

1. O XII Encontro Anual do CSM constitui uma pausa no quotidiano que aproveitamos para pensar matérias relevantes da Justiça e do sistema judicial.

Justiça como ideia e ideal, missão e função, gestão e funcionamento.

Mas, especialmente neste Encontro, vamos pensar a justiça nos valores instrumentais, direitos dos cidadãos na axiologia sistemática e relação bidirecional de comunicação.

Nos Encontros de 2014 e 2015 cruzámos as surpresas e as dificuldades da concretização do novo modelo de organização judicial criado pela LOSJ; em 2016, num outro nível de ponderação, o processo, a racionalização do processo, a direcção do juiz e a complexidade do exercício na procura da dimensão certa entre as possíveis leituras da lei, experiências da prática e a dificuldade das culturas.

No XII Encontro voltamos ao sistema de valores, com uma reflexão sobre a independência e a separação de poderes e retomamos, numa visão mais actual, o tema do V Encontro de 2008, a propósito da comunicação e dos modos de comunicação da justiça.

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

Existe, hoje, pode dizer-se, no essencial, um consenso político sobre 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.

Mas sempre discutido e sempre inacabado, no conhecido dito retórico «*what is independence? It depends*».

A independência do juiz nasce 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*).

Os primeiros elementos da formação e formulação do princípio remontam, sobretudo, a Edward Coke, com a oposição às tentativas de intromissão do rei na administração da justiça e ao direito régio de avocação de processos pendentes nos tribunais ordinários.

A independência do juiz, como valor substanciado que permitiu a efectivação da garantia, pré-existiu, pois, à consagração e conformações do constitucionalismo escrito.

Foi valor constitutivo do princípio democrático, inerente ao nascimento, afirmação 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.

A CRP dá um sinal relevante quanto à natureza supra-constitucional do princípio: o respeito do princípio é limite material da revisão – artigo 298º, alínea m).

A independência do juiz está consagrada em documentos internacionais, que assumiram consensos sedimentados e valores indiscutidos e são aquisições fundamentais das sociedades contemporâneas organizadas politicamente em democracia, e património comum da Humanidade.

Mas importa, para além da generalidade das fórmulas, encontrar um conteúdo mais fino para o conceito.

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

A independência significa liberdade de decisão, mas de acordo com a lei e os princípios normativos fundamentais.

Se a sociedade aceita a importância da lei para regular os comportamentos 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 jurídicos e da ciência política, a independência judicial acolhe uma dupla matriz conceptual.

De um lado, é a autonomia dos juízes – individual e colectivamente – perante outros indivíduos e instituições; neste sentido, é uma noção que se refere a momentos cruciais da natureza das relações dos membros do judiciário e que o judiciário, considerado no seu conjunto, deve ter com os vários componentes do sistema político.

Na metalinguagem da independência, com diferentes estratégias e diferentes ideologias, o discurso, nem sempre preciso sob o plano conceptual, é muito limitado à perspectiva orgânica e funcional; no discurso jurídico e metajurídico devemos, antes, construir uma dimensão conceptual da independência para além da noção orgânica e funcional – formal – e ir em

direcção à noção de independência de decisão – material, sem dualismos que se tornem dicotomias.

Mas a noção de independência judicial é também usada para aludir ao comportamento que deve ser considerado como específico dos juízes ao disporem de elevado grau de autonomia.

Para determinar o grau e a espécie de independência de que os juízes gozam ou devem gozar, a perspectiva deve ser no sentido relacional do conceito, mas também no plano comportamental.

Os meios institucionais para assegurar e manter a independência são essenciais.

Na identificação das formas instrumentais e das condições materiais para protecção e garantia efectiva da independência, salientam-se as matérias relativas ao recrutamento e à organização, à avaliação do mérito e à disciplina e responsabilidade.

Devemos, todavia, interiorizar a razão de proporcionalidade perante a radicalidade do discurso teórico da afirmação que *“judicial independence is inverse to judicial accountability”*.

3. Afirmar a independência e a garantia da independência, para ir além da proclamação e da delimitação do perímetro negativo, supõe a definição de um conteúdo positivo do conceito ou noção.

Na construção do conteúdo nocional de independência da ou na decisão devemos trabalhar com elementos subjectivos e existenciais do juiz – a começar no campo da deontologia, na inteligência da identificação e na resistência em relação a pressões, quaisquer que sejam e venham de onde vierem.

Neste conceito, independência é a compreensão da distância entre o juiz e a política, entre o juiz e o militantismo e entre o juiz e a opinião pública.

Mas do mesmo modo, a consciência da intervenção de factores e considerando exteriores ao processo, a interferência nas decisões do impacto sobre a economia ou sobre a opinião pública, com o risco de intromissão, apressada ou desfigurada, do consequencialismo.

Numa reflexão, que colhi de leituras recentes sobre a densidade do conceito, devem estar presentes as virtudes do juiz e os fundamentos de uma ética própria ao processo de decisão.

A virtude da distância (imparcialidade, renúncia, desinteresse, modéstia); a virtude da proximidade (urbanidade, compaixão, cuidado); a virtude da integridade (rigor, rectidão, coerência); a virtude da moderação (equidade, sentido austero, indulgência) e a virtude da independência intelectual são condições propícias ao julgamento objectivo e independente.

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

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 e reforça a independência.

A colegialidade efectiva e real, que permite a heterogeneidade na análise e o enriquecimento dos argumentos, bem como a visão dinâmica da fundamentação das decisões, constituem, também, meios relevantíssimos de garantia e de verificação externa da independência da justiça.

E a serenidade, que é sempre uma condição de independência.

Deixo, porém, duas prevenções que me parecem essenciais.

A primeira refere-se ao modo com que, por vezes, é puxada, sem cuidado e ao sabor das circunstâncias, a elasticidade do conceito, com o imenso risco de hipertrofia e conseqüente descaracterização, enfraquecimento e diluição imparável.

A segunda, que tomo de Cunha Rodrigues, é a de que o juiz independente dos tempos de hoje não pode parecer que se arrisca a não ter tempo para exercer a sua missão, tão atarefado se encontra na defesa da sua independência.

E todo, certamente, compreendem o que quero dizer.

Sempre que, a propósito deste tema, me permitem que partilhe fragmentos da minha reflexão, perdoem-me, mas repito, porque é luminosa, a síntese de Pierre Truche sobre a auto-contemplação da independência:

O juiz, «mais do que proclamar constantemente a independência como se fora um exorcismo», deve «ter a lucidez sobre as suas próprias dependências; em relação a si mesmo; em relação às suas convicções pessoais que, tornando-se pré-juízos não permitem julgar; em relação ao seu próprio saber cujas insuficiências podem limitar a compreensão; em relação a todos os que a montante prepararam o processo e a jusante executam a decisão, ou que, em redor, invocam a dimensão política, ou a pretexto do direito à informação, pretendem influenciar».

No meio desta colisão de condições, o juiz, «deve fazer a sua escolha na quietude do seu coração e na tranquilidade do seu espírito».

E deve estar bem consciente da dificuldade - diria, da impossibilidade - em conseguir fazer compreender que julga e decide, com isenção e independência, numa sociedade que, por ser culturalmente de dependências, não interioriza nem compreende sempre o valor da independência.

4. No sentido orgânico e funcional, a independência é construída na relação com outros poderes constitucionais de soberania.

Porém, no tempo que vivemos, a separação de poderes deixou de ser 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.

A fragilidade do Estado num mundo de preponderância de poderes de facto não institucionais corta espaço à separação de poderes do modelo constitucional, com consequências na instituição judicial.

A resposta institucional que nas duas últimas décadas foi encontrada para acolher no Estado e enquadrar outros poderes, e que a época das crises acelerou, revela as dificuldades na construção de modelos que são, cruamente, formas de cedência ou rendição nas funções estaduais e na concepção liberal democrática da separação de poderes.

As regulações ficam mais complexas, o neo-institucionalismo transfere funções do Estado para entidades que escapam à espessura da decisão dos poderes tradicionais e aos controlos democráticos.

A multiplicidade de instâncias com poderes de jurisdição material, sem as garantias constitucionais próprias dos tribunais (independência, imparcialidade, terciaridade), bem como os sinais de deslocação material dos

lugares da justiça para redutos sectoriais, especialmente em matéria sancionatória, está, provavelmente, a entrar na última réstia dos princípios constitutivos.

Esta nova separação de poderes é sectorial.

É uma separação contra a separação; no âmbito específico de cada poder sectorial não há separação mas acumulação e confusão de poderes.

A conformação dos novos poderes, não suficientemente estudada, deve preencher a nossa reflexão.

5. O Encontro propõe a reflexão sobre a condição de juiz.

O juiz hoje, está aí, na superação de um espaço de confronto, que é muitas vezes silencioso e insidioso, entre a o totalitarismo da razão técnica, o híper funcionalismo das normas, o direito táctico e de excepção, por um lado, e a defesa de valores constitutivos do Estado de direito, por outro.

O lugar do juiz está, neste tempo, no centro das transformações democráticas.

Para o juiz, este lugar central na transformação da natureza da democracia tem a visibilidade que deve ser conjugada com a atitude de discrição; a exposição que tem de ser ajustada com o dever de reserva; e confronta-o com o escrutínio fragmentário e sem critério ou conhecimento, que exige o domínio de uma tensão funcional permanente.

O juiz tem de ser o maior garante da construção permanente e defesa do Estado de direito, constitutivo da democracia.

Mas, porventura tão ou mais importante, tem também de saber construir a *autorictas* e a prudência, que são regras e princípios da justiça,

válidos em todos os tempos e lugares e força de toda a acção de julgar, que se conquistam em cada dia e que nunca se podem considerar definitivamente adquiridas.

É a condição de juiz, com os valores e as virtudes que são dever.

6. A comunicação da justiça é crucial em tempos de hiper-comunicação.

A deslocalização da cena judiciária para o espaço público, o processo transformado numa boa história e a tendência de substituição, simplificam a justiça, com grave risco de induzir uma deriva na cognição, muito prejudicial à democracia.

As lógicas, os tempos e as finalidades são muito diversos e na deslocalização de espaço e do ritual perdem-se as garantias do Estado de direito, sobretudo a igualdade e o contraditório, para não falar da vitimização fora do processo, com efeitos devastadores na dignidade da pessoa humana.

A relação e os encontros e desencontros entre a justiça e a comunicação têm paradoxos; por regra, os *media* perseguem a reserva de uma minoria de casos, pelo efeito sedutor, *voyeur*, de revelação distópica dirigida ao impacto nas audiências, mas dispensam o interesse de casos que poderiam revestir relevância pelo volume de informação e pelo interesse público das questões e sem problemas de divulgação.

A concorrência da informação enfraquece as regras, os valores e os princípios da deontologia e da responsabilidade; lança uma panóplia de hipóteses, de rumores e de imagens vazias; expõe as vítimas de maneira exacerbada, na sobreposição total da emoção, que constitui uma das formas mais inquietantes das tiranias que dominam as sociedades contemporâneas.

Para bem da saúde da democracia e da preservação de valores elementares de convivência social, temos de pensar, em conjunto, a natureza essencial da função, das condições deontológicas de exercício do direito e de cumprimento dos deveres de informação.

Comunicar bem a justiça constitui uma necessidade imperiosa, para permitir às mediações o cumprimento do dever de informar, instrumental da missão democrática de verificação e de escrutínio não institucional da acção dos poderes.

Nesta perspectiva, a comunicação da justiça é uma comunicação externa; comunicação para os cidadãos (o «público»), que lhes permita o exercício democrático do direito de saber como funcionam as instituições que actuam em nome do povo.

A comunicação externa da justiça supõe – La Palisse certamente não diria melhor – transmissão acessível do discurso judiciário, mas também a vontade e a disponibilidade para querer compreender os limites da redução da complexidade; a invocação recorrente da opacidade e do hermetismo não será senão, muitas vezes, uma forma de não querer ou não ter interesse em compreender.

Na outra face da moeda, os actos escritos são formas de comunicação processual interna, mas também externa; não podem passar sem o uso de linguagem própria, nem dispensam conceitos que não têm sucedâneo semântico, mas devem ser escritos de modo a permitir a compreensão pelos destinatários.

Devemos saber inventar a simplicidade.

Mas a vontade de simplificação das coisas complexas, como são os conteúdos com forte densidade cognitiva, corre o risco de não simplificar, mas, ao contrário, de acrescentar ainda outros espaços de complexidade.

A comunicação da justiça exige, por isso, na relação de duplo sentido, para que os comunicantes possam dispor de competências de acesso às linguagens específicas, mais de que descodificação ou comentários de natureza metaprocessual ou metalinguística.

Exige, muito especialmente, a criação de espaços e relações de confiança.

7. Nestes dois dias vamos pensar, em conjunto, a nossa condição.

Na diversidade das análises e na liberdade do pensamento vamos interrogar-nos sobre a nossa circunstância num tempo de inquietações e participar, assim, na construção do futuro com a dádiva do nosso comprometimento.

Espero que o XII Encontro do CSM seja muito proveitoso e que possamos terminar os trabalhos reconfortados connosco e com a nossa condição, a bem da Justiça e dos cidadãos.

Tavira, 17 de Novembro e 2017

(António Henriques Gaspar)