

O Processo disciplinar, os direitos dos visados e a garantia de um duplo grau de jurisdição.

Apontamentos sobre a proposta datada de 31 de Maio de 2017.

A realização da Justiça só é compatível com uma efectiva separação de poderes acompanhada de regras claras e maturadas, mas também dotadas de estabilidade e de rigoroso respeito pelo estatuto de cada um dos operadores judiciários, já que sem operadores fortes, não há Sistema¹.

A citação acima transcrita deveria constituir o ponto de partida para qualquer revisão estatutária. Porém, parece que não existe um interesse real na existência de operadores judiciários fortes e na construção de um sistema de justiça fundado na independência. E, acima de tudo, não há uma valorização da função soberana de Julgar.

De forma transversal a todas as democracias a confiança dos cidadãos no funcionamento do judiciário é uma preocupação crescente nos modernos sistemas políticos e por todo o Mundo os cidadãos aspiram a uma Justiça isenta, actuante, transparente, acessível, credível e qualitativamente diferenciada.

Tal demanda a existência de Tribunais independentes, dotados de meios humanos, materiais e logísticos operacionais e que sejam servidos por Juizes igualmente independentes, íntegros, responsáveis, tecnicamente habilitados para o exercício da missão que lhes é confiada e beneficiários de uma permanente formação contínua.

À independência do Tribunal, corresponde a independência individual do Juiz, independência que importa garantir face a qualquer poder, de facto ou direito, e que conhece como limite exclusivo a lei. A

¹ Paula Teixeira da Cruz, O Ministério Público visto por um Advogado, in 25 Anos do Estatuto do Ministério Público, Coimbra Editora, 2005, pág. 99.

separação de funções e a independência judicial constituem uma garantia para o cidadão de uma Justiça equitativa e isenta.

A presente reforma do Estatuto dos Juizes enferma de um erro genético que é o do carácter sigiloso das negociações e da ausência de uma verdadeira discussão pública. E não se invoque a marcação de duas assembleias gerais da Associação Sindical dos Juizes Portugueses para desmentir a afirmação precedente, onde, aliás, não foi disponibilizada nenhuma versão documental consolidada das negociações entretanto havidas. Estamos perante matérias complexas e algumas com acentuado carácter técnico que exigiam uma maior participação de todos os juizes portugueses na reconstrução da sua magna carta. É indiscutível que os constrangimentos, os erros, os equívocos e os lapsos contidos nos projectos/propostas poderiam ter sido evitados e superados se a opção estratégica tivesse sido delineada em mão comum com todos os magistrados judiciais. Perdeu-se uma oportunidade. Por isso se saúda esta iniciativa participada, ampla e aberta.

Hoje fala-se em linhas vermelhas. Porém, na reconstituição histórica do processo iniciado faz cerca de quatro anos resulta que parte dos atentados aos direitos, garantias e deveres funcionais não tem uma origem exógena, tal como facilmente se constata a partir da consulta dos projectos elaborados pelas comissões de revisão dos Estatutos – cuja composição é criticável por não incluir juizes de direito – e da análise das contrapropostas associativas apresentadas. E esses alertas vermelhos actuais surgem em grande parte por pressão das redes sociais.

A independência tem consagração constitucional, é uma garantia dos próprios cidadãos e é o valor base irrenunciável em qualquer negociação.

Nos tempos que correm existe um endeusamento do management. Todavia, este não configura um princípio de Justiça nem se assume como um fim da actividade jurisdicional. A gestão é instrumental em relação ao

desiderato de Justiça e destina-se a garantir que a decisão judicial é realizada em prazo razoável e mediante processo equitativo, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias concedidos aos cidadãos. E este aparente conflito entre independência dos Tribunais e atribuições concedidas a órgãos de gestão transparece não só na parte geral do Estatuto mas apresenta ramificações em todo o projecto de Estatuto, incluindo no capítulo da responsabilidade disciplinar.

A presente reforma tem a virtualidade de pretender condensar todas as questões atinentes à responsabilidade disciplinar no Estatuto dos Magistrados Judiciais – rectius, Estatuto dos Juizes, que se apresenta como a denominação acertada e reflectora da realidade profissional – e com isso se evita o recurso a instrumentos funcionalizadores aplicados subsidiariamente como o Estatuto dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas ou outros destinados a trabalhadores da Função Pública. Isto é extremamente positivo.

No entanto, ao mesmo tempo, como corolário lógico, o estatuto absorve matérias que o burocratizam e desviam o foco das questões essenciais. Por isso, em tempos, há cerca de 4 anos quando se iniciou o debate estatutário, de forma a corrigir esse inconveniente e a dar substância aos poderes funcionais exercidos sobre os Funcionários de Justiça, defendi a criação de um Estatuto Disciplinar dos Tribunais [estudo publicado na Revista do Ministério Público nº139]. Continuo a entender que essa seria a melhor solução, pois permitiria a convivência de um estatuto mais minimalista e apartado de regras procedimentais e de outras questões de segunda importância, as quais seriam transportadas para um instrumento legislativo de índole mais técnico e, talvez, mais abrangente com aplicação transversal a todo o sector dos Tribunais. Todavia, esse momento está

ultrapassado e assim urge chamar à colação aspectos estruturais do projecto de estatuto na área da disciplina.

Colegas

A qualidade e a modernidade de qualquer sistema sancionatório são aferidas em função das garantias concedidas aos destinatários da norma e não na forma como se constroem os elementos típicos da infracção. As garantias e o processo que configuravam o elo mais fraco do sistema de justiça administrativa e da projecção do futuro infelizmente continuarão a sê-lo, quando esta reforma deveria incidir prioritariamente a esse nível.

É incompreensível que o diploma, ávido na definição de deveres – parte dos quais constituem uma importação dos deveres da função pública e que não se mostram ajustados à judicatura –, não contenha a identificação dos princípios norteadores da actividade disciplinar judicial: princípios da legalidade, da igualdade perante a lei, da presunção da inocência, *in dubio pro reo*, da proporcionalidade, da independência e da imparcialidade. No último projecto disponibilizado apenas são referenciadas questões laterais atinentes à publicidade e à confidencialidade do processo disciplinar.

Depois é contrária à evolução europeia do domínio da justiça disciplinar a não consagração da obrigatoriedade da gravação das diligências de prova. Nós, os juízes, primeiro do que todos os outros, sabemos a diferença de conteúdo na avaliação da prova presencial e compreendemos a capacidade que a oralidade tem na modelação da convicção do decisor. E esta necessidade não pode ser desassociada da urgência de promover em termos amplos o duplo grau de jurisdição, que é um dos mais importantes amparos do estatuto de independência.

Advogo que a ausência de um duplo grau de jurisdição em matéria disciplinar acarreta problemas de compatibilidade constitucional. Esta situação é particularmente grave no seio dos processos disciplinares em que

os arguidos são juízes dos tribunais superiores e quando é proposta pena extintiva do vínculo profissional. Efectivamente, nestes casos, entre outros, a deliberação é cometida directamente ao plenário do Conselho Superior da Magistratura e isso no actual status quo implica que esteja efectivamente suprimida a possibilidade de sindicância da decisão de facto por parte de qualquer entidade. A proposta de reforma neste domínio deveria ter sido mais incisiva e as soluções que estão perspectivadas não trazem a segurança exigida. No domínio da disciplina era imperioso que fosse criado um modelo de impugnação judicial para a secção de contencioso do Supremo Tribunal de Justiça decalcado no sistema de recursos em matéria de facto previsto no Código de Processo Penal.

Porém, a alteração não se basta com a consagração do grau completo de reacção factual às decisões do Conselho Superior da Magistratura. Estruturalmente, a secção de contencioso do Supremo Tribunal de Justiça deveria, a meu ver, passar a ser dotada de uma maior estabilidade, abandonando-se o sistema de rotatividade anual agora existente, o qual pode favorecer a existência de alguma flutuação jurisprudencial, como, por vezes, tem sucedido, em temas nucleares como o da interpretação de alguns normativos do regime sancionatório, aqui destacando a existência de entendimentos diversos sobre o alcance do regime da prescrição do processo disciplinar.

Ao nível das garantias processuais regista-se com agrado a introdução da audiência prévia, embora esta surja com efeitos limitados. Contudo, num sistema estruturado a partir da ideia da antiguidade, a proposta deveria ter sido mais afoita. Era exigível que a audiência prévia fosse obrigatória em todos os casos em que é formulada acusação que vise a aplicação de sanção disciplinar que conduza à perda de antiguidade [transferência, suspensão do exercício de funções e demissão]. Ainda que,

porventura, o imputado infractor pudesse voluntariamente prescindir dessa hipótese protectiva.

Na proposta negociada com a Associação Sindical dos Juizes Portugueses constata-se que se desperdiça igualmente a ocasião favorável para apurar e densificar conceitos e não se compreende o motivo pelo qual o Estatuto não toma posição expressa sobre o conteúdo da obrigação de exclusividade ou da proibição de actividade política. Em ambos os casos a legislação deveria caracterizar quais são os comportamentos inadmissíveis que podem conduzir à abertura de processo e à aplicação de sanções disciplinares. Também era o tempo propício para realizar um tratamento mais aprofundado das questões relativas aos deveres de sigilo e de reserva.

As garantias procedimentais deveriam ainda ser perfectibilizadas com a tomada de posição expressa sobre a questão da possibilidade de apresentação das queixas anónimas, das consequências da desistência da apresentação de participação disciplinar por particular ao Conselho Superior da Magistratura e da legitimidade dos cidadãos queixosos recorrerem jurisdicionalmente para o Supremo Tribunal de Justiça. Estas soluções legais expressas assegurariam uma maior uniformidade e transparência. E não seria aqui despropositado começar a pensar na existência de um Provedor do Cidadão e do Juiz alojado junto do órgão de gestão e disciplina que fizesse uma filtragem das queixas apresentadas.

As matérias referentes à prescrição do procedimento disciplinar – designadamente quanto às causas interruptivas e suspensivas – têm suscitado a interpretações divergente quer no seio do Conselho Superior da Magistratura quer no Supremo Tribunal de Justiça e a importância das mesmas importava uma clarificação legislativa quanto à noção de causa prejudicial e de decisão final, entre outras.

Louva-se a opção de admitir o incidente de reabilitação, mas também se poderia ter sido mais preciso na definição da questão do cancelamento

do registo disciplinar e na relação que as penas reabilitadas podem assumir nos concursos curriculares de acesso aos tribunais superiores.

Não se compreende a enumeração restritiva das causas de exclusão da ilicitude e da culpa realizada no artigo 111º do Projecto, pois a lei, a doutrina e a jurisprudência penal identificam outras que não estão ali albergadas, com especial enfoque para o estado de necessidade.

Também não se mostra adequada alguma da terminologia utilizada, como sucede no artigo 145º, pois, face à evolução normativa ocorrida, o regime da suspeição já não se encontra previsto para o processo penal desde a reforma de 1987 e a futura legislação só deveria mencionar as hipóteses de impedimento, recusa e escusa.

Para terminar este apontamento sobre as garantias processuais, sustento que poderiam ser adoptados mecanismos de resolução simplificada e de consenso no âmbito do processo disciplinar ao jeito daquilo que se verifica no processo penal e no próprio direito disciplinar geral em ordem a agilizar e a desburocratizar o procedimento proposto nos artigos 137º a 162º do projecto. Por exemplo, a suspensão do processo, mediante a imposição ao infractor de injunções e regras de conduta, enquanto espaço de consenso, no caso das infracções leves, pode ter um efeito pedagógico, pacificador e de reafirmação estabilizadora das normas funcionais mais importante do que a aplicação de uma pena disciplinar.

Efectivamente, mais do que a busca de uma solução punitiva, em primeira linha, a apreciação da responsabilidade do Juiz pode constituir uma forma de aferição do regular e correcto funcionamento do sistema judicial e, apenas num segundo momento, ser compreendida como a possibilidade de este responder pelo seu desempenho profissional e pessoal.

*

Passemos então para uma breve exegese das infracções disciplinares.

É aqui que se manifesta a alteração mais radical e estruturante e esta modificação está relacionada com a mudança do paradigma de definição dos comportamentos típicos.

Existia um modelo em que a lei não exigia a discriminação dos comportamentos relevantes da vida pública ou dos aspectos nos quais se concretiza a imagem de dignidade da magistratura, antes considerando suficiente a existência de critérios de decisão para a aplicação da sanção estruturada numa cláusula geral aberta e indeterminada.

Porém, como a violação do dever disciplinar não pode ter «geometria variável», na senda da evolução registada no espaço dos países que integram o Conselho da Europa, é de aplaudir a opção por um modelo de tipicidade.

Na realidade, a legislação disciplinar aplicável aos Juízes deve conter todos os comportamentos susceptíveis de integrar uma violação dos deveres funcionais e que justificam o exercício da acção disciplinar.

Temos por adquirido que a existência de um catálogo de ilícitos disciplinares, ainda que o mesmo possa estar delineado de acordo com a técnica dos exemplos padrão, e a sua graduação em função da gravidade confere um parâmetro de certeza e de segurança superior aos destinatários da norma e permite reduzir a margem de discricionariedade administrativa no sentido de punir tendencialmente com igualdade comportamentos com a mesma matriz identitária.

Os conceitos vagos e indeterminados têm contornos pouco consistentes, definem os deveres de forma dúctil e permitem alguma flexibilidade decisória, a qual se não estiver sustentada em jurisprudência estabilizada pode conduzir a alguma deriva punitiva.

O cuidado de exemplificar é uma garantia imprescindível. Porém, verifica-se agora uma incompatibilidade estrutural no plano axiológico-

normativo em que convive um sistema que desafortunadamente mantém a validade uma cláusula geral construída a partir de um conceito vago e indeterminado e em simultâneo é introduzida uma tipificação e clara e pretensamente exaustiva dos comportamentos violadores dos deveres funcionais. Está assim programado um modelo misto que poderá não assegurar que a punição disciplinar decorre de lei anterior que declare punível uma acção ou omissão e assim conflitar com as garantias de defesa do processo sancionatório que impõem a obrigação de tipicidade. Por muito esforço de análise que se faça na sua matriz identitária não estamos conceptualmente perante o modelo de actuação que faz apelo aos exemplos padrão.

Consabidamente, na técnica de preenchimento do tipo de ilícito com recurso aos exemplos padrão exige-se que, no caso concreto, se verifiquem elementos substancialmente análogos aos tipicamente descritos e que, embora não expressamente previstos na lei, a conduta violadora corresponda ao sentido, desvalor e gravidade de um exemplo-padrão. E, por isso, como forma de salvaguarda do princípio da tipicidade e da legalidade, o legislador constitucional admite a punição por comportamentos não expressamente previstos mas não é exactamente isso que se encontra planificado no projecto em discussão.

Nos casos das infracções não previstas no presente projecto ou existe uma identidade valorativa entre o comportamento prosseguido e o conteúdo prévio de uma outra punitiva catalogada ou sobrevém questões relacionadas com a constitucionalidade da punição. Isto é, nos casos em que não existe a identidade valorativa exigida os exemplos padrão, ou o legislador esgota de uma forma mais impressiva o elenco dos comportamentos disciplinares delituais como sucede no sistema italiano ou será afectado o princípio da tipicidade, pois não podem coexistir dois

modelos de punição autónomos, distintos e antagónicos na sua filosofia e nas consequências práticas da sua aplicação.

A título de exemplo, não existe nenhuma previsão tipificada a propósito dos comportamentos pessoais susceptíveis de constituírem infracção disciplinar [os actos ou omissões da sua vida pública, ou que nela se repercutam, incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções] e então pergunta-se se não existe um comportamento padrão como se punem essas condutas privadas com influência negativa na imagem do juiz e no exercício da judicatura?

E depois, relativamente às infracções não catalogadas, face à classificação em diferentes graus de gravidade, mesmo que o comportamento seja notoriamente mais ofensivo dos valores comunitários vigentes do que qualquer daqueles que estão tipificados, o Conselho Superior da Magistratura terá sempre de considerar a infracção como leve. Duvida-se que seja essa a intenção do Ministério da Justiça e certamente também não será a vontade do legislador.

A simples consulta do repositório da justiça administrativa sobre a responsabilidade disciplinar e da jurisprudência da secção do contencioso do Supremo Tribunal de Justiça ou a lição do direito comparado ao nível dos ensinamentos oferecidos pela experiência dos países comunitários poderiam revelar utilidade para introduzir novos comportamentos disciplinarmente censuráveis e diminuir o risco inerente à falta de tipificação. Pergunta-se assim quais são a final os comportamentos não tipificados que podem conduzir à abertura de um processo disciplinar? Com salvaguarda daqueles que se possam inscrever nos exemplos padrão, em tese nenhum...

Mas mais, existem algumas sobreposições normativas, normas punitivas destituídas de conteúdo e outras que entroncam no problema base

da independência. Apesar da intervenção já ir longa não nos podemos demitir de exemplificar, tomando-vos assim mais alguns minutos.

Para além de se poder perspectivar como um atentado à independência, caso não existam filtros de actuação que salvaguardem a liberdade de julgar, que não se limita à direcção do processo, existe claramente um grau de exigência distinto no artigo 108º, nº1, al. g), do projecto que deveria separar claramente o Conselho Superior da Magistratura do Presidente de Comarca. Por experiência própria, uma vez que já exerci funções de vogal no Conselho Superior da Magistratura e de juiz presidente, sei que a gravidade da infracção não é idêntica e a mesma, a manter-se, deveria ser graduada de forma diferenciada – o que só se concebe se não for atingida a liberdade de julgar –, até porque não podem ser aqui ignorados aspectos como a natureza constitucional de órgão independente com funções de gestão e disciplina da magistratura judicial, a própria legitimidade electiva e os mecanismos de impugnação das decisões dos órgãos de gestão das comarcas.

Nos artigos 107º, al. g) e 108º, nº1, al. f) é previsto que constitui infracção disciplinar o atraso injustificado, reiterado e de forma contínua no início, tramitação ou resolução de processos e causas ou no exercício de qualquer das competências judiciais. A única alteração típica é que no primeiro caso se afirma «salvo se o mesmo constituir falta grave» e no segundo «salvo se o mesmo constituir falta muito grave». Se o legislador não introduzir qualquer diferenciação qualitativa, quantitativa ou temporal, a norma é destituída de conteúdo prático. E a perplexibilidade aumenta no confronto com a regra editada na alínea a) do projectado artigo 109º. Onde está a distinção típica entre os comportamentos desvaliosos? E quem executa a tarefa interpretativa do preenchimento do tipo de ilícito, pois foi intenção clara do legislador subtrair essa possibilidade ao Conselho Superior da Magistratura quando optou pela tipificação?

E o problema de sobreposição multiplica-se porquanto ocorre noutras previsões que estão desenhadas sobre um comportamento base que vai perdendo elementos, consoante a infracção seja muito grave, grave ou leve. E é evidente que, ao contrário do propugnado, a previsão da alínea d) do artigo 109º não pode ser aplicada a qualquer das situações elencadas nos artigos 107º e 108º que «não reúnam todos os pressupostos enunciados no respectivo corpo».

A terminar, passou a existir uma compatibilidade entre as espécies de sanções previstas no Estatuto dos Magistrados Judiciais e no regime geral do direito disciplinar aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas [advertência, multa, transferência, suspensão de exercício e demissão]. Contudo, o futuro Estatuto deveria providenciar por uma norma transitória que contemplasse a aplicação da pena de aposentação compulsiva para aqueles que ingressaram na Magistratura Judicial antes das alterações ocorridas por ocasião da mudança do regime de acesso à reforma ou à jubilação, tendo atenção que nos tempos que correm alguns dos beneficiários estão vinculados à Caixa Geral de Aposentação e outros procedem a descontos a favor da Segurança Social. Na verdade, a pena de aposentação compulsiva permite que o tempo de serviço seja imediatamente contabilizado para efeitos de recebimento de pensão enquanto a demissão apenas viabiliza o acesso à pensão de reforma quando estejam preenchidos os requisitos de idade exigidos para a obtenção dessa prestação social. E não é inócua a diferença.

Este apontamento foi dedicado em exclusivo à responsabilidade disciplinar mas ao longo do esboço de diploma detectam-se inúmeras distorções que merecem ser corrigidas. Espera-se assim que a posterior intervenção de outras entidades públicas no processo legislativo, como o Conselho Superior da Magistratura, que ainda não foram formalmente ouvidas sobre a matéria de reserva absoluta, possa introduzir melhorias na

redacção do texto projectado, valorizando assim a função soberana que é cometida aos Tribunais.

Agradeço a vossa atenção e peço desculpa pelo tempo que vos tomei.

Sintra, 30 de Junho de 2017

José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho