

## A Formação dos Magistrados

### (Visão acadêmica?)

1. Pediram-me que vos apresentasse uma «visão acadêmica» sobre a formação dos Magistrados.

Aproveitando uma certa «liberalidade» que se concede aos académicos, vou iniciar tal apresentação recordando uma velha história.

Londres, 1607, reinado de Jaime I de Inglaterra e Jaime VI da Escócia, sucessor de Isabel I. O Rei, imbuído por certo das doutrinas que ao longo do século XVII legitimariam a monarquia absoluta, que viria a ter o seu curso sobretudo na Europa continental, resolve começar a exercer ele próprio aquilo a que hoje chamaríamos a «função jurisdicional.» E assim decide um litígio incidente sobre títulos de propriedade que oporiam dois litigantes, emitindo sentença sobre um domínio que nós hoje chamaríamos de «direitos reais». A parte que ficou vencida com a emissão da sentença real não se conformou, porém, com ela. E, por isso, resolveu apelar para o *Court of Common Pleas* de Londres, existente desde o século XII (creio) e, à altura, presidido por um juiz que ficaria célebre pela sageza das suas decisões: *Sir Edward Coke*, magistrado muito lembrado pelos fundadores das treze colónias britânicas no Novo Mundo.

Pois *Sir Edward Coke*, perante o apelo que lhe era dirigido, decide revogar a sentença real. Jaime I, ofendido, dirige-se-lhe, argumentando o seguinte: segundo ele (Jaime I), o Direito – a *law*, na terminologia anglo-saxónica – seria coisa essencialmente fundada na *razão*. E como o

Rei seria, para dizer o mínimo, um ser tão munido de capacidades racionais quantos os juízes, não se compreenderia por que motivo deveria entender-se a resolução de litígios como tarefa exclusiva de tribunais, em vez de ser, também ela, confiada ao Monarca.

Diz toda a literatura que *Sir Edward Coke* lhe terá respondido do seguinte modo: O Direito funda-se na razão, é certo; mas a razão jurídica não é uma qualquer. Não é uma razão *natural*; é uma razão *artificial*, cujo conhecimento requer grande «treino», grande «estudo» e grande «experiência». Sua Majestade teria por certo muitas virtudes, entre elas as racionais; mas faltar-lhe-ia o tal «treino», «estudo» e «experiência» que só os juízes têm. E por isso mesmo não podia ele emitir sentenças em casos concretos, pretendendo aplicar o Direito.

2. Perguntar-me-ão por que motivo venho eu agora com a recordação desta tão velha e longínqua história, passada na Londres de 1607. Que temos nós que ver com isto? Tudo, responderei eu, por duas razões essenciais.

Em primeiro lugar, porque foi esta pequena história, juntamente com outras que os escritores foram registando a partir da era moderna, que fez a Grande História que ainda hoje nos anima. Foi graças a episódios como este que se foram construindo princípios básicos que ainda hoje nos guiam quanto a questões centrais do Estado de direito: o que é a função jurisdicional; por que motivo é ela confiada às instâncias independentes que são os tribunais; o que é que se exige, e se espera, daqueles que, como diz a Constituição, *administram a justiça em nome do povo*. Tudo isto, que não é pouco, remete para uma ideia essencial que herdámos da tradição iluminista e que mantemos ainda hoje, uma vez

que não encontrámos para ela substituto que nos pareça melhor ou mais justo. A ideia pode resumir-se em poucas linhas. No quadro das funções do Estado, a *jurisdictio* ocupa um lugar particularíssimo, por oposição à *gubernatio* e à *legislatio*. É a única função que é reservada exclusivamente a um único poder; e esse poder não exerce mais do que essa única função. Ora, a ideia básica segundo a qual *só os tribunais julgam*, e que o fazem sem partilharem a função com os demais poderes do Estado, é aquela mesma que está presente na história velha que vos contei. Por isso mesmo pensei que valeria a pena voltar a lembrá-la, agora.

Por isso, mas não apenas por isso.

Ao que parece, esta história tão antiga volta hoje a ter uma certa actualidade.

É certo que nos não deparamos agora com pretensões reais ao exercício próprio da função jurisdicional. Mas a profunda revolução comunicacional que vivemos, e que vem alterando a um ritmo veloz a feição conhecida do espaço público, tem-nos revelado a emergência de novos *poderes* que se arrogam também eles a faculdade de julgar. À novidade do fenómeno junta-se ainda uma outra dificuldade. As mais das vezes, estes novos poderes são na sua esmagadora maioria *poderes fácticos*, que emergiram das transformações recentes que a revolução tecnológica provocou na esfera pública, e que se exprimem ainda de forma desordenada. Mas precisamente por isso convém que a sua expressão seja tida em conta por parte daqueles que se preparam hoje para, no futuro, vir a honrar e servir a magistratura. É que parece ser necessário voltar a sublinhar que o Direito se funda não na *razão natural* que o senso comum pressupõe mas numa *razão artificial*,

construída na serenidade da cultura e da reflexão, e a cujo conhecimento só se acede – como dizia *Sir Edward Coke* no início do século XVII – por longo «treino», por longo «estudo», por longa «experiência». Quem não possui nenhum destes requisitos não pode estar apto a julgar.

3. Quero com tudo isto dizer que, perante os reptos do tempo presente, penso que nos cabe a nós evitar, através de todo o cuidado que coloquemos na nossa própria formação, a deliquescência das instituições que consideramos justas. Ora, no campo do Direito e da sua aplicação por parte dos Tribunais, o que consideramos justo é o modelo que a Constituição portuguesa estabelece: um modelo que pressupõe que ainda mantemos a capacidade para saber em que é que consiste a função de julgar, e como é que ela se distingue, no seu exercício, das demais funções do Estado; um modelo que pressupõe que ainda mantemos a capacidade para reservar o exercício de tal função a um só poder – o poder judicial – que, pela sua própria natureza distintiva, tem um modo de organização muito próprio; um modelo enfim que pressupõe que, se mantemos a capacidade para garantir que entre nós *só os Tribunais julgam* – sem que outros poderes, societários ou estaduais, se permitam arrogar com êxito o exercício da função que só ao poder judicial pertence -, também em contrapartida somos capazes de garantir que, entre nós, *os tribunais só julgam*, não se permitindo eles (sob a capa do exercício da função jurisdicional) imiscuir-se no desempenho das tarefas que a outros poderes pertencem.

Este modelo, segundo o qual (i) ainda sabemos em que é que consiste a função de julgar; (ii) ainda sabemos como se deve organizar o poder do Estado que a exerce; (iii) ainda podemos garantir, não apenas que só os

tribunais julguem, mas que eles se limitem efectivamente a julgar e só a julgar, este modelo, dizia eu, é aquele que a Constituição portuguesa adopta porque é o mesmo que é perfilhado por todas as outras que sustentam as democracias constitucionais. É o modelo que herdámos de Locke, de Montesquieu, de Hamilton, e de Rawls. É o modelo que o *Sir Edward Coke*, no início do século XVII, ajudou a construir. E é aquele que ainda hoje consideramos justo. Por isso, quando nos preparamos para defender do risco da deliquescência as instituições nas quais acreditamos, nunca será demais recordar o que forma o núcleo essencial de um tal modelo, para que melhor nos possamos comprometer com a sua intransigente defesa.

4. No quadro que herdámos, pressupõe-se, antes do mais, que sejamos ainda capazes de dizer em que é que consiste a função de julgar. Isto mesmo decorre do texto da nossa Constituição, que em momento algum ensaia uma definição do que seja legislar ou administrar mas que se não coíbe de definir, no artigo 202.º, o que seja «julgar». E todos nós sabemos por que razão assim é. Quem «julga» exerce uma função estadual com características especialíssimas, que a distinguem das outras funções, levadas a cabo pelos outros poderes do Estado. É que esses outros poderes, legitimados pelo voto democrático para representar a pluralidade das pretensões populares, têm e devem ter uma *agenda* própria: decidem quando e como agir; decidem quem ouvir; decidem *empenhadamente*, de acordo com convicções bem identificadas e que foram sufragadas pelos mecanismos representativos. Em contrapartida, quem julga não tem «agenda» nenhuma. É independente de quaisquer pretensões populares, visto que não recebe nenhum mandato representativo. Não escolhe quando agir, visto que só actua quando é

para tal solicitado. Não escolhe quem ouvir, visto que, pela própria natureza da função que exerce, deve escutar os pontos de vista de quem se queixa e de quem se lhe opõe, não podendo nunca seleccionar, controlar ou orientar o que pretende que lhe seja dito. Além disso, quem julga não pode nunca deixar de responder ao que lhe perguntam, como não pode deixar de decidir pública e fundamentadamente.

Estes são os dados processo, que todos tão bem conhecemos, e que existem para servir a formulação final de decisões que, pela própria natureza da função que se exerce, não são nunca decisões *empenhadas* na prossecução das convicções próprias de quem age. Quem julga decide de forma neutra, imparcial e objectiva. Neutra, porque a finalidade da decisão judicial não é outra que não o alcance da pacificação social; imparcial, porque quem julga age sem ser motivado por interesses próprios; objectiva, porque quem julga toma decisões que são fundadas em razões exteriores a si mesmo – e, se necessário for, contrárias até às suas convicções pessoais.

5. Por causa de todas estas características, que distinguem a função jurisdicional face às demais funções do Estado, é o poder judicial – ao qual se confia o exercício de tal função – um poder radicalmente distinto de todos os outros no seu peculiar modo de organização. Ao contrário do poder legislativo e do poder administrativo, o poder judicial organiza-se de forma tal que é ao mesmo tempo um poder *uno* e um poder *múltiplo*. É um poder *uno*, na exacta medida em que os tribunais, todos os tribunais nos quais se exerce em território nacional a função jurisdicional, formam um só corpo, que reclama a sua independência face aos demais poderes do Estado.; mas é também um poder *múltiplo*,

*desconcentrado*, uma vez que cada tribunal por si só considerado é também ele próprio independente e só está sujeito à lei (artigo 203.º da CRP).

Sabemos hoje que este poder, com este modelo único de organização que é requerido pelas especiais características da função que exerce, não é verdadeiramente um *poder nulo* como pretendia Montesquieu. É um poder que verdadeiramente não é *poder*, no sentido *político* da palavra, porque lhe não cabe decidir quanto aos rumos fundamentais da comunidade política. Diz o Direito mas não o cria. Só que – e, repito-o, sabemos-lo hoje bem – dizer o Direito não é tarefa nula, invisível, mecânica, sem rosto nem autor: é interpretação, e como todo o acto interpretativo acaba por produzir efeitos no «objecto» interpretando, quem o realiza tem sempre um rosto e é, nessa medida, sempre um «autor». Já assim seria no tempo áureo das codificações, vivido sobretudo na Europa continental ao longo do século XIX, em que o Direito era sobretudo expresso através da lei parlamentar, estável, geral e codificada. Mas agora é-o ainda mais, porque o nosso tempo é o tempo da lei volátil, dispersa, e totalmente rebelde a codificações. Num tempo como este, a tarefa da interpretação torna-se mais exigente e mais «constitutiva» do que nunca. E muitas vezes só pode ser levada a cabo por intermédio de uma actividade hermenêutica que, por se dirigir ao preenchimento valorativo de conceitos e princípios indeterminados, não só potencia as divergências que possam existir entre as diversas instâncias que compõem a hierarquia de cada ordem dos tribunais quando ao sentido a dar ao Direito vigente, como confunde a Comunidade quanto ao lugar constitucional que o Poder Judicial verdadeiramente ocupa.

Perante estes riscos, que o tempo presente coloca a quem julga – e que acrescem àqueles que mencionei no início, e que decorrem do facto de se ter de algum modo disseminado a ideia segundo a qual a função de «julgar» pode vir a ser exercida pelo senso comum, sem «treino», nem aturado «estudo» ou «experiência» - a defesa intransigente daquilo em que acreditamos obriga-nos, parece-me, a um esforço maior no cuidado que devemos ter na nossa própria formação. Cuidado em dois pontos essenciais: Em primeiro lugar, cuidado em nunca esquecer a dimensão funcional do acto de julgar, expressão maior da acção do Estado e nunca peça vulgar do cumprimento de um qualquer emprego ou profissão. Em segundo lugar, cuidado em nunca esquecer que o poder judicial, como poder neutro que é, nunca é *representativo*. As convicções pessoais de quem julga, e que podem influir no modo como se preenchem valorativamente os princípios e conceitos indeterminados, que dão hoje coesão a um Direito positivo que é volátil e disperso, não podem ser mais do que instrumentos auxiliares de interpretação, de uso cuidadosamente vigiado. A pluralidade dos sentires sociais é inevitavelmente *reflectida* na Magistratura: os magistrados são seres humanos imersos nas suas próprias condições de vida e de existência, e têm, como quaisquer outros, convicções. Pela natureza mesma do Direito que hoje nos rege, é inevitável que tais convicções sejam convocadas para a tarefa mesma da interpretação, sempre que esta última implique o preenchimento valorativo de quadros normativos com baixo grau de determinação. Mas, quando tal suceder, a nossa formação há-de recordar-nos que uma coisa é a Magistratura poder *reflectir* a pluralidade dos sentires sociais, e outra, completamente diferente, é a Magistratura poder *representar* tal pluralidade. A *representação* cabe aos órgãos eleitos do poder político.

Assim tem que ser, e assim tem que parecer ser aos olhos da comunidade, pois só assim ganharemos a confiança que ela deve ter nas instituições da justiça.