

Do Acesso à Magistratura Judicial dos Tribunais Superiores

A problemática das condições e requisitos do acesso à magistratura judicial dos tribunais superiores exige, em primeira linha, que se tenha bem presente a natureza da função jurisdicional e os aspectos fundamentais da legitimação democrática dos tribunais.

Como é sabido, a função jurisdicional integra-se na organização do Poder Político, participando da soberania do Estado atribuída aos tribunais, em conformidade com o consignado nos artigos 110º, nº 1, e 202º, nº 1, da Constituição da República (CRP). Contudo, a titularidade originária do poder soberano, uno e indivisível, reside no povo, como se proclama no nº 1 do artigo 3º da mesma Lei Fundamental; daí que o mencionado artigo 202º, nº 1, declare que os tribunais administram a justiça em nome do povo.

No entanto, não se trata de uma representatividade política idêntica aos demais órgãos de soberania, já que os juízes não são designados por eleição directa ou indirecta dos cidadãos - ressalvadas as hipóteses de designação pela Assembleia da República de dez dos juízes do Tribunal Constitucional e de cooptação dos restantes três, bem como a nomeação do Presidente do Tribunal de Contas pelo Presidente da República sob proposta do Governo -, mas recrutados segundo critérios predeterminados na lei e nomeados pelos respectivos Conselhos Superiores, como se alcança do disposto nos artigos 218º, nº 1, e 219º, nº 1 e 2, da CRP.

Com efeito, os juízes dos tribunais judiciais constituem um corpo único com estatuto próprio, sendo nomeados e promovidos, nas diversas instâncias, pelo Conselho Superior da Magistratura (CSM), com base na sua competência técnica e aptidão profissional reveladas preferencialmente

pelo mérito do seu desempenho tendo também em conta a antiguidade no exercício de funções.

Assim, a actual Constituição, aliás na esteira das anteriores constituições, opta claramente pelo modelo institucional de uma magistratura profissionalizada e permanente, dotada, todavia, de garantias de independência e imparcialidade e com meios de controlo indirectamente legitimador.

Não obstante isso, têm-se feito ouvir as críticas quanto à legitimidade democrática dos juízes pelo facto de a sua nomeação não estar amparada no sufrágio político universal, numa ingénua assimilação ao que é exigido para a eleição dos titulares dos demais órgãos de soberania.

Sem pretender aqui desmerecer as vantagens dos sistemas judiciários assentes em modelos de juízes electivos, o certo é que nem por isso se podem considerar menos democráticos os sistemas baseados em modelos institucionais de magistrados profissionais e permanentes, desde que contemham garantias e mecanismos de controlo democrático do poder judicial. O equívoco é pensar que a democracia se satisfaz com a representatividade formal conferida pelo sufrágio político.

Ora a legitimidade democrática dos tribunais não requer necessariamente a eleição dos seus titulares. Na verdade, no quadro de um sistema jurídico de formulação legal como o nosso, há que distinguir as funções que têm por escopo definir a política dos interesses fundamentais da colectividade, formulando leis na base dessa escolha, das que são vocacionadas para a realização do direito mediante a aplicação dos critérios legais aos casos concretos, sem apelo à discricionariedade da opção política. Entre as primeiras inscreve-se a função legislativa; das segundas é paradigma a função jurisdicional.

Porque a função legislativa envolve uma interpretação e hierarquiza-

ção, em abstracto, dos interesses sociais, prendendo-se, nessa medida, com a diversidade de concepções, de ideias e de valores, impõe-se, num sistema democrático, que seja levada a cabo por órgãos electivos cujos titulares traduzam a vontade da colectividade.

O mesmo não sucede com a função jurisdicional. Quanto a esta, não cabe margem de discricionariedade política. O seu domínio de incidência confina-se à aplicação do direito aos casos singulares, no quadro do ordenamento jurídico vigente, de acordo com as fontes a que, segundo a Constituição e a lei, se deva recorrer – art. 203º da CRP, arts. 3º e 4º, nº 1, da Lei nº 3/99 e art. 3º, nº 1, do EMJ. Trata-se assim de uma actividade submetida aos critérios legais aplicáveis segundo os cânones da metodologia técnico-jurídica.

Poderemos, de algum modo, afirmar que um dos aspectos mais salientes da submissão do poder judicial ao titular originário da soberania é a sua vinculação à Constituição e às leis, como determinam os artigos 203º e 204º da C.R.P., as quais se traduzem, afinal, na expressão normativa da vontade geral.¹

Mas, como é hoje reconhecido pela maioria dos doutrinadores, o sistema jurídico é um sistema aberto e dinâmico². Edificado através da estrutura do seu tecido normativo, o sistema jurídico opera em estreita interacção com a realidade social, que o envolve e que por ele perpassa. Por outro lado, é dominado, teleologicamente, pelos princípios e valores que o informam, dando-lhe ordem e coerência. Por isso, a aplicação da lei aos casos

¹ A este propósito, vide BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1987, pags. 141 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedina, 7ª Edição, 2003, pag. 658/659; ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, *O Sistema Judiciário em Portugal, uma perspectiva de mudança*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1986.

² Vide, por todos, CLAUS – WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, introdução e tradução de A. MENEZES CORDEIRO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

particulares não obedece a um processo puramente técnico, lógico-dedutivo. Implica, além do mais, a compreensão do contexto económico, social e psicológico dos casos, bem como a consideração dos valores de justiça inspirados nos princípios da ordem jurídica, no sentir profundo da vida colectiva e no bom senso. Como sublinha o Prof. Jorge Miranda, citando o Prof. Castanheira Neves, “o juiz deve-se fazer intérprete da intenção jurídico-social da comunidade”.

Com efeito, o direito positivado não raramente recorre a conceitos indeterminados ou a cláusulas gerais que transferem para o julgador a competência de decidir segundo critérios de justiça objectivos. Noutros casos ainda, ocorrem situações omissas na lei, devendo então o juiz preencher as lacunas pelo recurso à analogia ou apelar a uma norma potencial dentro do espírito do sistema (artigo 10º do Código Civil). Ademais, torna-se hoje cada vez mais frequente e imperioso o apelo a decorrências normativas dos princípios gerais, mormente no quadro das garantias dos direitos e deveres fundamentais consagrados na Constituição e revelados nas fontes do Direito Internacional.

Em suma, se, por um lado, o sistema jurídico manifesta a tensão dialéctica da sua complexidade técnico-normativa face à complexidade palpitante da vida social, por outro lado, postula uma sinergia de coerência interna sustentada no universo axiológico que o caracteriza. Nessa medida, exige-se do aplicador do Direito, mormente do decisor judiciário, não só um elevado nível de competência técnica, mas igualmente uma sensibilidade apurada para a compreensão das realidades da vida social que se projectam nos casos de justiça e uma consciência superlativa dos valores jurídico-sociais fundamentais.

Posto isto, as condições e requisitos de acesso à magistratura judicial dos tribunais superiores - tribunais de 2ª instância e Supremo Tribunal de Justiça - constituem a garantia fundamental para um exercício qualificado da função jurisdicional que assegure a realização concreta do direito por juízes independentes, imparciais e tecnicamente competentes, o que requer, por seu turno, um recrutamento de magistrados com adequada aptidão técnica e profissional, aferida em função do mérito e experiência já demonstrados, por órgãos e por via de procedimentos constitucionalmente instituídos, segundo os princípios do Estado de direito democrático.

Ora, segundo os nº 3 e 4 do artigo 215º da Constituição, respectivamente, o recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de segunda instância faz-se com prevalência do critério do mérito, por concurso curricular, e o acesso dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça faz-se por concurso curricular. Em qualquer dos casos, a nomeação e promoção dos juízes dos tribunais superiores compete ao Conselho Superior da Magistratura, nos termos da lei (artigo 217º, nº 1, da CRP).

As condições, requisitos e critérios de nomeação e promoção constam do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ) aprovado pela Lei nº 21/85, de 30 de Julho, recentemente alterada pela Lei nº 26/2008, de 27 de Junho, a qual entrou em vigor no dia 1 do transacto mês de Setembro. As inovações introduzidas pela nova lei, mormente em sede de acesso aos tribunais superiores, ao que supomos, terão em vista permitir uma avaliação do mérito dos concorrentes numa base mais objectiva e substancial, com uma mediação mais alargada da comunidade jurídica não estritamente confinada ao mundo forense. Nesta perspectiva, o nível

regime da promoção dos juízes aos tribunais superiores difere significativamente do regime progressivo.

Assim, a nomeação e promoção dos juízes aos tribunais de Relação, segundo o regime anterior faziam-se mediante concurso curricular, com prevalência do critério do mérito entre os juízes da 1ª instância. A base de recrutamento incidia, necessariamente, sobre os 60 juízes de direito mais antigos dos classificados com *Muito Bom* ou *Bom com distinção*, que não declarassem renunciar à promoção (artigo 47º, nº 1, do EMJ); a graduação fazia-se segundo o mérito relativo dos concorrentes, tomando em conta a classificação de serviço e a antiguidade (artigo 47º, nº 2, do EMJ). No preenchimento das vagas, observava-se a proporção de 2 para 1 entre os concorrentes classificados respectivamente com *Muito Bom* e *Bom com distinção*, mas, não havendo concorrentes classificados com *Muito Bom* em número suficiente, as respectivas vagas seriam preenchidas por magistrados classificados com *Bom com distinção*, e vice-versa (artigo 48º do EMJ).

A graduação, nomeação e promoção competiam exclusivamente ao plenário do Conselho Superior da Magistratura, nos termos dos artigos 149º, alínea a), 151º, alínea a), e 152º, nº 2, parte final, do EMJ.

Do referido regime extrai-se que a promoção dos juízes aos tribunais de Relação assentava em dois vectores: o mérito e a antiguidade, os quais reflectem, respectivamente, a competência técnica e a experiência profissional. A antiguidade servia de critério-base para definir o universo dos concorrentes e para alinhar a graduação dos promovidos; o mérito, aferido pela última classificação de serviço, sobrepunha-se-lhe depois, em primeiro lugar, como factor de delimitação do universo dos concorrentes e, num segundo momento, como factor prevalente da graduação, embora mitigado

pela referida proporção no preenchimento das vagas entre os concorrentes classificados com *Muito Bom* e com *Bom com distinção*.

Assim sendo, daí resultava que a promoção dos juizes de direito aos tribunais de Relação se fazia, nuclearmente, com base no respectivo mérito, o qual estava pressuposto na última classificação de serviço. Esta classificação, por sua vez, reflectiria a avaliação do concorrente, feita pelos serviços de inspecção e homologada pelo Conselho Superior da Magistratura, sobre as suas capacidades humanas para o exercício da profissão, a sua adaptação ao tribunal ou serviço e a sua preparação técnica.

Pode parecer, à primeira vista, de algum modo, iníquo atender unicamente à última classificação de serviço, mas importa não esquecer que as sucessivas classificações, ao longo da carreira profissional, obedeciam a um critério evolutivo em que eram sempre ponderadas as classificações anteriores. Por outro lado, nem sempre os planos de inspecção conseguiam manter a mesma regularidade para todos os inspeccionados, não obstante as significativas melhorias dos últimos anos.

Quanto ao relevo dado à antiguidade, convém lembrar que se trata de um critério objectivo indiciador do capital de experiência do concorrente, tão necessário para as funções nos tribunais superiores, e compatível com a prevalência do mérito, já que opera sobre um universo qualificado de concorrentes. Mesmo quando, por via da antiguidade, possa porventura um concorrente classificado de *Bom com distinção* ser graduado acima de outro concorrente classificado de *Muito Bom*, tal não significa necessariamente que aquele, com mais experiência profissional, não reúna melhor capacidade de desempenho.

A Lei nº 26/2008 veio alterar significativamente o regime de concurso aos tribunais de Relação.

Segundo o nº 1 do artigo 46º do EMJ, o provimento de vagas de juiz da relação faz-se por promoção mediante concurso curricular com prevalência do mérito entre juízes da 1ª instância. E, nos termos do nº 2 daquele normativo, o concurso é aberto por deliberação do CSM quando se verifique a existência e necessidade de provimento das vagas.

Nos termos do artigo 47º do mesmo Estatuto, agora na redacção dada pela Lei nº 26/2008, o concurso compreende duas fases :

a) - a primeira fase destina-se a delimitar o universo dos concorrentes a admitir, de entre os juízes de direito mais antigos dos classificados com *Muito Bom* ou *Bom com distinção*, devendo o CSM tomar em consideração, para efeito de definição do número de vagas a concurso, o dobro do número de lugares não providos nos tribunais de Relação; a distribuição das vagas, nesta fase, faz-se na proporção de duas para uma, pelos concorrentes classificados, respectivamente, com *Muito Bom* ou *Bom com distinção* (artigo 48, nº 1, do EMJ);

b) - a segunda fase é integrada por uma avaliação curricular de cada concorrente admitido na 1ª fase e pela subsequente graduação final.

Nos termos do nº 4 do citado artigo 47º, a avaliação curricular consiste na discussão pública do currículo de cada concorrente perante um júri integrado por cinco elementos: um presidente e quatro vogais.

A presidência do júri é assumida pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, que poderá delegar num dos seus vice-presidentes ou em outro membro do CSM com categoria igual ou superior à de juiz desembargador.

Como vogais intervêm:

- um magistrado membro do CSM com categoria não inferior à de juiz desembargador;
- dois membros do CSM não pertencentes à magistratura, a eleger por aquele órgão;
- um professor universitário de Direito, com categoria não inferior à de professor associado, que será escolhido pelo próprio CSM, mediante votação secreta, de entre os professores indicados, a solicitação do mesmo Conselho, às universidades, institutos universitários e outras escolas universitárias, públicos ou privados, que ministrem o curso de Direito.

O resultado da avaliação será traduzido em parecer sobre a prestação de cada concorrente, parecer esse que será tomado em consideração pelo CSM na graduação final, mas de que pode discordar, fundamentadamente.

A graduação final é feita pelo CSM, mediante acórdão, em função do mérito relativo dos concorrentes, para o que contam 40% da avaliação curricular e 60% das anteriores classificações, preferindo, em caso de empate, o juiz com mais antiguidade de serviço.

Perante um quadro legal assim tão esquemático, podem-se suscitar várias dúvidas, sendo que algumas delas bem poderão vir a ser colmatadas por via do regulamento do concurso a aprovar pelo CSM, ao abrigo da competência que lhe é conferida pelo artigo 47º, nº 8, do EMJ.

Assim, e no que respeita ao júri, a primeira observação, que é, no entanto, mais um curiosidade, respeita à qualidade em que intervém o respectivo presidente, não se descortinando bem qual a razão por que, diversamente do que sucede com o presidente do júri da avaliação curricular dos concorrentes ao STJ, aquele não integra o júri na qualidade de Presidente do CSM, permitindo-se, por outro lado, que possa delegar nos seus vice-

presidentes ou em outro membro do CSM com categoria igual ou superior à de juiz desembargador, em derrogação do mecanismo de substituição legal do Presidente do CSM previsto no nº 1 do artigo 154º do EMJ. Há aqui alguma incoerência sistémica, que esperamos não venha a desvirtuar o princípio da identidade dos membros do júri como garantia que é do tratamento equitativo de todos os concorrentes.

Também a lei não especifica o modo de designação como vogal do júri do magistrado membro do CSM com categoria não inferior à de juiz desembargador, tal como faz em relação aos dois membros daquele Conselho não magistrados. Pergunto : - será igualmente por votação do CSM?

No que respeita à intervenção de um professor de direito como vogal do júri, que será, ao que supomos, de natureza técnico-científica, a dúvida que surge prende-se com o facto de o universo dos concorrentes poder ser tão heterogéneo quanto as respectivas experiências profissionais, em razão das diversas áreas de jurisdição em que terão exercido as suas funções. Nesse quadro, será viável a escolha de um único professor de direito que corresponda a todas as valências técnico-jurídicas dos concorrentes - v.g. para as áreas de civil, penal, família e menores e trabalho -, de forma a garantir o tratamento equitativo na apreciação relativa do mérito? Talvez, este problema possa ser debelado pela designação de membros suplentes.

Outro ponto lacunoso é o que respeita ao funcionamento do júri na discussão pública dos currículos, mais precisamente se ela deve ser feita na presença de todos os seus membros, como sucede no âmbito do regime geral do recrutamento e selecção de pessoal para a Administração Pública, nos termos do nº 1 do art. 15º do Dec.-Lei nº 204/98, de 11 de Julho) ou se

segue porventura a regra da maioria do número legal dos membros do órgão colegial prevista no nº 1 do artigo 22º, para o quórum deliberativo.

Também a lei nada refere quanto aos limites de duração de cada discussão curricular e não é precisa quanto à estrutura ou modo dessa discussão, o que, aliás, poderá vir a ser objecto do regulamento do concurso.

Relativamente ao objecto da avaliação curricular, como esta tem por finalidade a emissão de um parecer sobre o mérito relativo dos concorrentes, o seu conteúdo não poderá deixar de ter o alcance definido, em termos gerais, no nº 1 do artigo 34º do EMJ, ou seja, incidir sobre :

a) – a componente da experiência profissional, traduzida no modo como os juízes de direito desempenham a função, tendo em conta o volume, dificuldade e gestão do serviço a seu cargo, a capacidade de simplificação dos actos processuais e as condições do trabalho prestado, que constituem assim índices de aferição da experiência profissional;

b) - a componente da formação profissional, revelada na preparação técnica, categoria profissional, trabalhos jurídicos publicados e idoneidade cívica.

No entanto, importará definir os factores ou os critérios de avaliação, um pouco à semelhança do que se encontra hoje previsto no artigo 13º do Regulamento das Inspeções Judiciais.

Haverá porventura que definir o tipo de elementos a utilizar pelo júri, bem como os parâmetros da organização formal dos *curricula* a apresentar pelos concorrentes.

Estabelece o nº 7 do artigo 47º do EMJ que a avaliação curricular vale 40% para a classificação do mérito base da graduação final, mas falta saber como se apura o factor sobre que incide tal percentagem, mormente

quais os pesos relativos das diversas componentes ou segmentos que integram o objecto da avaliação curricular. Com efeito, a prévia definição dos coeficientes a ter em conta é uma garantia fundamental para a equidade, objectividade e transparência de qualquer método de selecção, pelo que não deixará de figurar no regulamento do concurso.

Para a graduação final relevam ainda, na proporção de 60%, as anteriores classificações de serviço. Tudo está em saber como se apura o factor de base, ou seja, como se convertem as sucessivas classificações qualitativas de serviço numa classificação quantitativa. Será este um dos pontos porventura mais críticos do sistema, tendo em conta que cada classificação já reflecte, de forma evolutiva, as classificações anteriores e que uma ponderação equitativa supõe ainda a regularidade e a uniformização possível dos critérios da actividade inspectiva em relação ao universo dos concorrentes. Outra questão que se pode colocar é a de saber como se compatibiliza a ponderação das classificações anteriores da avaliação curricular com a ponderação na quota dos 60%, de forma a evitar que ocorra sobreposição ou até contradição em relação ao mesmo *item*.

No que respeita agora ao concurso para a magistratura do STJ, algumas das lacunas acima mencionadas encontram-se, de certo modo, colmatadas, mormente no que respeita aos factores a ter em conta na avaliação curricular, sendo que o critério de apreciação global desses factores, como se determina no número 1 do artigo 52º do EMJ, não acarreta os inconvenientes técnicos resultantes do espartilhamento nas percentagens exigidas para a graduação final no concurso para a magistratura dos tribunais de Relação. Ali a equidade e a transparência do concurso podem ser perfeitamente asseguradas pela definição prévia dos coeficientes a

atribuir a cada um desses factores. Todavia também, nesta sede, persistem as dúvidas acima suscitadas quanto ao modo, estrutura e duração da discussão curricular e quanto ao critério de escolha do professor universitário para vogal do júri.

Um derradeiro ponto que me parece, no mínimo, irrealista é a lei não permitir a cobertura das vagas não preenchidas destinadas aos juristas de mérito pelos demais concorrentes, tendo em conta a escassa apetência que tem havido nesse domínio. Esperamos que a ingente necessidade do preenchimento dessas vagas não se repercuta em quebra dos níveis de exigência na aplicação dos critérios de selecção.

A finalizar, gostaria de deixar aqui bem expresso que, não sendo eu, de modo algum, experimentado e muito menos versado no assunto em foco, me limitei a enunciar algumas preocupações, que suponho partilhadas por outros colegas, e que gostaria de ver esclarecidas no sentido de reforçar a nossa confiança num sistema de acesso aos tribunais superiores, que todos pretendemos seja equitativo e transparente para reforçar a legitimidade e independência do poder judicial e prestigiar a Justiça Portuguesa.

Lisboa, 19 de Novembro de 2008

Manuel Tomé Soares Gomes

(Juiz Desembargador)

