direito e dirimindo contestações ou divergências sobre direitos de natureza civil (propriedade, responsabilidade, relações contratuais, questões atinentes a aspectos estruturantes das relações familiares) continuam a surgir, na efectividade e nas representações sociais, como o paradigma comum da necessidade social de intervenção dos tribunais.

Por isso, mais do que em outras épocas, neste tempo de fragmentação de poderes a função dos tribunais só pode ser exercida com a densidade e a natureza impostas pelos cidadãos e pela igualdade, se os juízes forem independentes.

O valor da independência, como valor fundamental, mas também como meio ou instrumento de outros valores, está, como se salientou, inscrito nos fundamentos da democracia e do Estado de direito.

Como valor supra-constitucional, tem de ser concretizado pelas constituições e através da criação dos meios institucionais de efectivação e de garantia.

No essencial, pelas garantias estatutárias materiais e pessoais, no regime disciplinar, na adequada compreensão dos meios de *accountability* - prestação de contas pelo funcionamento geral através dos seus órgãos de ordenação e gestão, e não pela responsabilização concretizada e individual pela decisão.

Teremos, porém, de reconhecer que em nenhuma moderna sociedade política, dissipada a névoa da retórica, a independência judicial constitui um objectivo central da governação²⁰.

Entre o discurso do respeito pela independência judicial e a tentação de minimização prática e indirecta do princípio, a distância pode ser curta.

²⁰ Cf. STEPHEN B. BURBANK e BARRY FRIEDMAN, *Reconsidering Judicial Independence*, in “Judicial Independence at the Crossroads”, Sage Publications, 2002, p.9 ss.

Em comentários, declarações ou escritos de fazedores de opinião, informados ou não, e com maior ou menor comprometimento de partido, pressente-se a tentação da fragilização da independência, por vezes sob a máscara da discussão da legitimidade e da eficácia.

O fortalecimento da qualidade da democracia e dos direitos dos cidadãos exigem, por tudo isto, uma atenção e intervenção adequadas para desconstruir os efeitos dissolventes dos acordos de coligação entre algum jacobinismo pós-moderno e os bisnetos de Montesquieu.

10. Henri Lacordaire, que viveu em França no séc. XIX, deixou-nos uma frase de forte densidade e que mantém intensa actualidade:

*«Entre le fort et le faible,
entre le riche et le pauvre,
entre le maître et le serviteur,
c'est la liberté qui opprime
et la loi qui affranchi».*

A lei que liberta só liberta, porém, se for efectiva e aplicada com rigor e igualdade, que apenas serão garantidos por instituições de reflexividade e imparcialidade, e independentes, como são os tribunais nas sociedades policêntricas contemporâneas.

É que pela história, pela natureza matricial e pela razão democrática, o valor da independência judicial está colocado num plano de antes das constituições, numa posição supra-constitucional.

(António Henriques Gaspar)

